

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

XC ANIVERSARIO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 26

MÉXICO, 2002

NÚMERO 26

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Mario Alberto Becerra Poceroba, *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

© 2002. 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

- HORACIO AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA
Una aproximación a la libertad religiosa, en el derecho mexicano 9
- FELIPE ALAMILLA
El crédito de la nación 35
- JAIME DEL ARENAL FENOCHIO
Enrique Meza Llorente, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado constituyente en 1917 53
- LUIS MIGUEL CANO LÓPEZ Y GRACIELA RODRÍGUEZ MANZO
Los problemas en México para la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 71
- SALVADOR CÁRDENAS GUTIÉRREZ
Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México ... 99
- Roberto COLÍN PIANA
Hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo 133
- E. DOROTHY ESTRADA TANCK
Los derechos indígenas como una cuestión de justicia.
Propuestas federalistas sobre la regulación de la diversidad étnica y cultural 163

- RAFAEL ESTRADA MICHEL
Territorio y poder a fines del Antiguo Régimen
en España y las Indias 199
- RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Delitos de comisión por omisión impropia dolosos
en el código penal español y en el código penal federal
mexicano. Una reflexión comparada 293
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho
procesal constitucional 331
- XAVIER GINEBRA SERRABOU
La sentencia de la Ley Robles sobre el aborto:
¿una flagrante violación a los derechos humanos
y a la Constitución? 363
- YURI GONZÁLEZ ROLDÁN (Traductor)
Gai Institutiones. Commentarius secundus
Institutiones de Gayo. Comentario segundo 379
- ESTEBAN C. GORCHES Y RAÚL PÉREZ JOHNSTON
Contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales
del IMPI: crónica de una ruptura constitucional
anunciada 485
- RODRIGO LABARDINI
La violación de los derechos humanos por los particulares 529
- RUBÉN MINUTTI ZANATTA
Derecho de acceso a la información: leyes e iniciativas
en México 601
- BONIFACIO PADILLA GONZÁLEZ
Justicia. Physis y Nomos. El dilema jurisdiccional 619

- RODRIGO DE LA PEZA
El renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia
del tribunal federal alemán durante la posguerra 631
- DORA MARÍA SIERRA MADERO
Inconstitucionalidad de la circular de la Secretaría
de Salud del Distrito Federal en materia de aborto 685
- MANUEL TEJEDA REYES
El Ombudsman en la Unión Europea. Una institución
supranacional 721
- JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Liberación y justicia: la historización de lo jurídico
en Ellacuría 735
- SECCIÓN MONOGRÁFICA
- JORGE ADAME GODDARD
El concepto de contrato en el derecho romano clásico 761
- MANUEL MOGUEL CABALLERO
Responsabilidad civil extracontractual. Comentario
de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón 777
- DIEGO ROBLES FARÍAS
La relación jurídica obligatoria (el nuevo concepto
de obligación) 791
- MISCELÁNEA
- JUAN FEDERICO ARRIOLA
Para una gobernabilidad democrática: preservación
de los derechos humanos y lucha contra el crimen
organizado 823

FRANCISCO JAVIER VILLALÓN EZQUERRO

El notariado: producto refinado de la evolución jurídica occidental de la prudencia jurídica..... 829

DOCTRINA GENERAL

UNA APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD RELIGIOSA, EN EL DERECHO MEXICANO

Horacio AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA

SUMARIO: I. *Antecedentes previos al virreino.* II. *Antecedentes en el derecho indiano o novohispano.* III. *Durante el proceso independentista.* IV. *Durante los primeros años de la vida independiente.* V. *La influencia del galicanismo durante la segunda mitad del siglo XIX.* VI. *En la Constitución de 1917.* VII. *Durante la revolución cristera.* VIII. *La reforma constitucional de 1992.* IX. *La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.*

I. ANTECEDENTES PREVIOS AL VIRREINO

En paralelismo con el pueblo romano, los aztecas fueron un pueblo profundamente religioso y guerrero que marca su impronta cultural.¹

Desde el descubrimiento de América en 1492, el reino de Castilla inicia varias expediciones hacia las indias americanas para continuar sus tareas políticas y culturales, sumado al privilegio concedido al reino español para evangelizar las tierras recientemente descubiertas. La Santa Sede no contaba con los recursos suficientes para acometer las tareas pastorales y de evangelización al tiempo que define los límites entre los reinos de España y Portugal en la bula *Inter ceteris*, expedida en el año 1493 por el Papa Alejandro VI que era Borgia y español.

El reino de España procede a dar la adecuada respuesta jurídica mediante la creación del Patronato Real al que también se le llegó a conocer con el nombre de Vicariato Regio que permitió financiar las actividades evangélicas de las indias americanas.

¹ Coulanges, F. de, *La Ciudad Antigua*, Porrúa, 10a. ed., México, 1996, pp. 3-24.

Para el desarrollo político de los territorios recientemente descubiertos se decide generar la figura jurídica del virrey y el virreinato a partir del 17 de abril de 1535. Esta figura fue desarrollada con la mezcla de elementos políticos y religiosos propios de la época, por lo que en repetidas ocasiones el rey encomienda a los obispos del lugar las tareas propias del virreinato, lo cual genera un círculo peculiar o sincrético de ejercicio de atribuciones políticas y pastorales, humanas y divinas, profanas y sagradas cuyo resultado histórico ha sido objeto de valoración por los expertos.

II. ANTECEDENTES EN EL DERECHO INDIANO O NOVOHISPANO

La solución jurídica que se intentó para estructurar la vida del virreino y considerando que la potestad de gobierno correspondió al reino de Castilla, éste expidió la normativa propia de su territorio originario y lo extendía al territorio virreinal, correspondiendo al virrey la tarea de recepción y adaptación de la norma a la realidad cultural, social y política propia de su territorio, resultando —en ocasiones— la dificultad o impedimento de hacer efectiva la norma y el virrey ordenaba: “Obedézcase pero no se cumpla”.

Mediante la recepción y adaptación del derecho castellano a las realidades de los virreinos, incluido el de la Nueva España, fue apareciendo el derecho indiano o novohispano que nunca fue un derecho criollo. En ejercicio de sus facultades jurídicas el virrey realizaba la tarea de adecuar el derecho castellano a la realidad virreinal.

III. DURANTE EL PROCESO INDEPENDENTISTA

Previo al proceso de independencia de México, fueron calando entre los intelectuales de la época las ideas de la soberanía nacional, propias de la revolución francesa, que sostenían la visión contractual de las tareas de gobierno, de tal manera que si el soberano gobernaba de espaldas a su pueblo, éste podía proceder a revocarle el mandato y sustituirle, inclusive de manera violenta.

Así, en 1808 Carlos IV es apresado por las fuerzas napoleónicas y obligado a abdicar a favor de su hijo don Fernando VII quien renuncia para que Bonaparte designe a José Bonaparte o Pepe Botella como

emperador de España. Enterados en la Nueva España de estos acontecimientos e inspirados en las ideas liberales de la soberanía nacional, se inicia el movimiento bajo el lema: “Viva Fernando VII, muera el mal gobierno, viva la virgen de Guadalupe y vamos a matar gachupines”.

El 15 de septiembre de 1810 el párroco de Dolores, don Miguel Hidalgo y Costilla, inicia este movimiento y se dirige para convencer a don José María Morelos y Pavón, para unirse al levantamiento y monta un ejército mal armado de 25 hombres para continuar el movimiento al sur del territorio virreinal, en tanto Hidalgo toma la ruta del norte, hasta ser apresado y ejecutado. Llama la atención que para noviembre de 1810 Morelos ataca la ciudad de Cuautla con un ejército regular de 30,000 hombres bien armados y a la muerte de Hidalgo, se convierte en el caudillo del sur, pasando por Acapulco y Oaxaca, para entrar en la Ciudad de México donde es aprehendido y ejecutado, exhibiendo su cabeza durante varios días como pena ejemplar para indicar el tratamiento criminal que se les concede a quienes se levantan en contra del gobierno español.

A la muerte de Hidalgo y Morelos el movimiento independentista declina hasta la formación del ejército trigarante que logra entrar triunfalmente en la Ciudad de México el 21 de septiembre de 1821 para consolidar la independencia de México, siendo coronado como emperador Agustín de Iturbide que en poco tiempo debe afrontar la primera crisis política del naciente imperio, decide disolver el Congreso para crear la Regencia y finalmente abdicar.

IV. DURANTE LOS PRIMEROS AÑOS DE LA VIDA INDEPENDIENTE

En 1823 se restituye el Congreso y se toma la decisión de convocar a un congreso constituyente con objeto de que el país entrase a la modernidad jurídica mediante la expedición de su constitución, lo que ocurre en octubre de 1824.

Estos acontecimientos históricos han sido objeto de discusión jurídica e histórica, por lo que a este periodo se le conoce como “el Gran debate del siglo XIX”.

A la independencia de México, el primer país que reconoce su independencia fue Estados Unidos que designa a Poinsett como su

primer embajador. Este reconocimiento resultó estratégico para los planes de Estados Unidos.

El congreso constituyente de 1824 resulta ser la arena política para el enfrentamiento entre grupos en tensión que fueron tomando nombre y posiciones. Por un lado, los conservadores enfrentados a los liberales. Igualmente los centralistas y los federalistas.

Según Lorenzo de Zavala los diputados al congreso constituyente habían llegado a las sesiones con una mala traducción de la constitución americana bajo el brazo, para dar a entender que la constitución mexicana es una imitación extralógica de la constitución americana. En contra de esta apreciación, Lucas Alamán sostiene, con base en la división del territorio y derivada de razones religiosas, que ya existía un barrunto federalista.

Igualmente, en relación al congreso de 1823, Macedo sostiene que la representatividad de los diversos territorios constituyen el principio de organización territorial con efectos jurídicos en la configuración del federalismo. En tanto que Tena Ramírez se apoya en los artículos quinto y séptimo de la Constitución de 1824 para indicar que en estas disposiciones se reconoce la existencia jurídica de la federación y sus partes y aclarar que el congreso de 1823 fue solamente convocante, pero su convocatoria no es el fundamento del federalismo mexicano.

En la historia, Soberanes considera que el gran debate del siglo XIX en México no es la controversia entre conservadores y liberales, centralistas o federalistas sino que es la diatriba entre dos grupos masónicos en controversia por su pertenencia a ritos diversos.

La masonería, desde la época del virreinato, había hecho sus primeras incursiones desde España a México. Igualmente desde Estados Unidos también ingresó a este país. Ciertamente el embajador Poinsett, según se llegó a comprobar, también tenía fuertes vínculos con la masonería.

Fue hasta 1837 que la Santa Sede procede a reconocer formalmente la independencia de México, con la consecuente parálisis de la vida sacramental de México por la falta de obispos que administran sacramentos como la confirmación y el orden ministerial, derivado de los privilegios conferidos a España por la Santa Sede para acometer las tareas evangelizadoras y pastorales de la Nueva España.

V. LA INFLUENCIA DEL GALICANISMO DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX

En 1857 se hizo sentir la influencia francesa del galicanismo, consistente en una herejía que pretende fundar iglesias nacionalistas. Esta tendencia no queda evidenciada en el texto constitucional, pero se manifiesta en las acciones de gobierno favorecida por los acontecimientos políticos del momento.

La Constitución de 1857 establece limitaciones a factores del poder muy caracterizados en la época, como lo fueron el ejército y la Iglesia Católica con su jerarquía. Es la última constitución jurada el 5 de febrero que al poco tiempo el presidente Ignacio Comonfort plantea a Benito Juárez —quien había buscado la candidatura para la presidencia de la Suprema Corte— la posibilidad de no aplicar la constitución recientemente jurada. Juárez responde que en esta aventura no sería compañero de Comonfort quien reconoce que ha cambiado su título de Presidente de la República por los de un vulgar revolucionario.

VI. EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Juárez asume la Presidencia de la República y continúa la estrategia de iniciar una Iglesia nacionalista que permitiese consolidar un proyecto nacional fundado en su propia Iglesia que toma muchos años su implementación y fue hasta 1925 que surge el patriarca Pérez con su Iglesia nacionalista que sirve de ariete durante la guerra cristera que hace crisis durante los años de 1926 a 1929.

Después de muchas vicisitudes y de reformas constitucionales, se logra aplicar la Constitución de 1857 que permite al general Porfirio Díaz gobernar el país por un largo periodo. En 1917 inicia su vigencia la nueva constitución mexicana que originalmente se proponía reformar la anterior, pero concluye en un nuevo proyecto constitucional.

En el texto original de este documento constitucional, se introducen disposiciones limitantes de la libertad religiosa directamente encaminadas a los clérigos o ministros del culto como les denomina la legislación positiva mexicana, al tiempo que reduce la libertad de culto de los demás católicos.

Curiosamente todas las normas que se expiden en esta época y fundadas en las disposiciones constitucionales van encaminadas a los integrantes de la Iglesia Católica y parecen omitir a otras confesiones o denominaciones con presencia minoritaria en nuestro país y que han venido aumentando de algunas décadas a la fecha.

VII. DURANTE LA REVOLUCIÓN CRISTERA

Durante este tiempo surgen disposiciones estatales que limitan el número de sacerdotes católicos y exigen que sean casados, conculcando el derecho natural de cualquier persona a elegir estado civil. Son disposiciones cargadas de un laicismo proscritivo de la libertad religiosa que ha entrado en un proceso de evolución lento y difícil.

Durante el periodo comprendido entre 1926 y 1929 se endurece la persecución en contra de los católicos que genera un ejército "cristero" integrado y dirigido por laicos que al grito de ¡Viva Cristo Rey! hacen una encendida defensa de su maltrecha libertad religiosa. Este conflicto tiene muchas vicisitudes y concluye en 1929 con un pacto entre el gobierno y la jerarquía católica que obliga al ejército cristero a capitular y abandonar la lucha por la libertad religiosa.²

En la década que inicia en 1970, comienza una etapa encaminada a cooptar a la jerarquía católica, posiblemente a consecuencia de su indiferencia y neutralidad durante los acontecimientos ocurridos en 1968, en los que México era el anfitrión de los XXIV juegos olímpicos y la mirada mundial estaba centrada en este país que comparte una dilatada frontera con Estados Unidos, una de las grandes potencias mundiales. A partir de 1976 se toma el camino de buscar acercamientos y puentes con la jerarquía católica, por conducto de funcionarios que, añadidas a otras responsabilidades, servían de gestores ante la jerarquía católica.

En 1982 durante la campaña a la Presidencia de la República, el candidato del Partido Revolucionario Institucional decide acercamientos nicodémicos con los obispos de los lugares que visitó que le ex-

² AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Horacio, *Evolución histórica de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas en el periodo comprendido entre el virreinato y la república restaurada (manuscripta)*, 1998.

pusieron su apreciación sobre la realidad social y cultural de sus respectivas diócesis. Este candidato resultó vencedor en el proceso electoral y durante su gobierno genera un grupo de trabajo entre obispos y funcionarios públicos que al cambio de gobierno explica a su sucesor por si hubiese interés en aprovechar los avances de este grupo. Curiosamente, uno de los integrantes de este grupo, don Agustín Téllez Cruces, se convierte en el primer representante personal del presidente Salinas ante la Santa Sede.

En forma inusitada, el primero de diciembre de 1988, el Presidente entrante invita a quienes se pueden considerar representativos de la catolicidad mexicana a la toma de posesión del nuevo titular del Ejecutivo federal. Este mismo presidente, en su tercer informe de gobierno, denuncia la "simulación vergonzosa" que se había observado en el pasado en las relaciones con la jerarquía católica, lo cual genera que los diputados del PRI en el Congreso de la Unión propongan una reforma constitucional a los artículos: 3o., 5o., 24, 27 y 130 de la ley fundamental e iniciar una nueva era que inicia en enero de 1992. Para hacer efectiva y aplicable la reforma constitucional introducida, fue necesario intentar una ley de la materia, para lo cual se convoca a un periodo extraordinario de sesiones del Congreso de la Unión que expide una ley edulcorada en su título: "Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público", publicada en el *Diario Oficial* del 15 de julio de 1992.

La reforma constitucional y la ley en materia religiosa parece que no tuvieron más referente que los antecedentes históricos, según la apreciación de los actores participantes en ese proceso legislativo.

En el derecho comparado encontramos que existen dos grandes corrientes: la historicista o monista y la jurídicista o plural. La primera sí que excluye a la segunda; pero la historicista está implícita en la jurídicista o plural.

La corriente historicista de la libertad religiosa también se le conoce como monista por reconocer sólo una fuente en esta materia: la historia. Por su parte, la corriente plural no excluye a la historia; por el contrario, la incluye junto con otras disciplinas que contribuyen a la mejor comprensión de este rico fenómeno religioso. Dentro de los historicistas, su principal exponente es el profesor italiano Del Giudice.

La tesis monista o historicista, una vez agotada la aportación de la historia para la comprensión del fenómeno religioso, concluye su

contribución y, es deseable, dejarle el paso a la visión plural que irá evolucionando hacia el concepto de la libertad religiosa como derecho fundamental, transitar hacia el derecho público subjetivo y, finalmente, convertirse en garantía constitucional. Entre nuestros estudiosos de la parte llamada “dogmática” de la Constitución, no reconocen diferencia entre estos conceptos; en tanto que otras culturas jurídicas sí que introducen diferencias esenciales entre ellos. El derecho humano fundamental existe por sí mismo, es anterior al Estado y no requiere de configuración jurídica alguna. Dentro de este género de derechos, se introducen otros que son, además de fundamentales, fundantes. En el proceso evolutivo, se transita hacia la primera configuración jurídica que consiste en dotar al derecho humano fundante de respeto *erga omnes* o de respeto generalizado que se convierte en obligación de no hacer y los órganos del gobierno del Estado sólo pueden modificar estos derechos mediante normas procedimentales expresamente establecidas para tal efecto, por lo que se les conoce como inmunidades coactivas. Finalmente la garantía constitucional, más allá de un derecho fundante-fundamental y de una inmunidad coactiva, es un derecho susceptible de ser promovido y alentado por el mismo gobierno generando los espacios suficientes para su adecuado ejercicio. En este sentido —a manera de ejemplo— pensemos en la práctica del deporte como derecho fundamental, sólo susceptible de ser restringido mediante las normas de seguridad jurídica aplicables al efecto —inmunidad coactiva— y promovido por el gobierno por considerarlo como una práctica legítima. En este sentido pensemos en conductas materialmente delictivas realizadas en ejercicio de la práctica deportiva, la tesis que lo considera un fin reconocido por el estado, sostiene que dicha conducta no puede ser objeto de antijuridicidad delictiva. En forma semejante se deberá percibir la realidad de la práctica religiosa, a fin de “desneurotizarse” esta actividad y poderla observar con espíritu deportivo.

VIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1992

Nuestra Constitución fue reformada para introducir algunos elementos en materia religiosa; pero al detallar las disposiciones constitu-

cionales se queda corta frente a la rica realidad religiosa de nuestro país. Así, el Congreso de la Unión no respondió a la llamada histórica que tuvo frente a sí para expedir una ley reglamentaria del artículo 24 constitucional en materia religiosa y se limita a expedir una ley que se ocupará principalmente, por un lado, de las asociaciones religiosas como fórmula para darle el debido reconocimiento jurídico a la personalidad jurídica de las iglesias, confesiones y agrupaciones religiosas y, por otro lado, del culto público que es una parte de la libertad religiosa, resultando una ley cargada de lagunas insalvables en la interpretación jurídica, con grandes asimetrías y contradicciones notorias que, en opinión de algunos analistas genera un producto de dudosa constitucionalidad.

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en lo sucesivo nada más aludiremos a ella como la ley, resulta ser un buen producto histórico, considerando que la historia de nuestro país fue la única guía que siguió el legislador para su configuración.

Todo lo antes dicho parece que contrasta con los documentos que en el derecho internacional público son norma positiva en la que se reconoce a la libertad religiosa fundamental y, en opinión de algunos estudiosos de la materia, también debe ser considerado como derecho fundante; aunque la mayoría de los tratadistas sólo consideran como fundante al derecho a la vida, con exclusión de los demás derechos. Resulta tan trascendente este género de derechos en materia religiosa que se puede entender que un hombre busque y no encuentre o que niegue; pero no se puede comprender que a un hombre se le imponga el siguiente dictamen: “Tienes prohibido creer en cualquier cosa”.

Sin libertad, incluida la religiosa, la persona se ve eclipsada y muere a todo progreso. Esta libertad permite hacer que el diálogo entre el catolicismo y la modernidad sea una verdadera avenida de doble sentido que constituye una garantía de esperanza y felicidad, en la que el mundo aprenderá a vivir con la diversidad que ha sido magnificada por las injusticias históricas y exacerbada por personas sin escrúpulos, generando el temor que la diversidad pueda conducir a la negación de la humanidad del “otro” y de los pueblos en la que pueden quedar atrapados en una violenta espiral de la que nadie escapa, ni siquiera los niños, como ocurrió en Bosnia, Ruanda y Burundi, que encierran el gran misterio de la libertad humana.

IX. LA LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PÚBLICO

La ley tiene algunas cuestiones que resulta conveniente revisar para la mejor comprensión de la situación en la que se encuentra México en tan trascendental tema. Provoca luces cargadas de esperanza el reconocimiento a la personalidad jurídica de las confesiones religiosas o iglesias, sin distingo alguno; con lo cual introduce un peligrosísimo igualitarismo que concede el mismo trato a confesiones religiosas con casi seis mil años como es el caso de la judía y a otras de reciente creación o de creación artificial para propósitos mezquinos de carácter económico o político. En paralelo a esta pequeña y pobre luz, aparecen oscuridades y cortedades en la legislación que hacen del cuadro, jurídicamente hablando, una obra surrealista o impresionista.

El tránsito de la penumbra de la ilegalidad a la legalidad en materia religiosa, ha sido muy difícil. Ciertamente, como se ha apuntado en el párrafo precedente, esta contribución que consiste en el reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido un tránsito dificultoso y doloroso, pues ha exigido una adecuación a una realidad diferente a la anterior, consistente en que previamente a la reforma, las confesiones no existían cara a la legislación expedida por Estado mexicano; eran realidades fácticas sin reconocimiento jurídico. El reconocimiento jurídico se ha dado por virtud de un registro constitutivo, que se traduce en un voluntarismo legislativo, que se expresa diciendo que existe sólo aquello que el Estado mexicano quiere que exista y a partir del momento en que la Secretaría de Gobernación le conceda el registro constitutivo, sin poder invocar derecho alguno a obtener dicho registro. Por lo que en los casi seis mil registros otorgados entre caprichosa o discrecionalmente, no están todos los que son, ni son todos los que están, parodiando al maestro Herrera Lasso, al referirse a las garantías individuales.

En este sentido, es oportuno mencionar que la personalidad jurídica reconocida a las iglesias y agrupaciones religiosas es jurídicamente idéntica; pero cada una tiene diferencias que deben traducirse en la ley. Establecer una igualdad absoluta sería incurrir en el igualitarismo en detrimento de la justa igualdad. Veamos si una comparación contribuye a la mejor comprensión entre las voces de igualdad e igualitarismo. En el marco político electoral concurren varios partidos políticos que tienen la personalidad jurídica que la ley les con-

fiere; pero no gozan de las mismas prerrogativas en términos de igualdad matemática. Lo mismo debería de ocurrir en tratándose de las asociaciones religiosas, en las que todas participan de la personalidad jurídica que la ley les confiere; pero las prerrogativas deben ser diferenciadas para cada una de ellas.

Pistas de reflexión —inconsistencias y lagunas legales— que serán objeto de análisis para formular un balance de esta cuestión en el momento presente.

El artículo primero de la ley hace referencia al principio histórico de la separación de las iglesias y el Estado (SIC). En esta aseveración encontramos que la propia norma alude a la única guía orientadora de la materia que es la historia, donde derivamos que la legislación parece está anclada en la fosilización ya muy superada en otras legislaciones que —además de la historia— se sustentan en una visión plural o jurídica, tratándose del fenómeno religioso. Tomando en cuenta la expresión literal de la norma, alude a principio histórico, siendo que la historia registra hechos; pero no se tiene noticias que lo propio de la historia sea recoger principios que pudiesen ser inmutables en la materia.

Para la mejor interpretación de estas expresiones y para que no resulten vacías o carentes de contenido, se podría interpretar que el legislador pretendió hacer énfasis en el amplio e irrestricto respeto recíproco respecto de las decisiones internas del gobierno y de las iglesias o confesiones religiosas.

El artículo cuarto de la ley alude al monopolio que ejerce el gobierno respecto del estado civil de las personas físicas, toda vez que las personas morales o jurídicas no disponen de este atributo de la personalidad únicamente aplicable a las personas físicas. Pero los monopolios respecto de actividades que puedan tener algún contenido económico, en forma directa o indirecta, es una cuestión establecida en el artículo 28 constitucional, mismo que no reconoce a esta actividad como monopolio del gobierno del Estado por ser estratégica.

La norma probablemente tuvo la buena disposición para confirmar el evento histórico que arrancó a la Iglesia católica el registro a partir de la administración de sacramentos que en la práctica han demostrado más eficacia a pesar de la modestia de los recursos materiales disponibles. En definitiva nunca ha sido intención de la potestad espiritual rivalizar con la potestad temporal en la prestación

de servicios de carácter civil. La potestad temporal tiene la obligación canónica —derivada de su estatuto interno— de formular el debido registro respecto de la administración de determinados sacramentos como es el bautismo, confirmación, matrimonio y orden ministerial. En esta materia, en el pasado, la potestad civil quiso ver una actividad que invadía su esfera de acción y competencia, amén de generación de recursos económicos muy importantes en demérito de la hacienda pública.

La realidad contrasta con la teoría de la ley. Quisiera sugerir algunas situaciones que demuestran lo anterior. En los casos que un nacional mexicano decide obtener de las autoridades competentes la expedición de un pasaporte con objeto de acreditar su nacionalidad para ingresar a un país extranjero y aparece que cuenta con una copia certificada de su acta de nacimiento, expedida por el Registro Civil correspondiente en forma “extemporánea”, entendiéndose por tal aquella que ha sido levantada con diferencia de seis meses o más, entre la fecha de nacimiento y su expedición, hasta antes de la expedición del vigente reglamento del servicio para la expedición de pasaportes, se reputaba como prueba supletoria el cotejo del acta de bautismo expedida por la autoridad eclesiástica correspondiente, con lo cual el monopolio de esta actividad se volvía más teórico que real.

En otros países, como Estados Unidos o España, los matrimonios celebrados bajo un rito religioso son objeto de reconocimiento en la legislación civil, para todos los efectos legales a que haya lugar. Así, una pareja casada en alguno de estos países, si necesita realizar un trámite en el cual justifique su estado civil, tomando en cuenta elseudomonopolio al que nos referimos, le tendríamos que sugerir que por no estar legalmente casados de acuerdo con el monopolio aludido se les considera que viven en unión libre y deben proceder a contraer matrimonio de acuerdo con la norma que rige la solemnidad de este acto en nuestro país.³

³ Atendiendo al principio jurídico *Locus regit actum*, la forma de los actos jurídicos se rigen por el lugar en el que se otorgan dichos actos. En virtud de lo antes mencionado, no es el caso de volver a formalizar dicho acto en el lugar en el que se deberá ejecutar una consecuencia del mismo. Además, resulta indispensable que los comparecientes al instrumento notarial indiquen al notario sus datos generales, incluido el estado civil. En aquellos casos en que se deba acreditar el estado civil de los comparecientes, deberán hacerlo exhibiendo al efecto el documento justificativo de lo dicho y en caso que, como consecuencia del régi-

Por el contrario, se reconoce la validez de dicho matrimonio y se considera que ambas partes se encuentran unidas en legítimo matrimonio que ha quedado reconocido por nuestra legislación, dándole efectos civiles a un matrimonio religioso con relevancia civil, de acuerdo con la norma aplicable en el lugar de su celebración.

Con estos datos aislados pretendemos demostrar que elseudomonopolio del Estado, tratándose del estado civil de las personas, constituye una voz vacía en el texto de la ley.

La ley en su artículo quinto introduce la novedad de la nulidad de pleno derecho. En materia de ineficacias de los jurídicos, nuestra tradición sigue los lineamientos de Bonnecase y el derecho francés que establece la tritómica distinción entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa que previene que los efectos jurídicos de los actos viciados de alguna ineficacia, se produzcan de manera provisional, exige la declaratoria jurisdiccional y la resolución que establezca la ineficacia destruirá retroactivamente los efectos producidos provisionalmente. La nulidad de pleno derecho no produce efectos y no necesita declaratoria judicial, por el simple hecho de contrariar la norma, convierte al acto en ineficaz para surtir sus efectos.

La nulidad de pleno derecho no tiene raíces en nuestra cultura jurídica, por lo que su enunciado no es suficiente para que obtenga carta de naturalización entre nosotros. La ley que la previene debería de establecer la forma de hacerla valer.

En la especie, al no existir norma alguna que regule al instituto de la nulidad de pleno derecho, ésta carece de operatividad jurídica y, al quedar consignada en la ley, sólo es postulada; pero la ley no define sus alcances, con lo que se vuelve en letra muerta o voz vacía y carente de contenido.

El artículo 130 de la Constitución reconoce la personalidad jurídica de las iglesias y agrupaciones religiosas, en tanto que el artículo sexto de la ley alude a que las iglesias y agrupaciones religiosas

men de sociedad conyugal, será necesario para el debido perfeccionamiento de un acto traslativo de dominio en el que los integrantes de la sociedad conyugal son quienes transmiten el dominio de algún bien o derecho, deberán comparecer ambos para su validez legal.

En algunas ocasiones, la práctica notarial demuestra que algunas personas manifiestan estar casados, sin acreditarlo, cuando en México sólo lo han hecho bajo un rito religioso que carece de relevancia en el derecho expedido por la potestad temporal, lo que nos obliga a precisiones jurídicas pertinentes y oportunas.

tendrán personalidad jurídica una vez obtenido su registro constitutivo ante la Secretaría de Gobernación. Sobre el particular, resulta pertinente destacar la diferente redacción en el dispositivo constitucional y el legal. En la Constitución quedan apuntadas dos figuras jurídicas diversas: iglesias y agrupaciones religiosas. Esta distinción constitucional no tiene la debida configuración jurídica en el texto de la ley de donde que autores, como Jiménez Urresti, consideran que la ley no ha cumplido puntualmente con el mandato constitucional.⁴

En esta materia es necesario, atendiendo a la redacción de la disposición constitucional, distinguir entre una Iglesia y una agrupación religiosa. Desde el siglo XVII se apuntan las características propias de una Iglesia, considerada en su triple unidad: doctrinal, sacramental y de autoridad. Si en una institución que pretenda ser reconocida como Iglesia llegase a estar ausente uno de estos tres elementos, sería imposible reconocerle el estatuto de Iglesia.

En el caso específico que nos ocupa, apuntamos a la posibilidad de que el órgano revisor de la constitución haya tenido en mente esta concepción para aludir con voces diversas a figuras diferentes que la ley encajonó en un solo concepto: asociaciones religiosas.

Para el debido reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias y agrupaciones religiosas, es menester que los interesados tramiten y obtengan de la Secretaría de Gobernación el pertinente registro constitutivo que es una excepción a nuestra rancia y añeja tradición registral declarativa de derechos para efectos de publicidad de los actos jurídicos inscritos para que surtan sus efectos frente a terceros y les sean oponibles.

Nuestra tradición en materia de registro de actos jurídicos consiste en que el derecho existe con independencia de su inscripción registral. Así cuando A compra de B, el derecho de A sobre la cosa vendida deriva del contrato o acuerdo de voluntades eficaz para producir o transferir consecuencias en derecho, obligaciones y derechos, en forma totalmente independiente de su inscripción en el registro correspondiente. La inscripción en el registro no purga ni convalida vicios del acto jurídico en caso que esté afectado por alguna inefica-

⁴ Vid. Jiménez Urresti, T. I. *Relaciones reestrenadas entre el Estado mexicano y la Iglesia*. Estudio Teológico "San Ildefonso", de Toledo. Universidad Pontificia de Salamanca, 1994, pp. 29 y 30.

cia jurídica. En esta tradición el registro está previsto para efectos publicitarios frente a terceros a quien les resulte oponible el acto inscrito; pero la inscripción no es constitutiva de los derechos sustantivos que trae consigo el acto jurídico mismo.

Nuestra tradición en materia de registro declarativo, en el pasado había sido objeto de transacción previa a la ley, en el registro para efectos de inversiones extranjeras y en materia agraria, introduciendo el registro con efectos constitutivos del acto jurídico.

En esta forma se introduce en la ley la figura del registro constitutivo para el debido reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias y agrupaciones religiosas.

Muy discutido en la doctrina el registro constitutivo y sus consecuencias legales. En primer lugar, se ha considerado que las instituciones religiosas no existen por derecho propio; por el contrario, existen en la medida y términos que la legislación les reconoce personalidad jurídica y es un sometimiento de la potestad espiritual a la potestad temporal. En otros términos, constituye un acto de voluntarismo estatal —a través de la ley— que establece el registro constitutivo para el debido reconocimiento de personalidad jurídica y dar la posibilidad de convertir a la institución en sujeto de derechos —muy pocos y muy discutidos— y de obligaciones vagamente definidas en la normativa aplicable al efecto.⁵

⁵ Inmediatamente a la iniciación de vigencia de la ley, la Arquidiócesis Primada de México presentó su solicitud de registro constitutivo, hecho que pilló por sorpresa a la estructura de la Secretaría de Gobernación y la obligó a generar la respuesta burocrática que estimó pertinente; pero tuvo dificultades para resolver sobre la solicitud formulada, atendiendo a que no existía registro de la Iglesia Universal ni de la Conferencia del Episcopado Mexicano y gestionó las solicitudes omisas. La recién estrenada Nunciatura Apostólica consultó a la Santa Sede sobre la procedencia de tal solicitud de registro y recibió el pertinente *placeat* junto con el consentimiento de la primera solicitante para tramitar dicho registro que provocó gran revuelo en virtud de que el artículo 11 de la ley expresamente exige que el representante debe ser mexicano y, atendiendo a la naturaleza de la Iglesia Universal, el Nuncio se equipara a un agente diplomático, con rango de embajador que por la tradición exigía ser considerado como el decano del cuerpo diplomático acreditado en México, lo que obligó a generar una representación "alterna" encomendada a los señores: Alberto Pacheco, otrora notario y ahora presbítero del clero de la Prelatura del Opus Dei, Ramón Sánchez Medal —q.e.p.d.— y José Luis Soberanes, antes Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y ahora Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Considerando la peculiar naturaleza jurídica de la Santa Sede en el ámbito del derecho internacional, el registro constitutivo ha sido cuestionado desde la academia, en la que algu-

Otra cuestión de gran interés será la definición competencial en el ámbito de la Secretaría de Gobernación de esta facultad para “otorgar” registros constitutivos a favor de iglesias y agrupaciones religiosas, debiendo satisfacer los requisitos de ley.

En la experiencia de otros países con tradición jurídica cercana a la nuestra, esta facultad está conferida al ministerio de justicia, mismo que no existe en el elenco de dependencias del ejecutivo federal. Igualmente la doctrina —pobre e incipiente— en esta materia se cuestiona si es una cuestión que debería estar incorporada en otro de los órganos en los que se divide el poder para su ejercicio: legislativo o judicial. También sería interesante plantear la posibilidad de generar un órgano autónomo constitucional en esta materia, con la suficiente autorregulación.⁶

En cuanto a los requisitos establecidos en la ley, encontramos algunos que son susceptibles de peligrosa discrecionalidad, como es la determinación de la suficiencia patrimonial que garantice a la asociación religiosa solicitante del registro constitutivo la posibilidad de subsistencia, con lo que nuestra ley enfatiza la tesis patrimonialista explicativa de la personalidad jurídica de las personas morales en nuestro derecho.⁷

Esta actividad de las autoridades del gobierno federal mexicano resulta reciente y ha tenido que superar algunos obstáculos derivados de más de cien años de absoluto desconocimiento de la realidad de las confesiones religiosas que inciden en la riqueza del fenómeno religioso en nuestro país y, de las confesiones, respecto de la opera-

nos han considerado que se trata de una asociación religiosa originaria de la cual deben depender otras que se consideran divisiones internas autónomas internas de la anterior, en los términos del segundo párrafo del artículo sexto de la ley, como serían las arquidiócesis y diócesis creadas por la Santa Sede en el territorio nacional.

En cuanto a la naturaleza jurídica en el derecho internacional público de la Santa Sede es pertinente remitir al autor a la obra de Roque Pérez, J. L. *Relaciones Iglesia-Estado en México. Un análisis histórico jurídico*. Pontificia Universidad Gregoriana, Facultad de Derecho Canónico, Roma, 1997, 272 pp.

⁶ Esta cuestión se trabajó durante la Mesa sobre Libertad Religiosa durante la transición al gobierno, en la que tuve la oportunidad histórica de percatarme de la gran facilidad que tienen los políticos de generar expectativas que anticipadamente saben que no habrán de cumplirse en el ejercicio de las tareas de gobierno, a pesar del costo político que pueda generar en un posterior proceso electoral.

⁷ Sobre el particular remito al lector a la monografía del autor publicada en la obra editorial en el XC aniversario de la Escuela Libre de Derecho, pp. 341-385.

ción de las actividades del gobierno. Así, nunca reparamos en el análisis de los requisitos constitucionales para ser candidato a diputado, senador o presidente de la República, cuando alude a que el sujeto no deberá ser ministro del culto. Hasta antes de la ley, no había fórmula para la definición legal de esta actividad; por lo que algunos autores habíamos considerado que la expresión constituía el reconocimiento implícito del derecho canónico, como derecho interno de la Iglesia católica, para la comprensión de la voz ministro del culto o pertenecer al estado eclesiástico.

La ley, en forma muy acotada, señala los derechos de las asociaciones religiosas, entre los cuales destaca la difusión de su doctrina (artículo 9, fracción III). La ley asume que todas las confesiones tienen algo bueno que aportar y que están fundadas en el bien que es de suyo difusivo, por lo que tienen el derecho, una vez configuradas bajo la forma de asociación religiosa, a difundir su doctrina. Esta libertad es diferente de la cultural que consiste en realizar actos de alabanza a la divinidad.

En una sociedad marcada por un laicismo prosecutor en vías de encaminarse a la neutralidad religiosa, ha resultado difícil para las autoridades civiles la comprensión de este derecho, por lo que ha habido una tendencia a considerar que cualquier intervención de la jerarquía —fuera de las ruedas de prensa o entrevistas— constituyen —en sí mismos— actos de culto, sujetas a la autorización previa de la Secretaría de Gobernación.⁸

Hay acontecimientos que son objeto de noticia y no pueden considerarse por sí solos como actos de culto público, cuya transmisión habrá de ser objeto de autorización previa de la dependencia encargada de la administración de la ley, como es el caso de la Misa pontificia de Navidad, la bendición *urbi et orbi* en año nuevo, el Vía Crucis del Viernes Santo desde Roma y otros más que son constitu-

⁸ En esta materia se ha discutido si las intervenciones radiofónicas de la jerarquía de una circunscripción eclesiástica con registro constitutivo es un acto de culto susceptible de ser autorizado, de manera extraordinaria, por la Secretaría de Gobernación en su función de administradora de la ley en comparación con intervención de científicos sin rango jerárquico ministerial que a micrófono abierto pueden realizar todo género de actos de proselitismo religioso sin la menor cortapisa, combatiendo abiertamente a la fe católica y generando confusión. Como simple ejemplo se puede escuchar la programación en la frecuencia del 560 de amplitud modulada los domingos por la mañana.

tivos de noticia y no de actos culturales sujetos a autorización para su transmisión en medios de comunicación social, en forma extraordinaria, en los términos del artículo 21 de la ley.

Observemos cómo la ley que descansa sobre dos conceptos: asociaciones religiosas y culto público, alude a los requisitos para obtener el registro constitutivo como asociaciones religiosas para las confesiones e Iglesias; pero no define ni describe a los actos de culto, sólo establece los requisitos de los actos de culto que, de manera ordinaria, se habrán de celebrar en el interior de los templos y, en forma extraordinaria, se podrán celebrar fuera de ellos, previo aviso a las autoridades administrativas. La transmisión en los medios de comunicación social se hará en forma extraordinaria y previa autorización de la autoridad administradora de la ley.

Los actos de culto son cuestiones que serán definidas por el estatuto interno de las iglesias o confesiones religiosas que hayan asumido la forma de asociación religiosa, por virtud de la obtención de su registro constitutivo. En este sentido, existen confesiones que reconocen la existencia de sacramentos que justifican la existencia de ministros o acuden a la mediación ministerial para la administración de actos reservados a los ministros, como pueden ser los sacramentos y los sacramentales.

A diez años de expedida la ley, no se ha expedido el Reglamento de la misma previsto en el texto de la propia ley. En 1995 la entrante administración federal tenía clara la decisión de avanzar en la expedición de dicho reglamento; pero hubo de afrontar serias dificultades cuando se planteó la necesidad o, por lo menos, la conveniencia de definir o describir el acto de culto, sin entrometerse en la vida interna de las asociaciones religiosas. En ésta —como en muchas otras cuestiones— la norma reglamentaria no es la solución jurídica más adecuada y conveniente. En opinión de autorizados doctrinarios del derecho, la respuesta habrá de ser la expedición de una ley reglamentaria del artículo 24 de la Constitución que reconoce la libertad de creencias y de cultos, con soluciones más jurídicas para dar cauce a la libertad en materia religiosa, mucho más allá de instituciones religiosas y actos culturales.

Tratándose de confesiones que no reconocen la mediación ministerial, las disposiciones aludidas resultan inaplicables. Tal es el caso de la religión musulmana o aquellas que siguiendo el Evange-

lio de Cristo, tienen establecida una ministerialidad universal u horizontal.

Otro de los derechos que la ley reconoce a las asociaciones religiosas, son las actividades educativas, de salud y benéfico asistenciales, en los términos del artículo 9, fracción V. En este sentido, se reconoce que las confesiones religiosas serias son expertas en la práctica de actividades de desarrollo humano, tanto personal como social; pero no lo pueden hacer de manera directa, deben recurrir a la formación de las instituciones legalmente reconocidas para ello en la ley correspondiente. Lo anterior obliga a recurrir a la simulación para obtener únicamente la pertinente financiación exclusiva de estas actividades. En tanto que la ley resulta omisa sobre la financiación directa de la libertad religiosa institucional, como ocurre en otros países. Nuestra legislación conserva un sistema pacticio de simulación en materia de cumplimiento de disposiciones fiscales, para escamotear el cumplimiento del artículo 19 de la ley que establece que las asociaciones religiosas cumplirán con las normas fiscales contenidas en la ley de la materia. No existe ley fiscal expresamente aplicable al efecto, razón por la cual algunos teóricos de la materia han definido que las asociaciones religiosas se asimilan a los contribuyentes con fines no lucrativos, previsto en la ley del Impuesto sobre la Renta.

Por lo anterior, hubo necesidad de fingir que las asociaciones religiosas susceptibles de agruparse en iglesias o confesiones comunes: católicas, protestantes, judías, ... hacen como que consultan la manera de cumplir con las disposiciones fiscales; en tanto que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público finge dar respuesta a la consulta que contiene el régimen fiscal aplicable y acotado a un ejercicio fiscal, actualizando los montos previstos y estableciendo una declaración informativa de carácter anual, amén de otras disposiciones de aplicación generalizada, como son las declaraciones periódicas en tratándose de retenciones salariales, por pago de honorarios y de arrendamientos.

Otro capítulo importante en la estructura de la ley, lo constituye el estatuto jurídico de los ministros del culto. Durante la discusión de la ley en el periodo extraordinario del congreso de la unión, convocado de manera específica para ello, se planteó definir o describir al ministro de culto, aplicable a la gama de confesiones religiosas que inciden en la realidad mexicana. El legislador abandonó la fórmula de la definición o descripción para dejar a las asociaciones religiosas

la definición de la cuestión, mediante el registro de sus ministros, estableciendo una norma supletoria para aquellos casos en que personas —hombres o mujeres— realicen, en forma principal, actividades propias de dirección o representación de una asociación religiosa, pudiendo dar como resultados asimetrías con la norma o estatuto internos de la asociación religiosa, como se desprende del artículo 12 de la ley.

En estrecha relación con el estatuto del ministro del culto en la ley, se debe aludir a la separación de los ministros del culto, para la cual la ley exige que tenga las siguientes características: formal, material y definitiva. En tratándose de los ministros católicos, el cumplimiento de la ley, de acuerdo con su estatuto interno plantea serias dificultades.

Para efectos de la norma constitucional que alude al carácter de ministro del culto, ésta introduce un trato diferenciado totalmente antidemocrático, teniendo como eje de referencia al ministro del culto. De conformidad con la norma constitucional, son ciudadanos de primera aquellos que no teniendo el carácter de ministros del culto, ni haberlo tenido, pueden acceder a puestos de elección popular: diputados, senadores, presidente de la República. Aquellos ciudadanos que habiendo ejercido el ministerio, se separan formal, material y definitivamente del ministerio con anterioridad o anticipación de cinco años, pueden acceder a puestos de elección popular, con lo cual nos encontramos con ciudadanos de segunda clase. Los ciudadanos que con anticipación de tres años se separen formal, material y definitivamente del ministerio, podrán acceder a otros puestos superiores de la administración, convirtiéndose en ciudadanos de tercer nivel. Aquellos que se separen con antelación de seis meses, podrán acceder a cargos inferiores de la administración, para convertirse en ciudadanos de cuarta. Finalmente, quienes hayan sido registrados como ministros de culto por una asociación religiosa o por la Secretaría de Gobernación con fundamento en la norma supletoria establecida en la ley, son ciudadanos de quinta. Definitivamente esta clasificación de ciudadanos atendiendo a grados, es una fórmula totalmente antidemocrática que atenta contra la igualdad jurídica frente a la ley. En este sentido Tena Ramírez sostiene que para el ejercicio de una función sólo es necesario que la persona justifique que tiene la adecuada aptitud cívica y agregaría espíritu de servicio.

En esta materia parece que la norma civil se ha convertido en el brazo ejecutor de la norma canónica, como ocurría respecto de las penas impuestas por la Santa Inquisición que no podían ser ejecutadas por la potestad espiritual y se recurría al gobierno del estado para hacerlas efectivas, como brazo ejecutor. La norma canónica prohíbe expresamente a los clérigos o ministros sagrados desempeñar cargos públicos que traigan acompañados el ejercicio de la potestad temporal. Esta disposición del derecho universal está fundada para garantizar que el clérigo se pueda dedicar en forma irrestricta e incondicional a las tareas pastorales y evangelizadoras que le competen, evitando distracciones. En otros términos, obedece a razones sobrenaturales que le permitan dedicarse plenamente a la salvación de las almas, por amor al reino de los cielos y nunca a una imposición de carácter estrictamente civil. Esta prohibición no existe tratándose de otras religiones acatólicas, por lo que resulta una prohibición extensiva a otras denominaciones que no están sujetas a esta normativa.

En cuanto a la separación del ministerio, a diferencia del registro, lo puede hacer la asociación religiosa o el interesado a la Secretaría de Gobernación, aclarando que el plazo de separación empezará a contar a partir de la notificación recibida por la dependencia aludida, según lo establece el artículo 14 de la ley.

En cuanto a la capacidad para heredar de los ministros de culto y de las asociaciones religiosas, la ley, en su artículo 15, establece ciertas prohibiciones que limitan la capacidad de heredar de personas que no estén vinculados con el ministro por razón de parentesco hasta dentro del cuarto grado. Esta disposición tiene su origen en el influjo contrario a la voluntad del testador, previsto para aquellos casos en que el testador formule disposición testamentaria durante su enfermedad terminal en la que haya recibido los auxilios espirituales del ministro del culto instituido como heredero —aunque nada dice del legatario— del testador.

El numeral en cita utiliza expresiones que imposibilitan la aplicación práctica de las normas en esta materia. Menciona la dirección espiritual que es un concepto de difícil comprensión en las condiciones actuales de marcado secularismo. Igualmente alude a la asistencia espiritual, que no se puede confundir con la recepción frecuente de sacramentos o sacramentales con la intervención de un ministro.

En el ámbito patrimonial de las asociaciones religiosas, el artículo 16 de la ley, mediante fórmulas cargadas de adverbios pretende prohibir el acceso a la propiedad sobre la concesión en materia de medios de comunicación, introduciendo al efecto expresiones ajenas a la materia administrativa que rige a las concesiones sobre medios de comunicación que, por utilizar el espacio electromagnético propiedad de la nación, son susceptibles de ser otorgadas para su explotación a favor de personas jurídicas, tanto públicas como privadas.

Sobre la concesión otorgada sobre un espacio del espectro electromagnético, se puede desmembrar o separar la posesión y la administración sobre la concesión misma o sobre la titularidad de la persona jurídica de derecho privado que detenta la concesión en esta materia. Esta prohibición está implícita en el artículo octavo de la ley que prohíbe a las asociaciones ejercer el comercio. En la práctica de las concesiones sobre medios de comunicación, cuando son conferidas a personas jurídicas de derecho privado, normalmente están constituidas como sociedades mercantiles y —específicamente— como sociedades anónimas que existen bajo una denominación social y su estructura de capital con base en acciones, cuya transmisión es constitutiva de un acto de comercio, por lo que resulta una repetición o prohibición tautológica.

En el fondo de la cuestión queda claro que la intención del legislador ha sido excluir a las asociaciones religiosas de cualquier intervención en el gobierno, dirección, administración o propiedad de concesiones en materia de comunicaciones, únicamente por razones estrictamente religiosas, lo que es contrario a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 18.

El artículo 17 de la ley alude a las hipótesis en las cuales la Secretaría de Gobernación, de manera discrecional, deberá determinar el carácter de indispensable la adquisición de un inmueble que se habrá de incorporar al patrimonio inmobiliario de la asociación religiosa solicitante. En primer lugar es de llamar la atención que la legislación utiliza conceptos diferentes para situaciones análogas. La fracción II del artículo 27 constitucional tiene previsto que las asociaciones religiosas puedan adquirir los bienes inmuebles indispensables para su objeto. Por su parte, el artículo séptimo de la ley establece como requisito para la solicitud del registro constitutivo la suficiencia pa-

trimonial, en tanto que la norma en análisis alude al término indispensable, que conceptualmente son diferentes. Todo lo anterior es necesario precisarlo en beneficio de la libertad religiosa institucional.

También es menester señalar que el régimen de los bienes propiedad de la nación en posesión delegada de las asociaciones religiosas es una cuestión que mantiene lagunas, tomando en consideración que el origen de la propiedad nacional de los templos está en las leyes de desamortización de bienes eclesiásticos durante la segunda mitad del siglo XIX que consideró que esos bienes fueron construidos con la generosidad del pueblo de Dios y, en consecuencia ayuna de lógica jurídica, corresponde al gobierno federal convertirse en el tutor del pueblo para la debida protección de sus bienes. En tales condiciones, no resulta claro el vínculo jurídico de las iglesias sobre los templos nacionales por carecer de un acto jurídico justificativo de la causa o título de la posesión sobre los templos. Según la letra expresa de la ley, esta cuestión deberá ser resuelta por el reglamento de la legislación en términos de la fracción VI del artículo noveno de la ley. Al finalizar la administración 1994-2000 del gobierno federal, se intentó una solución no prevista en la legislación ni determinada con las asociaciones religiosas, denominados “certificados de uso”.

En cuanto a la apertura de templos, sin precisar la naturaleza del inmueble —propiedad particular o de la nación— el artículo 24 de la ley establece que cualquier persona podrá dar aviso a la autoridad, con lo cual dicho espacio, con independencia de su propietario, se habrá de considerar como templo destinado al culto público. Lo anterior da la impresión de ser una reminiscencia histórica del pasado, por lo que constituye una acción popular para denunciar los lugares en los que se celebran actos de culto público, con lo cual se llegan a excesos; por ejemplo, un centro educativo en el que exista una capilla interdenominacional, quedaría sujeta a esta posibilidad de denuncia popular, cuyas consecuencias jurídicas resultan impredecibles. Este es el caso específico del Heroico Colegio Militar.

En cuanto al régimen fiscal, el artículo 19 de la ley dispone que se deberá definir por disposición legislativa. Desde la expedición de la ley hasta la fecha, la solución fiscal ha sido una fórmula que no cumple con el tenor literal de la ley. Las asociaciones religiosas cada año se dirigen a la autoridad tributaria para consultarle sobre la forma y términos de dar cumplimiento a sus disposiciones fiscales. Por su

parte, la autoridad competente responde dando la definición que considera adecuada, lo cual no cumple con la norma que exige que sea la autoridad legislativa federal la que deberá definir el estatuto fiscal de las asociaciones religiosas. Para el ejercicio fiscal 2002 la autoridad ha pretendido salvar la incongruencia antes indicada, en los siguientes términos: "En este sentido, el artículo 19 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público prevé que a las personas físicas y morales, así como a los bienes que esa ley regula, les serán aplicables las disposiciones fiscales en los términos de las leyes de la materia y, en su caso, deberán cumplir con las obligaciones fiscales que de ellas emanen", según resolución contenida en el oficio número 1 325-SAT-09-II-IV-(AHR) 03360.

La resolución contiene cuatro grandes apartados: impuesto sobre la renta, impuesto al activo, impuesto al valor agregado y vigencia de la resolución. En el impuesto sobre la renta de las asociaciones religiosas, se considera que los ingresos propios de su actividad religiosa están exentos de pago del impuesto aludido, en tanto no distribuya remanentes entre sus asociados o integrantes. En cuanto al impuesto al activo, no están obligadas al pago de este impuesto las asociaciones religiosas. Las actividades propias de las asociaciones religiosas no están sujetas al pago del impuesto al valor agregado, incluidos los servicios litúrgico-culturales que presten y la venta de inmuebles destinados a casa habitación asimilando a tales a las casas de formación, monasterios, conventos, seminarios, casas de retiro, casas de gobierno, casas de oración, abadías y juniorados, incurriendo en una peligrosa enumeración exhaustiva que puede omitir a situaciones análogas. En tratándose de este impuesto, en forma inexplicable la autoridad tributaria incurre en una absoluta falta de técnica jurídica haciendo referencia a que los donativos que hagan empresas a favor de asociaciones religiosas no son deducibles para la donante, equiparándole a una enajenación. En cuanto a la vigencia de la resolución, se establece que fenecerá el 31 de diciembre de 2002 y, para todo lo no previsto en la misma, deberá aplicar las leyes fiscales que no se han expedido a favor de las asociaciones, pretendiendo asimilarlas a entidades diversas que desnaturalizan su carácter de iglesias o agrupaciones religiosas que existen jurídicamente por virtud de la obtención de su correspondiente registro constitutivo expedido por el ejecutivo federal, a través de la Secretaría de Gobernación.

Después de un doloroso trance para intentar una reforma hacendaria distributiva en la LVIII legislatura del Congreso de la Unión, en esta materia se dieron altibajos que han generado inquietud y desasosiego en las asociaciones religiosas. Además de imponer cargas impositivas onerosas, la miscelánea fiscal faculta a las asociaciones religiosas para optar por el régimen de contribución como personas morales con fines no lucrativos, asimilándolas a asociaciones civiles con fines religiosos o altruistas, pero desnaturalizando su calidad de iglesia o agrupación religiosa.

En suma, lo que se ha mencionado en esta parte remite al reglamento varias cuestiones no resueltas en la ley que constituyen lagunas pendientes de colmar. En este punto la gran interrogante es: ¿podrá el reglamento colmar las lagunas y las inconsistencias anotadas y otras que pueda haber omitido?

La ausencia reglamentaria sólo ha traído como consecuencia que no se apliquen las sanciones previstas en la ley, con lo cual se solazan algunos grupos religiosos que vienen actuando al margen de la ley, a ciencia y paciencia de las autoridades diversas del país. El aspecto punitivo de la legislación previsto para reordenar la vida institucional podría ser un instrumento en manos de la autoridad para contribuir a la coexistencia pacífica entre las diversas confesiones que inciden en el marco de nuestra amplia riqueza cultural, dentro de nuestro proyecto histórico de nación. Pero si se utiliza como arma de presión para someter y mantener bajo control a algunas confesiones religiosas que generosamente han contribuido a preservar los intereses de gobiernos y gobernantes, se convertiría en herramienta perversa que socavaría la libertad religiosa de los agraviados para contribuir a una pugna fratricida que nos alejaría de la paz y de la justicia que constituyen premisas esenciales para consolidar a nuestra patria.

Igualmente encontramos vacíos tratándose de aspectos procesales y medios de impugnación, así como una discrecionalidad impertinente tratándose de la declaratoria de procedencia, actos de culto público fuera de los templos y su transmisión en medios.

La ley tiene algunas cuestiones que resulta conveniente revisar para la mejor comprensión de la situación en la que se encuentra México en tan trascendental tema.

En suma de todo lo antes dicho, después de diez años y tres visitas pontificias sin reglamentación de las normas contenidas en la ley, se

deberá militar hacia la revisión de la legislación con objeto de expedir una ley federal secundaria que sea reglamentaria del artículo 24 constitucional, con las limitaciones e inhibiciones que consignan los artículos 27 y 130 de nuestra ley fundamental para evitar la reforma constitucional.

Concluida la quinta visita pontificia a la Ciudad de México, se abren muchos espacios de reflexión sobre esta materia.

EL CRÉDITO DE LA NACIÓN

Felipe ALAMILLA

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *La deuda pública, el presupuesto de egresos y la cuenta pública*. III. *La Ley General de Deuda Pública*. IV. *Los pasivos constitutivos de deuda pública*. V. *El cumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del gobierno federal*. VI. *Propuestas que, como parte de la denominada "Nueva hacienda pública distributiva", fueron planteadas en materia de deuda pública*. VII. *Conclusiones*.

I. ANTECEDENTES¹

A partir de nuestra independencia y una vez desechada la monarquía como forma de gobierno, la historia constitucional del país transitó de la república federal a la república central, sucesivamente en dos ocasiones, hasta que, a partir del 5 de febrero de 1857, tanto la Constitución Política de la República Mexicana como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proclamaron como voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior;

¹ Antes de iniciar el presente trabajo, se estima oportuno realizar la aclaración siguiente: en el artículo "La Unión Europea: origen, instituciones y ámbito competencial", publicado en el número 25 de esta Revista, existen dos erratas en las notas al pie números 21 y 24, en la primera de ellas se señala "Vand Gend & Loos" siendo lo correcto "Van Gend en Loos", mientras que en la segunda se omitió la mención de Irlanda, Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido e Italia dentro del orden acordado unánimemente por el Consejo de Ministros para ocupar la Presidencia del propio Consejo, por lo que el orden correcto es: "Irlanda, Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido, Austria, Alemania, Finlandia, Portugal, Francia, Suecia, Bélgica, España, Dinamarca, Grecia e Italia".

pero unidos en una federación establecida según los principios de la ley fundamental.

Durante este tránsito y ante la recurrente insuficiencia de recursos para hacer frente a los crecientes gastos derivados de las necesidades públicas, nuestras distintas leyes fundamentales han previsto la contratación de deuda sobre el crédito de la nación, presentando variantes en cuanto al órgano facultado para su contratación, pero en todos los casos atribuyendo al Poder Legislativo las potestades relativas a su reconocimiento y pago.

Así, el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 atribuía de forma exclusiva al Congreso General dar leyes y decretos:

“XI. Para contraer deudas sobre el crédito de la república, y designar garantías para cubrirlas.

XII. Para reconocer la deuda pública de la nación, y señalar medios de consolidarla”.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 señalaba como facultades exclusivas del Congreso General:

“IX. Contraer deudas sobre el crédito de la federación, y designar garantías para cubrirlas.

X. Reconocer la deuda nacional, y señalar medios para consolidarla y amortizarla”.

De conformidad con la Tercera de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, correspondería al Congreso General exclusivamente:

“VI. Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nación, y designar garantías para cubrirlas.

VII. Reconocer la deuda nacional y decretar el modo y medio de amortizarla”.

En 1843 las Bases Orgánicas de la República Mexicana establecían como facultades del Congreso:

“VII. Reconocer y clasificar la deuda nacional, y decretar el modo y arbitrios para amortizarla.

VIII. Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nación, prefijando bases y designando garantías”.

De acuerdo con la Constitución Federal de 1857 el Congreso tendría facultad:

“VIII. Para dar bases bajo las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación; para aprobar esos mismos empréstitos, y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional”.

Conforme al texto original de la Constitución de 1917 el Congreso tendría facultad:

“VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional”.

Como consecuencia de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1946, dicha fracción fue adicionada con lo siguiente:

“...Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29”;²

Por último, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1993, la fracción VIII fue nuevamente adicionada en los términos siguientes:

“...Asimismo, aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la ley de ingresos, que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de dicha deuda a cuyo efecto el Jefe del

² Los textos constitucionales hasta este momento citados tienen como fuente *Leyes fundamentales de México*, Ed. Porrúa, 7a. ed., México, 1976, 1012 pp.

Distrito Federal le hará llegar el informe que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere realizado. El Jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al rendir la cuenta pública;"

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso *h*) del artículo 72 constitucional, la formación de leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

No obstante la claridad de las disposiciones citadas en cuanto a la potestad del Congreso para la aprobación, reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional, durante la vigencia de la Constitución de 1917 la práctica en esta materia se ha alejado del mandato constitucional como se explica a continuación.

II. LA DEUDA PÚBLICA, EL PRESUPUESTO DE EGRESOS Y LA CUENTA PÚBLICA

Desde la instauración de la república y hasta el año de 1874, las facultades previstas por nuestras leyes fundamentales en cuanto a la aprobación del presupuesto de gastos para el año próximo, así como de las contribuciones necesarias para cubrirlo, correspondieron al Congreso; ya unitario, ya binario. Sin embargo, a partir de las adiciones y reformas constitucionales del 13 de noviembre de 1874, el Constituyente atribuyó en forma exclusiva a la Cámara de Diputados la facultad de "examinar la cuenta que anualmente debe presentarle el Ejecutivo, aprobar el presupuesto anual de gastos, e iniciar las contribuciones que a su juicio deban decretarse para cubrir aquél".

En opinión de don Emilio Rabasa, este exclusivismo de la Cámara de Diputados "inquieta y propensa a la discusión fogosa y a la resolución apasionada, en materia que exige reposo y estudio de detalles", afirmando además que el precepto aludido constituía una inconsecuencia que rayaba en contradicción, toda vez que imponer al Senado la responsabilidad de decretar los impuestos necesarios para cubrir los gastos, sin tener injerencia en la adopción de estos últimos, equivalía a "tomar parte en la acción legislativa que más lasti-

ma a los pueblos, sin tenerla en la que puede aliviarlos; dar su aquiescencia al gasto sin poder hablar de economías".³

Con la promulgación el 5 de febrero de 1917 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Constituyente, lejos de subsanar la inconsecuencia mencionada, llegó a la contradicción, disponiendo en el artículo 65, fracción II, dentro de los asuntos de los que se ocuparía el Congreso General en sus sesiones ordinarias, "examinar, discutir y aprobar el presupuesto del año fiscal siguiente...", mientras que en el artículo 74, fracción IV, como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, la de "aprobar el presupuesto anual de gastos...". Más adelante, como consecuencia de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre de 1977, se consolidó en el referido artículo 74 todo el sistema constitucional en materia presupuestal, con lo que fue eliminada la contradicción anterior, quedando como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la de examinar, discutir y aprobar el presupuesto, cuya iniciativa debe ser enviada por el Ejecutivo Federal. Sin embargo, continúan vigentes las críticas que hiciera don Emilio Rabasa a fines del siglo XIX.

En este contexto y a partir de una incorrecta interpretación de los artículos 74 y 126 constitucionales, el Congreso de la Unión sólo ha ejercido de una manera parcial las facultades que le confiere la fracción VIII del artículo 73 constitucional, ya que mediante la expedición de la Ley General de Deuda Pública ha establecido las bases sobre las cuales el Ejecutivo podrá celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, fijando en la Ley de Ingresos de la Federación los montos máximos de endeudamiento directo neto interno y externo para un ejercicio fiscal determinado;⁴ sin embargo, con excepción de

³ RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, Ed. Porrúa, 6a. ed., México, 1982, pp. 163 y 164.

⁴ De acuerdo con el artículo 2o. de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2002, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de enero de 2002, se autoriza:

"Al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para contratar, ejercer y autorizar créditos, empréstitos y otras formas del ejercicio del crédito público, incluso mediante la emisión de valores, en los términos de la Ley General de Deuda Pública y para el financiamiento del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal del año 2002, por un monto de endeudamiento neto interno hasta por 110 mil millones de pesos. Este monto considera el financiamiento del Gobierno Federal contem-

la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 31 de diciembre de 1941 y, en alguna medida, del artículo Octavo Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, el Congreso no ha emitido ley o decreto mediante los cuales ejercite sus facultades de aprobación, reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional,⁵ dichos pagos se han efectuado mediante asignaciones de recur-

plado en el artículo 1o. de esta Ley por un monto de 88,997.4 millones de pesos, así como recursos para cubrir la diferencia entre el valor de colocación y el valor nominal de la deuda pública, y margen solicitado por un monto conjunto de 21,002.6 millones de pesos. Asimismo, podrá contratar endeudamiento interno adicional al autorizado, siempre que los recursos obtenidos se destinen íntegramente a la disminución de la deuda pública externa. Para el cómputo de lo anterior, se utilizará el tipo de cambio que publique el Banco de México en el *Diario Oficial de la Federación* y que se haya determinado el último día hábil bancario del ejercicio fiscal del año 2002.

"También se autoriza al Ejecutivo Federal para que, a través de la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público, emita valores en moneda nacional y contrate empréstitos para canje o refinanciamiento de obligaciones del Erario Federal, en los términos de la Ley General de Deuda Pública. Asimismo, el Ejecutivo Federal queda autorizado para contratar créditos o emitir valores en el exterior con el objeto de canjear o refinanciar endeudamiento externo.

"El Ejecutivo Federal queda autorizado, en caso de que así se requiera, para emitir en el mercado nacional, en el ejercicio fiscal del año 2002, valores u otros instrumentos indizados al tipo de cambio del peso mexicano respecto de monedas del exterior, siempre que el saldo total de los mismos durante el citado ejercicio no exceda del 10 por ciento del saldo promedio de la deuda pública interna registrada en dicho ejercicio y que, adicionalmente, estos valores o instrumentos sean emitidos a un plazo de vencimiento no menor a 365 días.

"Las operaciones a las que se refieren el segundo y tercer párrafos de este apartado no deberán implicar endeudamiento neto adicional al autorizado para el presente ejercicio.

"Del ejercicio de estas facultades, el Ejecutivo Federal, dará cuenta trimestralmente al Congreso de la Unión, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dentro de los 35 días siguientes al trimestre vencido, especificando las características de las operaciones realizadas.

"El Ejecutivo Federal también informará trimestralmente al Congreso de la Unión en lo referente a aquellos pasivos contingentes que se hubieran asumido con la garantía del Gobierno Federal, durante el ejercicio fiscal del año 2002, incluyendo los avales distintos de los proyectos de inversión productiva de largo plazo otorgados".

⁵ La fracción III del artículo Octavo Transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999, establece: "No se aprueba la solicitud de consolidar a la deuda pública las obligaciones contraídas por los Fondos señalados (aquéllos a los que se referían los artículos 122 de la Ley de Instituciones de Crédito y 89 de la Ley del Mercado de Valores), ni los avales u obligaciones solidarias otorgadas al efecto por el Gobierno Federal, presentada en el artículo Cuarto Transitorio del Artículo Segundo de la Iniciativa de Decreto por el que se expiden la Ley Federal del Fondo de Garantía de Depósitos y la Ley de la Comisión para la Recuperación de Bienes, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Banco de México, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores, para Regular las Agrupaciones Financieras y General de Deuda Pública".

sos que para tal efecto ha autorizado la Cámara de Diputados mediante los presupuestos de egresos respectivos.⁶

Así, una poco afortunada interpretación constitucional ha provocado que, como lo explica don Felipe TENA RAMÍREZ, "lo que venía siendo inveteradamente una mera práctica del Ejecutivo, se haya convertido en un problema más grave, al sancionar la ley misma esa costumbre de que el Ejecutivo comprometa por sí solo, sin la coparticipación constitucional del Congreso, el crédito de la nación. Ello ha ocurrido con la expedición anual de la Ley de Ingresos, al delegar el Congreso en el Ejecutivo la facultad "para contratar, ejercer y autorizar créditos, empréstitos u otras formas del ejercicio del Crédito público, incluso mediante la emisión de valores". La ley señala un límite cuantitativo para el ejercicio de la facultad delegada, en cifras que cada año aumentan y cuyo límite, por lo demás, tampoco es respetado; ... Inclusive la violación de esos límites está autorizada por adelantado en el propio precepto donde se establecen, cuando después de señalarlos agrega la siguiente frase: "Asimismo se faculta al Ejecutivo federal a ejercer o autorizar montos adicionales de financiamiento cuando, a juicio

⁶ El artículo 4o. del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2002, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de enero de 2002, dispone lo siguiente: "La suma de recursos destinados a cubrir el costo financiero de la deuda del Gobierno Federal; aquél correspondiente a la deuda de las entidades incluidas en el artículo 3 de este Decreto; las erogaciones derivadas de operaciones y programas de saneamiento financiero, así como aquéllas para programas de apoyo a ahorradores y deudores de la banca, asciende a la cantidad de \$206,411,271,330.00, y se distribuye conforme a lo establecido en el Anexo I de este Presupuesto.

"El costo financiero correspondiente a los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo de la Comisión Federal de Electricidad y de Petróleos Mexicanos asciende a la cantidad de \$9,865,200,000.00, el cual se detalla en el artículo 55 de este Decreto y en el tomo IV de este Presupuesto.

"El monto total incluido en el Ramo General 34. Erogaciones para los Programas de Apoyo a Ahorradores y Deudores de la Banca, se distribuye de la manera siguiente:

"I. La cantidad de \$16,884,500,000.00, se destinará a cubrir aquellas obligaciones incurridas a través de los programas de apoyo a deudores, y

"II. La cantidad de \$28,493,600,000.00, se destinará para el pago de aquellas obligaciones surgidas de los programas de apoyo a ahorradores.

El Ejecutivo Federal estará facultado para realizar amortizaciones de deuda pública hasta por un monto equivalente al financiamiento derivado de colocaciones de deuda, en términos nominales."

del propio Ejecutivo, se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan".⁷

Si bien toda contratación de empréstitos, créditos o préstamos de los que deriven financiamientos y consecuentemente obligaciones de pago a cargo del Estado, que se pretenda formen parte de la deuda nacional, debería encontrarse sujeta a la condición de su aprobación y reconocimiento por parte del Congreso de la Unión, en la práctica ha sido la Cámara de Diputados la que, a través de la revisión de la cuenta anual de gastos, ejerce dichas facultades constitucionales.⁸

En mi opinión, la revisión de la cuenta pública debiera limitarse a la ejecución del presupuesto del ejercicio inmediato anterior, es decir, a que la inversión de los fondos públicos se hubiere dado de acuerdo con los lineamientos establecidos en el propio presupuesto. En este sentido, don Felipe TENA RAMÍREZ afirma que dicha revisión "... se refiere a una situación pasada, pues tiene por objeto comprobar que el Ejecutivo se ajustó estrictamente a los gastos autorizados por el presupuesto".⁹

Afirmar que, aun sin ser el órgano constitucionalmente facultado para ello, es la Cámara de Diputados quien, a través de la revisión de la cuenta pública, ejerce las potestades relativas a la aprobación y reconocimiento de la deuda nacional, altera aún más el mecanismo previsto por la fracción VIII del artículo 73 constitucional, ya que ello supondría una autorización *a priori* de los actos que hubiere celebrado el Ejecutivo, mientras que dicha revisión se limitaría a comprobar que las cantidades erogadas durante el ejercicio anterior por este concepto no excedieran del monto máximo autorizado.

⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Ed. Porrúa, 28a. ed., México, 1994, p. 342.

⁸ Conforme al artículo 5o. del Decreto relativo a la revisión de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal correspondiente al ejercicio fiscal de 2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2001, "La observancia de la Ley de Ingresos, el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación, las leyes Orgánica de la Administración Pública Federal, la General de Deuda Pública, Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y demás disposiciones legales aplicables, deberá ser verificada mediante la realización de auditorías que se practiquen para los efectos del Informe de Resultados correspondiente, ya que existieron casos de incumplimiento de los preceptos legales y se observaron inconsistencias en la información proporcionada".

⁹ TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, *supra*, p. 323.

Por el contrario, don Fernando A. VÁZQUEZ PANDO señala que, durante la vigencia de la Constitución de 1857, la interpretación y práctica en esta materia parecen haber sido en el sentido de que el Congreso debía fijar las bases casuísticamente y que cada operación concreta debía someterse a su aprobación.¹⁰

Como se explicará a continuación, con la expedición de la Ley General de Deuda Pública el Congreso de la Unión, lejos de encauzar dentro de los parámetros constitucionales lo relativo al compromiso del crédito de la nación, revistió de legalidad una práctica que, como se ha señalado, se aparta de lo dispuesto por la Constitución general.

III. LA LEY GENERAL DE DEUDA PÚBLICA

En diciembre de 1976 el Ejecutivo Federal sometió a la consideración del Congreso de la Unión la Iniciativa de Ley General de Deuda Pública que, tal como se preveía en el propio documento, entró en vigor el 1 de enero de 1977, y señaló dentro de su motivación la necesidad de promover la expedición de una ley "que recoja las diversas disposiciones legales que sobre esta materia se han dictado, de tal modo que exista una mayor claridad y comprensión de las bases sobre las cuales el Ejecutivo puede concertar o autorizar empréstitos sobre el crédito de la nación y pagar la deuda pública de la federación".¹¹

De acuerdo con los artículos 9o. y 10 de la Ley General de Deuda Pública, el Congreso de la Unión autorizará los montos de endeudamiento directo neto interno y externo que sea necesario para el financiamiento del gobierno federal y de las entidades del sector público federal incluidas en la Ley de Ingresos de la Federación y en el Presupuesto de Egresos de la Federación. El Ejecutivo Federal, al someter al Congreso y a la Cámara de Diputados las iniciativas de Ley de Ingresos y de Presupuesto de Egresos, respectivamente,

¹⁰ VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, Fondo para la Difusión del Derecho, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1991, p. 13.

¹¹ Iniciativa de la Ley General de Deuda Pública, puede consultarse en el sitio de Internet: "www.cddhcu.gob.mx".

propondrá los montos del endeudamiento necesario para el financiamiento del presupuesto del ejercicio fiscal correspondiente.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la parte final del primer párrafo del artículo 10 citado, al aprobar la Ley de Ingresos, el Congreso podrá autorizar al Ejecutivo Federal a ejercer o autorizar a su vez montos adicionales de financiamiento, cuando, a juicio del propio Ejecutivo, se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan, bastando que el Ejecutivo informe de inmediato al Congreso del ejercicio de dicha autorización.

La autorización a que se refiere el párrafo anterior, a la que a su vez hacía referencia el Ejecutivo en la exposición de motivos de la Ley General de Deuda Pública, resulta claramente inconstitucional, ya que los únicos casos en que el Legislativo puede otorgar facultades discrecionales amplísimas al Ejecutivo es en los supuestos previstos por los artículos 29 y 131 de la Constitución.

IV. LOS PASIVOS CONSTITUTIVOS DE DEUDA PÚBLICA

En términos de la Ley General de Deuda Pública, la deuda pública se constituye por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes, derivadas de financiamiento, y a cargo del Ejecutivo Federal y sus dependencias, así como de las entidades que se señalan en dicha ley. Al efecto, la propia ley establece como financiamiento a la contratación, fuera o dentro del país, de créditos, préstamos o empréstitos derivados de:

- I. La suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo;
- II. La adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos;
- III. Los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados, y
- IV. La celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores.

Es importante destacar que, si bien la fracción VIII del artículo 73 constitucional únicamente refiere a los "empréstitos" como actos que pueden derivar en deuda pública, la Ley General de Deuda Pública

establece también a los créditos y a los préstamos como fuentes de financiamiento que podrían derivar en deuda pública.

A pesar de opiniones en el sentido de que el "empréstito" únicamente comprende a "los dineros que México recibe en préstamos por algún gobierno extranjero",¹² lo que llevaría a que sólo esta clase de financiamientos se encontraría condicionada al destino que establece la fracción VIII del artículo 73 constitucional; en mi opinión, dicha acepción deriva de una costumbre relativamente reciente que le identifica como el préstamo exterior que toma el Estado o alguna corporación o empresa, un préstamo público que contrata el Estado y que generalmente tiene su origen en un contrato de crédito o en el financiamiento a través de la colocación de valores a cargo del gobierno federal en los mercados externos. Sin embargo, la significación que dentro de la lengua española se atribuye a tal concepto es aquélla que lo señala como sinónimo del préstamo en términos generales.

No obstante lo anterior y que de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley General de Deuda Pública, ésta establecería "normas claras respecto al concepto de empréstito y términos análogos", la lectura del artículo 2o. pudiera llevar a interpretar que el legislador adoptó la postura que distingue entre los préstamos y los empréstitos en razón del origen interno o externo del financiamiento.

En mi opinión, la citada fracción VIII al referir a empréstitos lo hace en términos generales, es decir, a lo que técnicamente hoy denominaríamos como financiamientos, sin limitar aquel enunciado a la realización de algún acto jurídico determinado. Por ello, el destino que para los recursos así obtenidos dispone la propia fracción debería aplicarse a cualquier acto jurídico celebrado por el Ejecutivo con el objeto de obtener financiamiento, ya sea que se contrate dentro o fuera del país.

El criterio anterior no implica que el origen de la deuda nacional sólo pueda derivar de empréstitos, ya que de la lectura de la fracción VIII se desprenden dos facultades distintas pero eventualmente consecuentes, a saber: "(a) Para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar

¹² MARTÍNEZ DE LA SERNA, Juan Antonio, *Derecho constitucional mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1983, pp. 254-255.

esos mismos empréstitos y (b) para reconocer y mandar pagar la deuda nacional." Así, resulta que el Constituyente no limitó el origen de la deuda nacional a los actos jurídicos de los que derive financiamiento, sino que contempló la posibilidad de que dicha deuda incorporara pasivos con un origen diverso como serían los hechos jurídicos.

En este orden de ideas, difiero de la opinión que sostiene que algunos conceptos integrantes de la deuda pública conforme a lo dispuesto por la Ley General de Deuda Pública, pueden ser aquéllos que tengan su origen en hechos jurídicos, por ejemplo los pasivos que se produzcan de la responsabilidad extracontractual del Estado.¹³ Ya que, en términos de los artículos 1o, 2o, 4o y 5o de dicha ley, únicamente podrán derivar en deuda pública los pasivos que resulten de actos jurídicos que tengan por objeto el financiamiento, no contemplándose en ningún momento la asunción como deuda pública de las obligaciones provenientes de hechos jurídicos.

Esta situación no limita, en forma alguna, la facultad del Congreso de la Unión para reconocer como deuda nacional y consecuentemente ordenar el pago de pasivos que tengan su origen en una fuente diversa de las contempladas por la Ley General de Deuda Pública.

V. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO A CARGO DEL GOBIERNO FEDERAL

En congruencia con los principios de anualidad, especialidad, unidad y universalidad del presupuesto, los cuales se establecen en los artículos 74 y 126 constitucionales y tienen como únicas excepciones las previstas por el propio artículo 74 en su fracción IV, así como lo dispuesto por el artículo 75 del mismo ordenamiento, el cumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del gobierno federal se encuentra sujeto a la condición de que exista una partida específicamente asignada para tal efecto dentro del Presupuesto de Egresos respectivo o bien, que las erogaciones correspondientes sean determinadas por ley posterior que expida el Congreso de la Unión.

De acuerdo con el principio de anualidad mencionado, el poder público no puede válidamente contraer compromisos de desembolso

¹³ Véase HAMDÁN AMAD, Fauzi, "Aspectos jurídicos de la deuda pública", en *Quórum*, publicación de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, pp. 27 y 28.

de fondos que se extiendan a un periodo mayor al de la vigencia del presupuesto que rija en la fecha de su celebración, pues si el presupuesto del ejercicio siguiente omitiera autorizar el gasto respectivo, éste no podría efectuarse por la administración ni demandarse por el particular.¹⁴

En este sentido, el artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal establece que, en casos excepcionales y debidamente justificados, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar que se celebren contratos que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas para el año, pero los compromisos excedentes no cubiertos quedarán sujetos, para los fines de su ejecución y pago, a la disponibilidad presupuestal de los años subsecuentes.

Así, aun cuando las obligaciones asumidas por el gobierno federal sean líquidas y exigibles, su pago sólo será procedente si la Cámara de Diputados lo hubiere autorizado en el Presupuesto de Egresos o, excepcionalmente, cuando su cumplimiento fuere dispuesto por el Congreso de la Unión a través de una ley.

De esta forma, la práctica que ha seguido el Poder Legislativo Federal para el pago de las obligaciones contratadas en términos de la Ley General de Deuda Pública, sujetando dicho pago a la previsión que efectúe la Cámara de Diputados en el Presupuesto de Egresos respectivo, atenta contra la seguridad jurídica a la que aspiraría quien otorgue financiamientos al gobierno federal en términos de las disposiciones aplicables.

VI. PROPUESTAS QUE, COMO PARTE DE LA DENOMINADA "NUEVA HACIENDA PÚBLICA DISTRIBUTIVA", FUERON PLANTEADAS EN MATERIA DE DEUDA PÚBLICA

Como parte de las distintas iniciativas que, bajo la denominación común de "Nueva Hacienda Pública Distributiva", fueron promovidas por el Ejecutivo Federal en el año 2001, se sometió a la consideración de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión la iniciativa de "decreto por el que se reforman los artículos 74, frac-

¹⁴ Véase FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, 33a. ed., México, 1994, pp. 332-333.

ciones III, IV, V y VI, 75 y 126; se adiciona la fracción k) al artículo 72, y se deroga la fracción VIII del artículo 74, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Iniciativa a la que el propio documento califica como "en materia presupuestaria".¹⁵

La propuesta considera fundamentalmente la reforma a los procedimientos de aprobación de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos de la Federación, previendo plazos más amplios, así como una serie de modificaciones que, de acuerdo con su exposición de motivos, promoverían "mayor equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo", propiciando así un "ámbito de estabilidad y certidumbre en cuanto a los procesos de aprobación de dichas disposiciones".

Resulta particularmente relevante la previsión, tanto en materia impositiva como presupuestaria, de lo que en doctrina jurídica se conoce como "reconducción", que refiere a la posibilidad de que, en el evento de que al 31 de diciembre no fuesen aprobados la Ley de Ingresos o el Presupuesto de Egresos, se continúe con la recaudación y el ejercicio del gasto público de acuerdo con los ordenamientos aprobados para el ejercicio inmediato anterior, sujetándose en todo caso a determinadas restricciones.

En cuanto a las previsiones en materia de deuda pública, la iniciativa en comento incluye algunas consideraciones indirectas al referir a las propuestas para que el H. Congreso de la Unión o la Cámara de Diputados puedan efectuar modificaciones a las iniciativas de Ley de Ingresos o Presupuesto de Egresos, respectivamente, así como en lo relativo a los mecanismos de reconducción para la ley y el decreto correspondientes y para los casos de variación en los ingresos originalmente presupuestados.

Así, como parte del mecanismo de reconducción para la Ley de Ingresos, se propone que el endeudamiento neto público¹⁶ sea hasta por el equivalente al del año anterior, en los términos que prevea la ley. Asimismo, se propone que los ingresos que rebasen los montos originalmente previstos en la Ley de Ingresos del año anterior no

¹⁵ Dicha Iniciativa puede consultarse en: "<http://gaceta.cddhcu.gob.mx/Gaceta/58/2001/abr/Inis/presu.html>".

¹⁶ Se entiende por endeudamiento neto público, aquél que comprende el déficit público presupuestado, la deuda de las entidades paraestatales de control indirecto, la deuda pública neta del Distrito Federal y la intermediación financiera.

puedan utilizarse para cubrir gastos del Presupuesto de Egresos, con la finalidad de que tal excedente constituya un ahorro que pueda destinarse al pago de la deuda pública o a constituir reservas para atender gastos relacionados con pensiones, desastres naturales o algún otro tipo de contingencia.

En el mecanismo de reconducción para el Presupuesto de Egresos se sugiere que, durante la aplicación provisional de las disposiciones vigentes para el ejercicio inmediato anterior, únicamente puedan efectuarse los gastos obligatorios siguientes: i) erogaciones determinadas en cantidad específica en las leyes;¹⁷ ii) gasto corriente aprobado en el año anterior hasta por el porcentaje que se determine mediante ley; iii) salarios de los servidores públicos; iv) compromisos contractuales que de suspenderse generarían costos adicionales derivados del pago de intereses o de daños y perjuicios por incumplimiento de los contratos respectivos, y v) pago del endeudamiento neto público.

Finalmente, la iniciativa del Ejecutivo Federal propone se reforme el artículo 126 constitucional para quedar en los términos siguientes:

"No procederá pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto de Egresos de la Federación o determinado por ley posterior; en este último caso el Congreso tendrá que señalar la fuente de ingresos para cubrir los pagos.

La Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación deberán contribuir al equilibrio presupuestario. En caso de que el Congreso de la Unión apruebe endeudamiento público para cubrir el Presupuesto de Egresos, deberá establecer en el dictamen correspondiente la reducción progresiva de dicho endeudamiento dentro de los tres años siguientes, hasta su eliminación en el cuarto año.

La Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación incluirán estimaciones económicas que impliquen una planeación de mediano plazo.

Si al finalizar el año los ingresos resultan superiores al gasto público, éstos sólo podrán destinarse al pago de la deuda pública o a la creación de reservas para la atención de contingencias.

¹⁷ Es decir, aquellas obligaciones que se puedan determinar a través de cantidades específicas, porcentajes o formulas establecidas en las disposiciones legales, tales como la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, el pago de contribuciones establecidas en las leyes fiscales y las obligaciones específicas que deriven de los tratados internacionales.

En caso de presentarse durante el año una reducción a los ingresos aprobados, deberán ajustarse los gastos proporcionalmente.

La ley establecerá las disposiciones específicas para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo."

VII. CONCLUSIONES

En términos de la fracción VIII del artículo 73 constitucional, la potestad para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo podrá celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos, así como para reconocer y mandar pagar la deuda nacional, corresponde al H. Congreso de la Unión, sin embargo, durante la vigencia de la Constitución de 1917, la práctica en esta materia se ha alejado del mandato constitucional, siendo la Cámara de Diputados quien, en forma exclusiva, ha ordenado los pagos respectivos a través del Presupuesto de Egresos de la Federación, ejerciendo las facultades relativas a la aprobación y reconocimiento de la deuda nacional a través de la revisión de la cuenta pública.

El Congreso de la Unión sólo ha ejercido parcialmente las facultades que le confiere la fracción VIII referida, ya que mediante la expedición de la Ley General de Deuda Pública ha establecido las bases sobre las cuales el Ejecutivo podrá celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, fijando en la Ley de Ingresos de la Federación los montos máximos de endeudamiento directo neto interno y externo para los ejercicios fiscales correspondientes.

Con excepción de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del gobierno federal, así como de lo dispuesto por la fracción III el artículo octavo transitorio de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, el Congreso no ha emitido ley o decreto mediante los cuales ejercite sus facultades de aprobación, reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional.

Conforme a nuestro derecho positivo, es incorrecto afirmar que el Ejecutivo Federal debe contar con la autorización previa del Congreso de la Unión para la contratación de obligaciones constitutivas de deuda pública. La autorización previa únicamente es aplicable en cuanto a los montos máximos de asunción de deuda en un ejercicio fiscal determinado, los cuales son fijados mediante las leyes de ingresos respectivas.

No obstante lo anterior, como se ha señalado, ha sido la Cámara de Diputados quien, a través de la revisión de la cuenta pública, ha ejercido las facultades relativas a la aprobación y reconocimiento de la deuda nacional, situación que en la práctica se ha traducido en una autorización *a priori* de los actos que, al amparo de la Ley General de Deuda Pública, hayan sido celebrados por el Ejecutivo Federal. Adicionalmente, este mecanismo ha resultado ineficaz, ya que la revisión de la cuenta pública tiene por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el Presupuesto de Egresos y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas, no comprendiendo propiamente el análisis que, en su caso, daría sustento a la aprobación y reconocimiento de la deuda nacional.

Con la expedición de la Ley General de Deuda Pública, el Congreso de la Unión limitó el origen de la deuda nacional a ciertos actos jurídicos de los cuales deriva financiamiento, sin embargo, esto último no restringe en forma alguna la facultad del propio Congreso para reconocer como deuda nacional y consecuentemente ordenar el pago de pasivos que tengan origen en una fuente diversa a las contempladas por la Ley General de Deuda Pública.

Por último, ya sea al amparo de lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 73 constitucional, o bien conforme a la práctica seguida por la Cámara de Diputados, constitucionalmente no es cuestionable la determinación de esta última o, en su caso, del Congreso de la Unión, en el sentido de no efectuar el pago correspondiente a alguna obligación contraída por el gobierno federal, ya que ello deriva de una facultad discrecional amplísima atribuida a tales órganos, sin embargo, en atención al principio de seguridad jurídica y en protección a los intereses de terceros de buena fe, valdría la pena acotar dicha discrecionalidad.

ENRIQUE MEZA LLORENTE, ESTUDIANTE
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO
Y DIPUTADO CONSTITUYENTE EN 1917

Jaime del ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Sus orígenes.* III. *Su paso por la Escuela Libre de Derecho.* IV. *Su participación en el Congreso Constituyente de Querétaro.* V. *El resto de su vida.*

I. PRESENTACIÓN

El proceso político que se inició con el desconocimiento del gobierno del general Victoriano Huerta por parte del gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza, culminó con la convocatoria a un nuevo congreso constituyente que habría de reunirse en la ciudad de Querétaro para discutir y sancionar el proyecto de reformas a la Constitución federal de 1857 presentado por el Primer Jefe del movimiento constitucionalista. Durante los meses de octubre a septiembre de 1916 y enero y febrero de 1917, se reunieron en la vieja y hermosa ciudad virreinal del centro del país casi doscientos diputados provenientes de las treinta entidades federativas que componían entonces la República Mexicana. De éstos, 18 diputados representaban los distritos electorales del estado de Veracruz. Por el tercer distrito de Chicontepec fue elegido el diputado y coronel Adalberto Tejeda Olivares (Chicontepec 1883-México 1960) quien, sin embargo, por razones vinculadas a su oficio militar no pudo asistir a ninguna de las sesiones del congreso constituyente. Hubo de suplirlo, en consecuencia, el también veracruzano Enrique Meza Llorente, estudiante y futuro abogado de la Escuela Libre de Derecho.

El presente artículo se propone rescatar para la historia de la institución que este año cumple 90 años, la figura de este poco conocido abogado, cuyo principal mérito fue concurrir a la discusión y firma de la constitución vigente siendo todavía alumno de la institución fundada apenas cuatro años y medio antes, hecho que lamentablemente se ha olvidado.

Figura menor dentro de un congreso menor en cuanto a la calidad de los debates, representatividad popular nada democrática, técnica parlamentaria, radicalismo ideológico, y ausencia de figuras notables en el ámbito de la jurisprudencia, particularmente en el campo del derecho constitucional, Enrique Meza representa, en la única ocasión en la que intervino en los debates, la continuidad de la crítica en torno a la corrupción *casacionista* sufrida por el juicio de amparo, ya indicada por don Emilio Rabasa en las aulas de la Escuela Libre y expuesta magistralmente en *El artículo 14* desde 1906;¹ así como la defensa de la autonomía de los estados y del sistema federal, temas ambos de una evidente actualidad.

II. SUS ORÍGENES

Las fuentes difieren en cuanto al lugar y fecha de su nacimiento. Mientras que David Ramírez Lavoignet, a quien sigue el *Diccionario histórico y biográfico de la Revolución Mexicana*,² afirma que nació en Chicontepec, Veracruz, el 13 de julio de 1889, la memoria de la Escuela Libre de Derecho, publicada con ocasión de su décimo aniversario,³ así como la ficha respectiva levantada por el secretario Sáinz Larrañaga de los exalumnos y profesores de la Escuela alrededor de 1937,⁴ lo hacen originario de la villa de Ixhuatlán, "del excantón

¹ Emilio RABASA. *El artículo 14. Estudio Constitucional*. México, Tipografía de El Progreso Latino, [1906].

² David RAMÍREZ LAVOIGNET. *Los constituyentes federales veracruzanos 1917. Biografías*. Xalapa-Enríquez, Gobierno del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, 1979, p. 207. *Diccionario histórico y biográfico de la Revolución mexicana*. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Gobernación, 1992, tomo VII, p. 451.

³ *Escuela Libre de Derecho. Décimo aniversario de su fundación. 1912-1922*. México, Compañía Editora Latino Americana, 1922, p. 103.

⁴ Carpeta conservada en el Archivo Histórico de la Escuela Libre de Derecho.

de Chicontepec"; habiendo nacido el 16 de marzo de 1890, hijo de don Emilio Meza y de doña Concepción Llorente. Por su parte, el 31 de enero de 1917 afirmaría tener "27 años".⁵

Al parecer, hizo sus estudios primarios en su "tierra natal"⁶ y, tal vez, los preparatorios en Xalapa. En su expediente personal que se conserva en el archivo de la Escuela Libre de Derecho no aparece el certificado de estos últimos estudios, aunque sí la promesa de presentarlo "oportunamente" el año de 1914 "para poder cursar las materias siguientes de la carrera de abogado".⁷ Debió hacerlo, pues la Junta Directiva determinó concederle derecho a examen en algunas de las materias de primer año "con la condición de que no se le volverá a conceder si no presenta en el año entrante su certificado de haber terminado sus estudios preparatorios".⁸

III. SU PASO POR LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Meza había ingresado a las aulas de la Libre con el carácter de alumno supernumerario en abril de 1913⁹ o hacia el 25 de julio de este mismo año,¹⁰ cuando tenía alrededor de los veintitrés años. Nada se sabe acerca de su vida entre el final de los estudios preparatorios y su ingreso a la Libre de Derecho. Su tránsito por las aulas de la institución fundada apenas un año atrás estará marcado por el apogeo del huertismo, su declinación y posterior derrota por el movimiento constitucionalista, y por la consecuente escisión de los revolucionarios. Meza sabrá vincularse al carro de los triunfadores, aunque como todos sus compañeros debió sufrir los trágicos años de la revolución; años que ciertamente no fueron los mejores ni para la educación, ni para la vida cultural del país.

El golpe de estado de Victoriano Huerta, así como el subsecuente levantamiento constitucionalista, además de costarle el exilio a algu-

⁵ Vid. *infra* notas 44 y 45.

⁶ RAMÍREZ, *loc. cit.*

⁷ Carta de Enrique MEZA LLORENTE a la Junta Directiva de la Escuela, de 3 de diciembre de 1913. "Expediente No. 92 del Alumno Enrique Meza Llorente". Archivo de la Escuela Libre de Derecho, sección: *Expedientes de alumnos recibidos*. [AELD 92].

⁸ *Idem*.

⁹ *Escuela Libre de Derecho, loc. cit.*

¹⁰ AELD 92, portada del expediente.

nos de los profesores más destacados de la Escuela, significó la división entre los alumnos. Así recuerda esos tiempos Emilio Portes Gil, compañero entonces de Enrique Meza, si bien de un año superior, pues había concurrido a la fundación de la institución libre en julio de 1912:

En la Escuela Libre de Derecho nos reuníamos, después de clase, grupos de estudiantes para comentar los acontecimientos políticos que tan precipitadamente se sucedían y que tanto influyeron en el cambio social, político y económico de México. Al ocurrir el cuartelazo, las discusiones eran apasionantes. Unos cuantos de los estudiantes simpatizaban con la traición de Huerta. La mayoría reprobábamos aquel acto de felonía que dio al traste con el gobierno legítimamente constituido, y cuando don Venustiano Carranza levantó la bandera de la legalidad nuestras discusiones se hacían interminables.

Entre los más apasionados compañeros recuerdo a Nacho Rodríguez Morales, recalcitrante carrancista de buena cepa; a Romeo Ortega, vehemente; a Luis López y Tolsá, siempre mesurado y muy buen argumentista; a Enrique Landa, discreto y autoritario; a Carlos Robalo [*sic*] y a Capetillo, siempre callados; a Javier Icaza, amuchachado, como siguió siendo hasta el día que murió; al chaparro Eleazar O. Núñez, ya fallecido, tremendo; a Enrique Domínguez, siempre irónico; a Memo Pimentel...

Las discusiones que teníamos sobre la Revolución Constitucionalista eran apasionantes. En general todos simpatizábamos con aquel movimiento y sólo nos dividían apreciaciones sobre las personas. Unos simpatizábamos con el general Obregón, con Zapata, con el general Villa; otros eran partidarios del general Hill, de Diéguez, de Alvarado, de Cándido Aguilar.¹¹

Respecto de los profesores, la Escuela Libre se vio afectada al verse obligados algunos de éstos a salir del país, o no regresar, con motivo del triunfo carrancista: Emilio Rabasa, Ignacio Bravo Betancourt, José María Lozano, Pablo Macedo, Francisco León de la Barra, Pedro Lascurain, y Jorge Vera Estaño.¹²

La calidad de alumno supernumerario —como a los demás sesenta y uno inscritos ese año— le facultaba para cursar materias

¹¹ Emilio PORTES GIL. *Raigambre de la Revolución en Tamaulipas. Autobiografía en acción*. México, Ed. Lito Offset Fersa, 1972, pp. 54 y 55.

¹² Para más datos sobre el exilio de estas y otras personalidades vid. Mario RAMÍREZ RANCAÑO. *La reacción mexicana y su exilio durante la revolución de 1910*. México, Instituto de Investigaciones Históricas, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, y Miguel Ángel Porrúa, 2002.

aisladas sin necesidad “de comprobar estudios anteriores”, conforme a lo dispuesto por el artículo 2o. del reglamento escolar. En efecto, conforme al nuevo plan de estudios aprobado por la Junta General de Profesores el 9 de abril,¹³ durante 1913 cursó únicamente primero de Civil, el curso teórico de Economía política y Sociología, habiéndole faltado de cursar la materia de Prolegómenos de derecho y Derecho constitucional. En diciembre de 1913 aprobó con la calificación de “perfectamente bien” el curso de Civil, y en febrero de 1914 el de Economía, con calificación de “bien”, y el de Sociología, con “perfectamente bien”. El 1 de abril de 1914 se examinó en el curso que le faltaba para completar el primer año, y obtuvo el resultado de “un muy bien y dos bien”. Sus profesores habían sido los licenciados Julio García (Civil), Francisco César (Economía), Julio Guerrero (Sociología) y Pedro Lascurain (Prolegómenos del derecho).

El año escolar de 1914 se iba a ver severamente alterado con motivo de los acontecimientos políticos que afectaron particularmente a la ciudad de México. Las cosas habían principiado bien para la vida escolar. El 25 de febrero se festejaron los sesenta años de la recepción como abogado de don Luis Méndez, rector honorario de la Escuela, ante el Lic. Ezequiel A. Chávez, rector a su vez de la Universidad Nacional. En la ceremonia leyó un hermoso discurso don Agustín Rodríguez, quien por entonces formaba parte de la Junta Directiva en compañía de don Miguel S. Macedo y don Emilio Rabasa.¹⁴ Pero tres meses después hubieron de ausentarse de las aulas de la Libre dos de los miembros de su Junta Directiva, los licenciados Rodríguez y Rabasa, para asistir como representantes del gobierno mexicano a las Conferencias de Niágara Falls, donde se pretendió resolver el asunto de la intervención norteamericana en Veracruz. Pero mientras que Rodríguez regresaría a México, Rabasa

¹³ Vid. *Escuela Libre de Derecho. Estatuto, Plan de Estudios, Reglamento y otros documentos*. México, Imprenta de I. Escalante, 1913, pp. 20-25.

¹⁴ Vid. *Discurso pronunciado por el Lic. Don Agustín Rodríguez. Primer Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia celebrada el 25 de febrero de 1914, con asistencia del señor Rector de la Universidad Nacional, Lic. Don Ezequiel A. Chávez, con motivo del sexagésimo aniversario del examen del abogado señor don Luis Méndez. Rector Honorario de dicha Escuela*. México, Tipografía Económica, 1914, 19 pp.

tuvo que exiliarse durante seis años en Nueva York.¹⁵ Varios de los profesores de la Escuela lo habrían de seguir. El 24 de julio comenzó a publicarse la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, que aparecerá hasta 1928. En agosto entraron a la capital de la República las victoriosas tropas constitucionalistas, pero con motivo de la división entre los revolucionarios, la ciudad fue ocupada a finales del año por las huestes convencionistas integradas por zapatistas y villistas, que permanecerán en ella hasta mediados de 1915, cuando Obregón las desaloje definitivamente.

No deja de ser revelador que no se haya levantado ninguna acta de reunión de Junta Directiva, ni menos de Junta General de Profesores, durante todo el año de 1914. La última que se levantó fue la correspondiente al 9 de agosto de 1913, cuando se reunieron los profesores Rodríguez, Macedo, Lascurain, Burgoa, Guerrero, y Martínez Carrillo, para elegir a Emilio Rabasa como miembro de la Directiva en sustitución de Demetrio Sodi, quien solicitó retirarse de la Escuela. El licenciado Manuel María Dávalos fue designado para sustituirlo en su curso de Casos selectos.¹⁶ La siguiente acta será la levantada el 21 de enero de 1915, en plena ocupación de la ciudad por las fuerzas de la Convención y a punto de ser ocupada transitoriamente por las fuerzas de Obregón. Para entonces, el cuerpo docente se había desarticulado y hubo necesidad de completarlo con los alumnos de años más avanzados de la propia Escuela, como fueron Luis MacGregor, aparentemente en uno de los cursos de Economía, Manuel Herrera y Lasso en Sociología, y Alberto Campero en Derecho constitucional, en lugar de Emilio Rabasa.¹⁷ A la Junta General de Profesores celebrada en aquella fecha sólo concurrieron los licenciados Macedo, Antonio Alcocer, Ignacio Burgoa, Alberto Campero, Manuel Ma. Dávalos, Nicanor Gurría Urgell, Fernando González Roa, Manuel Herrera y Lasso, Luis MacGregor y Carlos Vargas Galeana. Fueron convocados, pero no asistieron, los abogados Rafael Ortega, Julio García y Enrique Piña y Aguayo.

¹⁵ Vid. Charles HALE. "El otro Emilio Rabasa (1856-1930). Gobernador, diplomático, periodista, abogado, empresario". Ponencia presentada en el IV Seminario Internacional *La experiencia institucional en la Ciudad de México: esfera pública y élites intelectuales*. México. Instituto Mora, 19 de junio de 2002.

¹⁶ Libro [Primero] de Actas de la Escuela Libre de Derecho, f. 26 v.

¹⁷ *Escuela Libre de Derecho*, pp. 58 y 65.

Muchos habían sido los cambios y más las irregularidades en los cursos: salvo las clases de Sociología (Herrera y Lasso), primeros cursos de Civil y de Procedimientos civiles (Julio García), segundos de Economía (¿MacGregor?) y Derecho penal y Procedimientos penales (Macedo), Derecho internacional privado (Gastón Solana), Administrativo (Burgoa), Mercantil (González Roa), Constitucional (Campero) y Casos selectos (Dávalos), las demás clases no pudieron darse satisfactoriamente. En el caso del segundo curso de Civil, Bravo Betancourt salió al exilio; en el tercero de Derecho civil, Agustín Rodríguez se había ausentado y a su regreso de Niágara Falls enfermó; en Derecho internacional público, Manuel Escalante había solicitado separarse de su clase; y Antonio Alcocer había impartido en todo el año sólo nueve clases en su curso de Síntesis del derecho.¹⁸ Dada la falta de asistencia del profesor, la Junta de profesores acordó que el segundo curso de Civil se repitiera, lo que afectaría los estudios de Meza.

El propio Meza afirmó que en el mes de mayo de 1914, a punto de caer Victoriano Huerta del poder, se incorporó al movimiento constitucionalista jefaturado por Venustiano Carranza, precisamente a las órdenes del coronel Tejeda, su paisano y protector.¹⁹ Este hecho le significaría la necesidad de abandonar las aulas de la Escuela por un tiempo y perder un año escolar. Su ausencia en las aulas —y tal vez de la ciudad de México— durante el conflictivo año 1914 parece confirmarse con la consulta de su expediente escolar, puesto que no presentó exámenes del segundo año sino hasta los meses de noviembre y diciembre de 1915, salvo el curso de Economía política aplicada, cuyo examen sí presentó a mediados de febrero de 1915.

En este ambiente de tensión e incertidumbre generalizadas Meza cursó y aprobó durante 1915 los cursos de primero de Penal y Procedimientos penales, bajo el magisterio de Miguel S. Macedo, y el primero de Procedimientos civiles que impartió el licenciado Rafael Ortega. Asimismo, aprobó la parte correspondiente a Casos del segundo curso de Civil con Manuel María Dávalos, y cursó y aprobó dos materias correspondientes al tercer año de estudios: Derecho internacional público con Jorge Delorme y Campos, y Derecho inter-

¹⁸ Libro, f. 27.

¹⁹ Vid. *infra*, notas 44 y 45 y RAMÍREZ LAVOIGNET, *loc. cit.*

nacional privado, con Gastón Solana. Las calificaciones que obtuvo oscilaron entre “muy bien” y “bien”. Llama la atención que hasta el 3 de enero de 1916 aprobara el examen del segundo curso de Penal y procedimientos penales, que cursaría con Manuel F. de la Hoz. A las enormes dificultades que afectaron la marcha normal de la institución se refiere el acta del 18 de noviembre de 1915: “Deseando la Junta Directiva, que el próximo Año Escolar, no adolezca de los defectos que han tenido los anteriores, debido a las circunstancias excepcionalmente anómalas por las que hemos atravesado, lo que ha traído consigo dificultades para poder terminar los cursos que se dan en esta Escuela, y tratando de evitar los perjuicios que sufren con esto los alumnos, es su parecer, que el Año Escolar de 1916, se inaugure el día 8 de enero del mismo año, designando para que pronuncie el discurso de apertura de los Cursos, al Sr. Profesor Lic. D. Nicanor Gurría Urgell”.²⁰

En el año escolar de 1916, durante el cual Meza “fue designado miembro de la Comisión de Reclamación de Tierras” por Tejeda,²¹ regresaron a las aulas de la Escuela distinguidos profesores como Carlos Díaz Dufoo, padre, y Demetrio Sodi, e ingresaron otros nuevos como Carlos Díaz Dufoo, Jr., Rafael G. Linares, Eulalio M. Ortega, Manuel Cervantes y Pedro Pacheco. En plena efervescencia provocada por las elecciones al congreso constituyente que habría de reunirse en Querétaro, y a las cuales se presentaría como diputado suplente de su paisano y protector, Meza presentó los exámenes correspondientes a las materias de segundo de Civil —Sucesiones— con el Lic. Enrique O. Aranda, y segundo de Procedimientos civiles —ambas el 23 de octubre, un día después de las elecciones al congreso constituyente—; tercero de Civil con don Agustín Rodríguez, el 3 de noviembre, y dos asignaturas del último año de la carrera, que por entonces se limitaba a cuatro años: curso superior de Derecho constitucional con Alberto Campero, el 31 de octubre, y Derecho administrativo con don Ignacio Burgoa, el 29 de noviembre.²² De las tres materias que le faltaban para concluir sus estudios de abogado, Síntesis del derecho, Casos selectos, y Derecho mercantil, la prime-

ra le fue dispensada “por acuerdo de la Junta Directiva”, toda vez que no se había dado el curso, y la segunda se consideró aprobada, “en vista del Informe rendido por el Profesor” (Demetrio Sodi, quien había sustituido en marzo a Mateos Alarcón). La tercera, aun habiéndola cursado durante 1916 bajo la dirección de Eulalio M. Ortega, quedaría pendiente hasta finales de 1917. En efecto, el 19 de octubre de este año, Meza dirigió a la Junta Directiva de la Escuela la siguiente exposición:

Enrique Meza Llorente, alumno de la Escuela Libre de Derecho, ante esa H. Junta Directiva de la misma Escuela, con todo respeto expone: que el año de mil novecientos diez y seis cursó en la misma escuela la asignatura de Derecho Mercantil al mismo tiempo que las demás correspondientes al último curso de la carrera de Abogado, que llevaba además el curso de Derecho Civil y Procedimientos Civiles, ambas del tercer curso, y que como consecuencia de tal recargo no le fue posible presentar todas en examen y dejó pendiente de esa prueba la asignatura de Derecho Mercantil, y en consecuencia y estando próximos los exámenes ordinarios de fin de curso, ante la misma H. Junta Directiva de la Escuela Libre de Derecho, solicita con todo respeto le sea concedido examen de Derecho Mercantil en el curso actual por haber cursado esa materia el año pasado como lo acredita con certificado adjunto del profesor respectivo, Licenciado Eulalio Ortega que presenta en apoyo de su demanda.

Suplicando atentamente a Uds. se sirvan acordar de conformidad con lo pedido, me es grato reiterar a Uds. una vez más mis respetos,

México, octubre 19 de 1917

El 30 de octubre la Junta acordó concederle el examen solicitado, que Meza presentó exactamente un mes después, habiendo obtenido la calificación de “bien por mayoría”, y con lo cual puso fin a sus estudios profesionales.

Si se toma en cuenta que en la 24a. sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 27 de diciembre de 1916, se acordó llamar al joven veracruzano para sustituir al diputado Adalberto Tejeda, y que en esta misma sesión prestó la protesta de ley,²³ se puede con-

²³ Congreso Constituyente 1916-1917. *Diario de Debates*. México, Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, tomo I, pp. 991 y 1001.

²⁰ Libro, fs. 33 v y 34.

²¹ RAMÍREZ LAVOIGNET, *op. cit.* p. 207.

²² AELD 92.

cluir que Enrique Meza compareció a dicha asamblea todavía con la calidad de estudiante de la Escuela Libre de Derecho. No habría de recibirse como abogado sino hasta el 5 de mayo de 1919, cuando, ante un jurado integrado por Manuel María Dávalos e Ignacio Burgoa, en representación del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, y Luis Armas Farías, Eulalio M. Ortega y Carlos Vargas Galeana, por parte de la Escuela, defendió una tesis —nada profunda y meramente descriptiva— titulada *Ligero estudio sobre la Ley de Relaciones Familiares*.²⁴ El caso práctico que debía solucionar en el examen se lo propuso don Agustín Rodríguez.²⁵ Se acercaba entonces a los treinta años.

IV. SU PARTICIPACIÓN EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE QUERÉTARO

La ausencia definitiva de Adalberto Tejeda en el Congreso Constituyente se debió a razones militares, por lo que el aspirante a abogado concurrió a las sesiones como parte de una diputación veracruzana que estuvo formada por dieciocho diputados, entre los cuales destacaron Cándido Aguilar, Victorio E. Góngora, Heriberto Jara, Alberto Román, Carlos L. Gracidas y Juan de Dios Palma.²⁶ Jara y Román formarían parte, además, de las dos comisiones de constitución que se formaron.

En el *Diario de Debates* del Congreso Constituyente consta que Meza Llorente participó en varias sesiones, pero intervino en sólo una ocasión. Además, el 8 de enero de 1917 suscribió, en compañía de su paisano, el diputado y militar Benito Ramírez Garrido, un voto de protesta contra la intención de crear el Estado del Istmo, mismo que presentaron a la asamblea, no obstante estar convencidos, a su vez, de la necesidad de erigir un nuevo estado con el territorio de las Huastecas. El voto lo reproduce completo Ramírez

²⁴ Copia de un ejemplar mecanuscrito se conserva en el archivo de tesis de la Escuela Libre de Derecho, número 92.

²⁵ Copia del mismo, aunque no su solución, obra en AELD 92.

²⁶ Sobre la actuación de todos estos diputados veracruzanos, *vid.* RAMÍREZ LAVOIGNET, *op. cit.* Aquí se reproducen fotografías de todos, incluido Meza. Su fotografía también se encuentra en *Tiempo y Memoria. 1912-2002*, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, p. 142.

Lavoignet, quien lo tomó del periódico *El Dictamen* de Veracruz, correspondiente al 20 de enero de 1917, pero vale la pena transcribir aquí algunos de sus párrafos:

Exponemos que: uno de los más altos ideales del pueblo huasteco ha sido desde largo tiempo verse elevado a la categoría de una entidad federativa que pudiera disfrutar de la soberanía que la Constitución concede a los Estados; que su aspiración de verse con personalidad propia dentro de la federación mexicana la ha basado en hechos cuya razón y justicia forman en él una gran convicción.

Los pueblos...han esperado que nosotros...trajéramos hoy aquí el proyecto de formación de una nueva entidad federativa que debía integrarse con las Huastecas Potosina, Hidalguense y Veracruzana; no cabe duda que la soberanía de este Congreso puede realizar el sueño del pueblo huasteco, pero consideraciones más elevadas han hecho que tomemos la determinación de no presentar por hoy tal proyecto.

En efecto, la realización de todos los proyectos que se refieren a división territorial, traería consigo a nuestro entender una arma formidable que esgrimida por la reacción no haría más que retardar la obra de paz que el Gobierno Constitucionalista se propone realizar en la República.

[...] natural es suponer con todo fundamento que en el campo enemigo, en acecho siempre de nuestra actitud, se usará de la peligrosa paradoja de que la Revolución en vez de dar tierras como lo ha ofrecido, las quita.

Este argumento... encontraría eco en nuestras masas populares, a quienes desgraciadamente se haría tomar esta mentira como bandera de rebelión. Por este motivo, que pondría desgraciadamente en peligro el bienestar general, tomamos la actitud dolorosa de sacrificar el bienestar local de nuestra amada Huasteca.

En consecuencia, excitamos formalmente a todos los que tienen ideas y proyectos análogos dentro de este Congreso, a que se abstengan de presentar cualquier iniciativa que altere la actual división territorial, pues con ello habrán contribuido a restar del enemigo, un pretexto más de los que busca para combatirnos, cooperando así a la labor de solidaridad a que debemos entregarnos todos en los actuales momentos.

Enrique Meza. Benito Ramírez G.²⁷

Entre algunas de las sesiones —todas ordinarias— en las que participó con su voto se encuentran las siguientes. La 28a, del 3 de ene-

²⁷ *Idem*, pp. 208-209.

ro de 1917, donde se aprobó el artículo 18.²⁸ La 29a, del 4 de enero, en la cual votó negativamente respecto sobre un párrafo de la fracción VI del artículo 20.²⁹ La 33a, de dos días después, cuando votó a favor del dictamen de la fracción I del artículo 55 que se refería al carácter de mexicanos por nacimiento de los diputados al Congreso de la Unión.³⁰ La 35a, celebrada el 8 de enero —el mismo día en que suscribió el voto con Ramírez— en la cual se pusieron a discusión las fracciones II, III, IV, V y VI del mismo artículo 55; Meza votó en contra.³¹ La 37a, del 10 de enero, donde se aprobó el artículo 13 con el voto del estudiante de derecho.³² La sesión 46a, llevada a cabo el 17 del mismo mes, donde votó a favor del artículo 28 reformado.³³ La 49a sesión, celebrada un día después, donde Meza votó a favor de los artículos 80, 81, 83, 84, 85 y 91.³⁴ Y la 56a, celebrada la noche del 22 de enero cuando Meza votó a favor de los artículos 103, 104, 105 y 106 constitucionales, y en contra del artículo 107, mismo que lo había llevado a intervenir por la tarde de ese mismo día, en la 55a sesión ordinaria.³⁵

Esta fue la única ocasión en la cual Meza Llorente tomó la palabra para dirigirse a la honorable asamblea: Lo hizo para defender el voto particular³⁶ suscrito por los diputados Heriberto Jara e Hilario Medina, miembros de una de las comisiones de constitución, en relación con el proyecto del larguísimo artículo 107 propuesto por esa Comisión,³⁷ y que plantearon en los siguientes elementales y claros términos:

Artículo 107. Todos los juicios de que habla el artículo anterior [en realidad el 103³⁸] se seguirán a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley. La sentencia

²⁸ *Diario de Debates*, tomo II, p. 78.

²⁹ *Idem*, p. 113.

³⁰ *Idem*, p. 218.

³¹ *Idem*, p. 254.

³² *Idem*, p. 301.

³³ *Idem*, p. 555.

³⁴ *Idem*, pp. 639 y 640.

³⁵ *Idem*, p. 822.

³⁶ La justificación del mismo se encuentra en *idem*, pp. 785-788.

³⁷ En *idem*, vid el artículo 107 tal y como quedó aprobado en Felipe TENA RAMÍREZ. *Leyes fundamentales de México, 1808-1983*, México, Porrúa, 1983, pp. 922-924.

³⁸ Medina, en el transcurso del debate, aclararía que se habían equivocado en la redacción, y que se referían al artículo 103, *idem*, p. 795.

será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto a la ley o acto que la motivare.³⁹

Se trataba de evitar de una vez por todas el llamado “amparo-casación”, y devolverle a los estados su soberanía en materia judicial: que las causas ordinarias civiles y penales iniciadas ante los tribunales comunes de las entidades federativas culminaran definitivamente ahí, sin necesidad de ulteriores instancias (disfrazadas de amparos) ante los tribunales federales. En defensa de su voto Medina argumentó:

defendemos la justicia local, el prestigio de los tribunales locales; queremos que haya perfecta división entre las materias civiles y penales y las materias constitucionales de que debe conocer la Corte; queremos que todos los asuntos judiciales no se concentren en la ciudad de México en manos de cuatro o cinco abogados a quienes se considere como las notabilidades del foro mexicano y se les invoque como los únicos abogados de la República cuando en provincia hay abogados bastante competentes; queremos que esos mismos abogados de la ciudad de México que han concentrado todos los negocios dejen de estar en posibilidad de corromper la administración de justicia, haciendo sugerencias a los magistrados de la Corte para que fallen en tal o cual sentido... Mis ideas fundamentales son éstas: respetemos la soberanía local, la justicia local, el prestigio de los tribunales locales, y que ellos den su última palabra, dicten la sentencia y no haya poder humano que venga a revocarlas, tanto en materias civiles como penales, ya que en las constitucionales la corte sí debe conocer estos asuntos.⁴⁰

El debate se inició. En contra del voto particular intervinieron los “ciudadanos Pastrana Jaimes, Alberto González, Truchuelo, Lizardi y Macías”, y en su favor Heriberto Jara y el alumno de la Escuela Libre de Derecho. He aquí textualmente lo que dijo, después de que el diputado Pastrana tomara la palabra:

Señores diputados: con mucha extrañeza veo que se traen al debate cuestiones de mayor o menor trascendencia. Después que se habló de la denominación oficial, que debía darse al país, quedó perfectamente sentado que no éramos centralistas, y no puede ser de otra manera. Señores diputados: se ha

³⁹ *Idem*, p. 786.

⁴⁰ *Idem*, p. 788.

venido combatiendo contra el centralismo. Debo, antes de todo, hacer justicia a los constituyentes de 57 al legislar sobre las garantías individuales; los constituyentes de 57 incurrieron en un error que siempre tuvo centralizada a la justicia; los constituyentes de 57, hombres liberales y hombres de buena fe, cambiaron por un error los términos del artículo 14, de todos ustedes conocidos. Decían que nadie podía ser juzgado sino por leyes aplicables al caso; y bien, señores diputados, el espíritu tinterillesco de los malos abogados tergiversó completamente la expresión de aquellos constituyentes del 57, honrados, sinceros y respetuosos al criterio, habían consignado en ese precepto de las garantías individuales; y entonces se centralizó la justicia; es por eso por lo que aquí, me parece, decía en esta tribuna el señor licenciado Alberto González que había una multitud de amparos en la Suprema Corte de Justicia. La parte agraviada siempre ocurre a ella porque para ella nunca se había aplicado bien la ley, y entonces ocurría a la primera instancia, después a la casación y, por último, a la Corte Suprema. Tenemos la Jurisprudencia local muerta que debe existir: fue por eso por lo que se centralizó la justicia; vuelvo a repetir, el Constituyente del 57 no quiso atropellar, señores diputados, al Poder Judicial de los Estados; pero repito, el espíritu tinterillesco cometió esta corrupción. Aquí el proyecto del primer jefe ha traído esa novedad, y se ha quitado la palabra 'exacta', entre otras muchas cosas del artículo 14; conserva su fondo y ha perdido toda la forma que lo hacía vicioso. Y al traer a debate el artículo 107, que nos habla del amparo en materia civil y penal; volvemos a incurrir en el vicio, volvemos a corromper la tramitación del juicio de amparo únicamente porque queremos centralizarlo. No, señores diputados; precisamente la razón por que no debemos votar el artículo 107 como lo presenta la Comisión dictaminadora es que debe haber Jurisprudencia en los Estados. ¿Qué no la ha habido? Ha sido una consecuencia de la palabra 'exacta', aplicable al caso. Cuando las leyes locales se discutían antes en un principio, cuando pugnaban ellos en su federalismo por sentar su Jurisprudencia federal, los tribunales con sus salas respectivas veían los fallos de segunda instancia; o después sucedía que la parte agraviada se iba a la Suprema Corte en demanda de la justicia federal, y ésta, con una labor de media hora, deshacía todo el trabajo de semanas de la Sala correspondiente de los Estados, porque no tenían casación; pero ahora, cuando ya está corregido el vicio del artículo 14, no debemos meterlo en otro artículo. El voto particular, al cual me adhiero, restituye uno de los más grandes ideales de los Estados: su independencia completa. Son independientes en su régimen interior, dice un principio constitucional, y nosotros de repente venimos a decir que son independientes en su régimen interior, pero que, a pesar de que tienen poder amplio, deben oír la voz del Centro en todas las cuestiones civiles y penales. El juicio de amparo sólo se refiere la violación

de garantías individuales, y, ¿cómo están asegurados los Estados para legislar en su régimen interior? Tenemos artículos que hablan de las garantías individuales en los juicios civiles y penales y dicen: 'Por leyes exactamente aplicables al caso'. El artículo relativo de la Constitución americana, del cual fue tomada esta Constitución, decía más o menos: 'Por leyes debidamente aplicables', y ese espíritu de 'debidamente aplicables' —no me recuerdo exactamente cómo dice— fue cambiado en la Constitución de 57 con la de 'directamente aplicables al caso'. Ya lo he dicho aquí; pero los litigantes nunca hicieron la ley exactamente aplicable al caso y entonces se centralizó. El voto particular nos ahorra la vergüenza de que volvamos a quitar a los Estados esta independencia cuando ya el artículo 14 la había devuelto; pero era que se refería a las garantías individuales para los juicios civiles y penales. Aquí tenemos, pues, las garantías individuales; sentado que habrá una ley, como dice ese artículo, en vista del cual se sigue toda la secuela de un juicio, y sólo cuando esa secuela del juicio esté ajustada a las leyes relativas venga a dar una solución, entonces procederá el amparo. Yo quiero excitar a los señores que hayan pensado en votar en pro del dictamen de la Comisión; quiero destruir este prejuicio, que tal vez sea el que les impida votar en pro [*sic*]. No es, señores diputados, como lo dice el señor diputado Pastrana Jaimes, que habrá veintiocho poderes judiciales; si fuera como Francia, entonces sí sería una República centralista; aquí es una cosa enteramente distinta; la República Mexicana es una República federal; tenemos que respetar ese sistema federal, en donde cada Estado es independiente con sus tres poderes independientes; en donde el Poder Judicial es un poder independiente dentro de la soberanía de los Estados.⁴¹

Fue todo, pero fue mucho, aunque mal hilvanado y peor dicho: federalismo, independencia del poder judicial, descentralización de la justicia, denuncia de los malos abogados, reclamo de una jurisprudencia local viva, diferenciación de materias y competencias, autonomía estatal, y depuración de la técnica jurídica. Un discurso que revela supremacía del contenido sobre la forma lo que, sin duda, exhibe a un orador inexperto y nervioso; a un estudiante de derecho que apenas y ha terminado de recibir su formación jurídica, que carece de experiencia y al que le sobran los buenos deseos. Sería, por lo mismo, derrotado, aun cuando Hilario Medina hiciera una espléndida y larga defensa del voto particular discutido.⁴² A las 6.05 p.m. se levantó la sesión y se

⁴¹ *Idem*, pp. 789-790.

⁴² *Idem*, p. 786 y ss.

reanudó horas más tarde. Finalmente, al filo de las once y media de la noche 139 diputados votaron a favor del dictamen de la Comisión y únicamente Jara, Medina, Benito Ramírez y Enrique Meza en contra.

Con el resto de los 184 constituyentes, compareció en el salón de sesiones del Congreso Constituyente para protestar y firmar la nueva Constitución el día miércoles 31 de enero de 1917.⁴³ Este día le dedicó su retrato al diputado Pastrana Jaimes, quien formó un album con las fotografías y algún pensamiento de los diputados constituyentes.⁴⁴ De su puño y letra podemos leer:

3er. Distrito Electoral de Veracruz. Chicontepec (origen) 27 años.
En mayo de 1914 me incorporé al movimiento revolucionario constitucionalista. Al compañero Pastrana Jaimes, el día solemne de la firma de nuestra nueva Constitución, con el más firme deseo de que nuestra obra sea el pedestal en que descansa el futuro bienestar de nuestra patria.

Querétaro, a 31 de enero de 1917
Enrique Meza⁴⁵

Su labor como diputado constituyente había concluido. Comenzaría su labor como abogado y continuaría la de diputado federal.

V. EL RESTO DE SU VIDA

Meza Llorente fue leal al movimiento encabezado por Carranza, pero dadas las oscilaciones políticas de Tejeda se fue inclinando hacia el grupo sonorenses encabezado por el general Álvaro Obregón. De 1917 a 1918 formó parte de la XXVII Legislatura, que tan sólo funcionó durante un año, y de 1919 a 1920 de la XXVIII, donde participó en la comisión encargada de plantear soluciones al espinoso problema del petróleo que había provocado el artículo 27 de la Constitución, una vez más al lado de Tejeda, ya senador, y de los congresistas Inocente Lugo, Rodríguez de la Fuente, Eliseo L. Céspedes, el doctor Uzeta y

⁴³ *Idem*, p. 1221.

⁴⁴ Mariano PALACIOS ALCOCER. Presentación a *Los Constituyentes ante su obra*. México, Senado de la República, 1985, pp. 7 y 9. Aquí aparece también su fotografía.

⁴⁵ *Idem*, p. 265.

el general Cándido Aguilar.⁴⁶ En la campaña presidencial del general Álvaro Obregón jugó un papel destacado, al ser designado secretario del primer Centro Director Obregonista constituido en febrero de 1920; incluso fue aprehendido por la policía junto con otros obregonistas como Basilio Vadillo, Ezequiel Ríos, Martín Barragán, Miguel Alessio Robles y Francisco Reyes, y sufrió prisión en Santiago Tlatelolco.⁴⁷ El 8 de abril de 1920 suscribió, junto con un buen número de diputados y senadores, un "Manifiesto" en contra del presidente Carranza, al que acusó de inmoral y de abusar inmoderadamente del poder.⁴⁸ Triunfante Obregón, fue diputado en la XXIX Legislatura del Congreso de la Unión de 1921 a 1922, y de la XXX de 1923 a 1924.

Suspendida su carrera política ingresó por un tiempo al servicio exterior mexicano, y de 1925 a 1927 fue el Cónsul General de segunda en Buenos Aires. A su regreso "desempeñó el cargo de abogado consultor del departamento jurídico de la Secretaría de Gobernación", que por entonces encabezaba, precisamente, Adalberto Tejeda.⁴⁹ Éste pensaría en él para la gubernatura de Veracruz ante la férrea lucha por el poder que sostuvo contra el gobernador Heriberto Jara,⁵⁰ y lo mandaría al estado natal de ambos con el cargo de Procurador General de Justicia. Tejeda gobernaría por segunda vez Veracruz entre 1928 y 1932, pero Meza, tal vez distanciado de su eterno protector, regresó a la ciudad de México a ejercer su profesión dentro de la administración pública y sin alcanzar nunca más un puesto relevante. Entre 1930 y 1933 "fue Auxiliar y Secretario de las Juntas Especiales de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, dependiente de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, y después del Departamento Autónomo del Trabajo".⁵¹ Los dos años siguientes desempeñó el cargo de "abogado subauxiliar" en el departamento

⁴⁶ RAMÍREZ LAVOIGNET, *op. cit.*, p. 212.

⁴⁷ Álvaro MATUTE. *La carrera del caudillo*. México, El Colegio de México, 1980, pp. 73 y 75 (*Historia de la Revolución Mexicana 1917-1924*).

⁴⁸ Véase completo en Gustavo CASASOLA. *Historia gráfica de la Revolución Mexicana. 1900-1970*. 2a. ed., México, Trillas, 1973, p. 1375.

⁴⁹ Lo fue entre el 25 de agosto de 1925 y el 30 de abril de 1928.

⁵⁰ Jean MEYER. *Estado y sociedad con Calles*. México, El Colegio de México, 1977, p. 192 (*Historia de la Revolución Mexicana 1924-1928*).

⁵¹ RAMÍREZ LAVOIGNET, *op. cit.*, p. 213.

jurídico de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas que estaba bajo de dirección del divisionario chihuahuense Miguel M. Acosta. "En 1935 volvió a la Secretaría de Gobernación, como abogado consultor".⁵² Tal vez aquí permanecería algún tiempo. Nada sabemos de sus últimos años. De mediana edad, fallecería el día de Navidad del año de 1944.⁵³ Su nombre y su obra pasarían desapercibidos, hasta ahora, en la Escuela Libre de Derecho, no obstante lo que la honran.

⁵² *Idem*, p. 213.

⁵³ *Idem*, y Jesús ROMERO FLORES. *Historia del Congreso Constituyente, 1916-1917*. México, Gobierno del Estado de Querétaro. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1986, pp. 189-190; lo califica como miembro "de las izquierdas revolucionarias".

LOS PROBLEMAS EN MÉXICO PARA LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Luis Miguel CANO LÓPEZ
Graciela RODRÍGUEZ MANZO

SUMARIO: I. *Advertencias preliminares.* II. *La entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* III. *Los problemas en México para ratificar el Estatuto de Roma.* 1. *Disposiciones en conflicto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* 2. *Jerarquía de los tratados internacionales.* 3. *Reforma al artículo 21 constitucional.* 4. *Otra opción de reforma constitucional.* 5. *La interpretación conforme.* IV. *Consideraciones finales.*

I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

El presente trabajo considera los estudios que hemos realizado en los últimos meses en torno al problema general de la armonización entre el derecho de origen internacional y el derecho de origen interno, en el ordenamiento jurídico mexicano. En esta ocasión nos hemos enfocado en la Corte Penal Internacional y los obstáculos que en México se han presentado para la ratificación del Estatuto de Roma, que finalmente han marginado a nuestro país de estar entre los Estados fundadores del mencionado Tribunal Internacional.

Asimismo, este trabajo sirve de agradecimiento a la invitación que nos participaron nuestros amigos argentinos y da sustento escrito a nuestra intervención en el Tercer Encuentro Nacional de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional, que organizara la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en la ciudad de Mendoza, en la República Argentina, los días 18, 19 y 20 de abril de 2002.

Abordar el tema de la Corte Penal Internacional implica necesariamente un estudio interdisciplinario que no estamos en posibilidad de realizar en este artículo, por lo que el único aspecto que pretendemos destacar es aquél correspondiente a las posibles contradicciones entre los preceptos del Estatuto de Roma y las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, advertimos al lector que nuestra concepción del derecho lo ubica como un instrumento al servicio de las personas y que jamás debe ser utilizado en beneficio de una minoría, mucho menos si ese grupo privilegiado es precisamente quien tiene a su cargo el gobierno de una sociedad. De igual forma, creemos que la labor del estudioso del derecho le obliga a interpretar las diversas disposiciones que analiza de modo que resulten aplicables en la realidad cotidiana y congruentes con la finalidad principal de nuestra disciplina, que es la salvaguarda de los derechos humanos.

II. LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto fue adoptado en la ciudad de Roma el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Desde esa fecha y durante el tiempo que permaneció abierto a la firma de todos los Estados, hasta el 31 de diciembre de 2000, 139 países lo suscribieron.¹

Probablemente nadie imaginaba en 1998 que cuatro años más tarde el Estatuto de Roma cobraría plena vigencia, pero la realidad se ha encargado de sorprender gratamente a la comunidad internacional.

El régimen acordado para la entrada en vigor del Estatuto se establece en su artículo 126, que sujetó ésta al primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se hubiere depositado en poder del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, acepta-

¹ Nos parecen bastante recomendables los trabajos de Quel López, Francisco Javier, "Los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*" y de Jiménez García, Francisco, "La Corte Penal Internacional", en *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Dilex, Madrid, 2000, pp. 309-327 y 329-353, respectivamente.

ción, aprobación o adhesión. Acontecimiento acaecido el 11 de abril de 2002, cuando diez países depositaron los instrumentos de ratificación que hacían falta para lograr la puesta en marcha del Estatuto de Roma, superando las 60 ratificaciones requeridas.² En consecuencia, el Estatuto de Roma entrará en vigor el 1 de julio de 2002. Inclusive, en la fecha que escribimos estas líneas, un Estado más se ha integrado a este esfuerzo internacional.³

III. LOS PROBLEMAS EN MÉXICO PARA RATIFICAR EL ESTATUTO DE ROMA

1. Disposiciones en conflicto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ha sido opinión común que la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte de México requiere forzosamente de una reforma a la Carta Magna, a fin de conciliar las contradicciones existentes entre los preceptos estatutarios y los artículos constitucionales. Al respecto, conviene identificar esas incompatibilidades que han justificado la necesidad de plantear una reforma constitucional.⁴

Se advierte desde el artículo 1 de la Constitución que las garantías que otorga no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, por lo que de encontrarse algún precepto del Estatuto que menoscabe cualquier garantía concedida en nuestro orden constitucional, ello bastará para sustentar la necesidad de una reforma para su ratificación.

Se ha mencionado que algunas disposiciones del Estatuto de Roma no se apegan estrictamente al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 de la Constitución. Si bien es cierto que los artícu-

² Faltando cuatro países para lograr los 60 participantes requeridos, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, Eslovaquia, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, República Democrática del Congo y Rumania, depositaron en la misma fecha sus ratificaciones, alcanzándose la cifra de 66 Estados Partes.

³ Se trata de Grecia, país que firmó el Estatuto el 18 de julio de 1998 y lo ha ratificado el 15 de mayo de 2002, para el que entrará en vigor el 1 de agosto de 2002.

⁴ En este apartado hemos considerado el artículo de García Ramírez, Sergio, "Cuestiones constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 6, enero-junio de 2002, pp. 175-189.

los 22 y 23 del Estatuto reconocen entre los principios generales de derecho penal, el de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, también lo es que los preceptos que definen los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional contienen conductas análogas a las descritas con precisión en estos últimos. Asimismo, el artículo 9 al introducir la figura de los Elementos de los crímenes, les señala como finalidad, la de ayudar a la interpretación y aplicación de los referidos crímenes y sujeta su introducción a la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes, lo que origina que la descripción típica esté en posibilidad de hallarse en diversos ordenamientos. De igual forma, en relación con las penas aplicables, el artículo 77 únicamente las enumera, además de que respecto a las multas, condiciona su imposición a las eventuales Reglas de Procedimiento y Prueba.

Si observamos el texto del artículo 15 constitucional y se le interpreta estrictamente, no se puede ignorar que el Estatuto de Roma es un tratado en virtud del cual se alteran las garantías y derechos establecidos por nuestra Constitución para el hombre y el ciudadano, por lo que su celebración no resulta autorizada.

Considerando las garantías otorgadas al inculpado de conformidad con el artículo 20 de la Carta Magna, es posible dudar de la constitucionalidad de ciertos preceptos del Estatuto, como el 68 y 72, que obstaculizan el conocimiento de los hechos que se le imputan, la identidad de su acusador o cualquier otra información necesaria para su adecuada defensa.

Igualmente, se ha rebatido la concordancia entre lo dispuesto en los artículos 78 y 81 del Estatuto con lo señalado en el artículo 20 de la Constitución, que manda que no es posible prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso y que en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. Lo anterior a causa de que en el primer precepto se menciona que la Corte Penal Internacional, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado, pero que también podrá abonar cualquier otro periodo de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito, lo que introduce distinciones injustificables. Asimismo, en el artículo 81 se permiten supuestos que prolongan el lapso que una persona permanece privada de su libertad, aunque la duración de la detención supere la de la pena de prisión.

Se cuestiona la compatibilidad de ciertos preceptos estatutarios, como el 15 y 54, que facultan a los órganos de la Corte para investigar, perseguir y juzgar los crímenes de su competencia, desplegando sus facultades en el territorio de los Estados involucrados, con el artículo 21 constitucional, que determina que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, así como que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Otra contradicción tiene que ver precisamente con la pena de reclusión a perpetuidad permitida en el artículo 77, toda vez que se ha interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a mediados del siglo pasado, que esta condena es una pena inusitada, prohibida por el artículo 22 de nuestra Ley Fundamental.

Una contravención más a los preceptos constitucionales, específicamente al artículo 23, consiste en la inobservancia del principio *non bis in idem*, pues el artículo 20 del Estatuto de Roma al tratar de la cosa juzgada, señala que la Corte Penal Internacional no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal a menos que el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte o no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Si corresponde a los tribunales federales conocer de todas las controversias del orden criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación no sólo de leyes federales, sino también de tratados internacionales celebrados por México, de conformidad con el artículo 104 constitucional, se complica interpretar que la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no trae por consecuencia que este tribunal internacional privará de esa competencia a los jueces nacionales.

Resulta sencillo identificar un quebrantamiento al régimen establecido en el Título Cuarto de nuestra Constitución por parte del artículo 27 del Estatuto, pues si la Corte ejerce su competencia, no es posible oponer inmunidad alguna ni procedimiento especial que conlleve el cargo oficial de una persona, como tampoco sirve para exi-

mirla de la responsabilidad penal que corresponda o para motivar una reducción en la pena impuesta.

En relación con la entrega de personas a la Corte Penal Internacional, en términos del artículo 89 del Estatuto, se ha objetado que la cooperación que debe otorgarse para atender las solicitudes de detención y entrega podría resultar contraria al artículo 119 constitucional, tomando en cuenta que las extradiciones que en éste se permiten son a requerimiento de un Estado y no de una institución internacional como la Corte.

2. Jerarquía de los tratados internacionales

Las contradicciones a que nos hemos referido en el apartado anterior o cualquier otra que se piense al respecto, surgidas con motivo de la ratificación del Estatuto de Roma y la consecuente aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, han originado la percepción de que resulta necesaria una reforma constitucional a fin de superarlas.

Esa idea se fundamenta en la concepción general sobre el sistema de jerarquía de normas previsto en nuestra Constitución, esencialmente en su artículo 133, en el que se reconoce la supremacía de la Ley Fundamental sobre los demás ordenamientos y se exige para considerar a los tratados internacionales y a las leyes federales como ley suprema de la Unión, que guarden congruencia con la propia Carta Magna.

El argumento es sencillo: siendo el Estatuto de Roma un tratado internacional y considerando que éstos deben estar de acuerdo con la Constitución, ninguno de sus preceptos puede contrariarla.

La anterior conclusión de forma alguna ha sido modificada por el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha reconocido a los tratados internacionales por encima de las demás leyes, pero con una jerarquía inferior a la de la Constitución. Dicho criterio lo ha sustentado en la tesis aislada que se transcribe a continuación:

“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 concedidas 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*, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MIS-

MA 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".⁵

Sin dejar de reconocer que un tratado es un compromiso asumido por el Estado en su conjunto que compromete a todas sus autoridades ante la comunidad internacional, no resulta excesivo precisar los argumentos utilizados en la anterior tesis para sustentar su primacía frente a las leyes federales y locales.

En nuestro ordenamiento no existe la distinción utilizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la calidad de Jefe de Estado del Presidente de la República. Asimismo, no es posible atribuir al Senado el carácter de representante de las entidades federativas si se considera que la cuarta parte de los senadores se eligen de conformidad con el principio de representación proporcional.⁶

Por otra parte, resulta insuficiente afirmar que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, sin especificar que la celebración de tratados internacionales es una función atribuida indudablemente a las mencionadas autoridades federales, pero que la aplicación de dichos instrumentos se rige por los principios de distribución de competencias establecidos en la Constitución.

Por nuestra parte, pensamos que simplemente, al celebrar tratados, México se obliga en su conjunto porque como Estado goza de personalidad jurídica en el ámbito internacional. Además, la importancia de los tratados se da en razón de que, en el ámbito externo, los Estados actúan como iguales, por lo que los compromisos que asumen unos frente a otros, no pueden depender de sus mismas acciones.

⁵ *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.

⁶ Para efectos de interpretación, en nuestro derecho interno no es conveniente hablar de representaciones que no tengan fundamento legal. Al respecto, se ha dudado que el Presidente sea el representante de la Federación, lo que ha quedado de manifiesto en el Voto minoritario de la Controversia Constitucional 8/2001, promovida por el Poder Ejecutivo Federal en contra del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 19 de septiembre de 2001, pp. 100-112.

Un Estado no puede obligarse por un convenio internacional y dejar la resolución del mismo a su única voluntad. En consecuencia, no es permisible que los actos que en el ámbito interno realice, como la aprobación de cualquier ley, sirvan de excusa para incumplir sus compromisos internacionales.

Esta aseveración encuentra sustento en los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la que se dispone que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional.⁷

Lo anterior nos parece motivo suficiente para justificar la preeminencia de los tratados internacionales frente a las leyes. Sin embargo, es aconsejable introducir una distinción entre los instrumentos internacionales, pues los derechos humanos que contienen aquéllos deben gozar de un mayor reconocimiento en el sistema jerárquico de normas.

Las características que diferencian a los tratados internacionales sobre derechos humanos de otros instrumentos internacionales han sido ilustradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo de la opinión consultiva OC-2/82. En ella se menciona que: "los tradicionales convenios multilaterales internacionales... tienen por objeto un intercambio recíproco de derechos y obligaciones, para el beneficio mutuo de los Estados parte".⁸ No obstante, al referirse a tratados en materia de derechos humanos, manifiesta que: "no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obliga-

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de febrero de 1975, la cual se encuentra en vigor para México desde el 27 de enero de 1980.

⁸ Opinión Consultiva OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 24 de septiembre de 1982. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A: Asuntos y Opiniones.

ciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción..."⁹

Ciertamente, los derechos humanos establecidos en tratados internacionales debieran interpretarse siempre congruentes con los preceptos constitucionales, debido a que, en todo caso, amplían las garantías individuales que se prevén en la Ley Fundamental. En este supuesto, para completar el sistema jurídico, debe aceptarse que ciertas materias sean reguladas por las normas de origen internacional e independientemente de las demás normas de origen interno.

No obstante, reconocemos que para evitar cualquier interpretación en contrario, es recomendable que nuestra Constitución cuente con un artículo que otorgue jerarquía constitucional o incluso supraconstitucional a los derechos humanos contenidos en convenios internacionales, a fin de garantizar plenamente la eficacia de dichos derechos. La Carta Magna quedaría conformada por el texto tradicional y por el correspondiente a esos derechos humanos.

Ésta es una medida que debe acompañarse de instrumentos que garanticen la armonización entre el derecho de origen internacional y el derecho de origen interno. En principio, resulta plausible prever un procedimiento de control previo para asegurar que los derechos humanos en los tratados internacionales no presenten contradicciones con la Constitución, antes de ratificar éstos o bien, que permita realizar las reformas necesarias para lograr la concordancia entre ambos ordenamientos. Otra medida pertinente sería involucrar a más autoridades en el procedimiento de celebración de estos instrumentos. Además del Presidente y el Senado, podría participar la Cámara de Diputados, buscando una mayor legitimidad democrática en la confección de los convenios internacionales. Asimismo, el mencionado mecanismo de control previo le daría espacio a nuestra Suprema Corte de Justicia para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico.

Reconociendo jerarquía constitucional a las normas que contengan derechos humanos y, por lo tanto, haciéndolas parte de la Constitución, quedaría por resolver si las modificaciones efectuadas a esos preceptos sobre derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, debieran involucrar el inicio de un procedimiento de reforma en términos del artículo 135 de la Carta Magna o bien, si

deben prevalecer las normas que esos mismos tratados ordenen respecto de su enmienda. En este último caso, se estaría en presencia de una reforma constitucional con un mecanismo diverso al señalado en el artículo 135 de la Ley Fundamental, tal como actualmente sucede en los supuestos de admisión y formación de nuevos Estados de la Unión Federal, así como en el de cambio de residencia de los Supremos Poderes de la Federación, contenidos en el artículo 73 de la Carta Magna. Lo anterior recordando que esa admisión o esa formación de un nuevo Estado, implica necesariamente una reforma al artículo 43 constitucional que refiere las partes integrantes de la Federación. Asimismo, el cambio de residencia traería por consecuencia que la nueva ciudad elegida como sede se convirtiera en un nuevo Distrito Federal o el equivalente de que se trate, modificando la frase inicial del artículo 44 de la Constitución.

3. Reforma al artículo 21 constitucional

Convencido por la idea tradicional que sitúa a los tratados internacionales en un escalón inferior al de la Constitución, el titular del Ejecutivo Federal estimó necesario presentar una iniciativa de reforma constitucional ante el Senado de la República, a fin de que, una vez aprobada, se esté en posibilidad de ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es fundamental destacar que en la exposición de motivos se alude como justificación para ubicar la reforma en el artículo 21 de la Carta Magna, la intención de completar, con este hecho, el régimen de las garantías individuales, toda vez que el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales fortalece la protección de la persona humana. El texto de los párrafos adicionales se destaca enseguida:

“La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados.

En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado Mexicano, de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo.

⁹ *Ibidem*.

Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria, las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes”.

Asimismo, en la exposición de motivos se reconoce el compromiso de México de conciliar su orden normativo interno con el derecho internacional que, a través de los instrumentos internacionales de los que nuestro país es parte, promueve los principios normativos que rigen la política exterior,¹⁰ aduciéndose como acciones coincidentes con ese fin, la aceptación de la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la necesidad de garantizar el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias.

En el mismo tenor, se declaran como objetivos principales de la política exterior de México, el fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos de conformidad con las normas universalmente reconocidas en la materia, la vinculación a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario aún no incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo el reconocimiento de la competencia de los Comités que en ellos se establezcan, la plena aplicación de dichos instrumentos y mecanismos internacionales, así como la armonización de la legislación interna con las obligaciones internacionales.

En este contexto, no hay que olvidar los argumentos que en la exposición de motivos se esgrimen para justificar la reforma al artículo 21 constitucional:

- a) “El primer párrafo está encaminado a resolver el aspecto de la aceptación de la competencia de tribunales internacionales establecidos en los tratados de los que México sea parte, de conformidad con los procedimientos especificados en los tratados correspondientes. El reconocimiento de los procedimientos de

¹⁰ Estos principios se mencionan en el artículo 89 constitucional y son los siguientes: autodeterminación de los pueblos, no intervención, solución pacífica de las controversias, proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, igualdad jurídica de los Estados, cooperación internacional para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

cada institución internacional cuya competencia se reconozca resulta fundamental, ya que evitaría incurrir en insuficiencias de tipo procesal al momento de cumplir con los compromisos adquiridos por México.

- b) El segundo de ellos se refiere, de manera específica, a los casos de orden penal y tiene por objeto facilitar la cooperación en la realización de procedimientos de investigación y persecución de delitos graves y en la ejecución de las sentencias y resoluciones de tribunales con jurisdicción en esta esfera y cuya competencia sea reconocida por México.

Esto excluiría a los tribunales especiales establecidos directamente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, respecto de los cuales nuestro país ha expresado reservas. En cambio, permitiría a México colaborar con cualquier tribunal establecido en un tratado internacional del que México sea parte y, en especial, con la Corte Penal Internacional en la persecución de los crímenes más graves, que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad en su conjunto. Además, destaca el hecho de que, para colaborar eficazmente en la lucha contra la impunidad, el Estado Mexicano reconocerá y ejecutará las resoluciones y sentencias dictadas por los tribunales internacionales, siempre que sean conforme a los términos de los instrumentos jurídicos que los establecen.

- c) El tercer párrafo tiene por objeto garantizar el cumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales, de las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales internacionales cubiertos por la reforma. Cabe señalar que el reconocimiento de competencia de tribunales internacionales sería nugatorio si no viene acompañado de la adopción de medidas que permitan ejecutar, de manera eficaz, sus decisiones”.

Sin restar méritos a la buena intención de esta iniciativa, no podemos dejar pasar la oportunidad de criticar ciertos aspectos de ella. El primero tiene que ver con su localización. El artículo 21 de la Constitución regula la investigación y persecución de los delitos, la imposición de penas y sanciones, así como la seguridad pública, materias que pueden asociarse en algún grado con la ratificación del Estatuto

de Roma, pero que ciertamente no engloban el tema general del reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales, pues no todos ellos se especializan en esas cuestiones, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Podría pensarse como ubicación idónea, el artículo 17 constitucional, que sin dejar de formar parte del Capítulo dedicado a las garantías individuales, se refiere a la administración de justicia en general.

Por otra parte, es fácil percibir ciertas inconsistencias entre los párrafos de la propuesta, aun reconociendo que en el segundo se regulan específicamente los casos del orden penal. Tratándose de estos supuestos, se menciona que los procedimientos, así como las resoluciones y sentencias de los tribunales involucrados, serán reconocidos y ejecutados por el Estado mexicano de conformidad con el tratado internacional respectivo. No obstante, si es cualquier otro tribunal el interesado, se manda que sus resoluciones y sentencias irrevocables gocen de fuerza obligatoria, quedando las autoridades administrativas o judiciales del fuero federal, común y militar, encargadas de garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes.

Particularmente en el párrafo tercero, no es correcto señalar que la garantía de cumplimiento de las sentencias es únicamente deber de las autoridades administrativas y judiciales y supeditar esa obligación a la legislación ordinaria, porque, aun presentándose una omisión del Poder Legislativo, las decisiones de los tribunales internacionales deben ser cumplidas inmediatamente por todas las autoridades de México, inclusive los órganos legislativos, atendiendo las disposiciones de los tratados en los que se reconoció jurisdicción a dichos tribunales.

Finalmente, aunque interpretamos que esta reforma evita el que se argumenten contradicciones entre la Constitución y los preceptos de los tratados en los que se admite la jurisdicción de tribunales internacionales, nos parece incompleta, toda vez que no indica expresamente la primacía de los derechos humanos que contienen los convenios internacionales, incluido el derecho a la justicia.

4. Otra opción de reforma constitucional

Envueltos en un ánimo reformador, bien puede pensarse en una modificación integral a la Constitución, a fin de lograr la armonización

de los derechos humanos contenidos en normas de origen internacional con el resto de las disposiciones de origen interno establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En el artículo 1 de la Ley Fundamental podría mencionarse expresamente que el goce de las garantías otorgadas al individuo, es parte del correspondiente a todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de los derechos humanos establecidos en esta Constitución, así como en las declaraciones y los tratados internacionales de los que México forma parte, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que estos ordenamientos establezcan”.

En el artículo 17 constitucional podría establecerse el derecho de acudir a tribunales internacionales cuya jurisdicción haya sido reconocida por México. Esta modificación, a la vez que daría difusión a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, involucraría tajantemente a las autoridades nacionales en el respeto de los mismos, con motivo de la ejecución de las resoluciones y sentencias dictadas por dichos tribunales.

“Artículo 17.- ...

Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos reconocidos por esta Constitución, por las declaraciones y por los tratados internacionales de los que México forma parte, podrá acudir a los tribunales internacionales constituidos conforme a dichos tratados y seguir los procedimientos establecidos en éstos.

Las resoluciones y sentencias emitidas por los tribunales a que se refiere el párrafo anterior, gozarán de fuerza obligatoria y todas las autoridades administrativas, legislativas y judiciales, garantizarán su cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias”.

En el artículo 133 de la Carta Magna se reconocería jerarquía constitucional a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México forma parte, con la posibilidad de gozar de un rango superior cuando resulten más favorables al individuo, incorporando el principio de progresividad y el de la interpretación *pro homine*. Asimismo, se remarcaría la obligación de todas las au-

toridades nacionales de aplicarlos inmediata y directamente, en el ámbito de sus respectivas competencias.

"Artículo 133.- ...

Las normas sobre derechos humanos contenidas en las declaraciones y los tratados internacionales de los que México forma parte, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que sean más favorables a las establecidas en esta Constitución. Dichas normas son de aplicación inmediata y directa por todas las autoridades administrativas, legislativas y judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias".

Con estas modificaciones estimamos innecesario adicionar el artículo 104 constitucional que establece el ámbito competencial de los tribunales del Poder Judicial Federal, toda vez que el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se fundamentaría en el mencionado artículo 17, así como modificar el artículo 119, en cuanto a la entrega de personas a ese Tribunal, pues se trata de un procedimiento establecido en el Estatuto de Roma que resultaría obligatorio para las autoridades de nuestro país con base en el propio artículo 17.

En fin, siendo realistas resulta al menos ingenuo esperar que una reforma de esta envergadura tenga lugar considerando las actuales condiciones políticas imperantes en México. No obstante, creemos que a fin de apoyar la promoción y puesta en práctica de los derechos humanos y de garantizar su plena eficacia, es conveniente presionar por estas modificaciones a la Constitución.

5. La interpretación conforme

Con todo, como trataremos de probar en este apartado, para ratificar el Estatuto de Roma y aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, basta interpretar las disposiciones constitucionales e internacionales en beneficio de la persona humana, fomentando la ampliación de sus derechos y evitando el uso de la Carta Magna como escudo de la impunidad.

Para sustentar esa ampliación, se debe justificar que en el Estatuto de Roma se contienen normas sobre derechos humanos que comple-

mentan las garantías individuales que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En nuestra opinión, ello sucede así porque la tipificación de las conductas que constituyen los crímenes de la competencia de la Corte, refieren los mínimos derechos garantizados a toda persona y su violación adquiere la dimensión de amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, limitando, en consecuencia, la suspensión de garantías regulada en el artículo 29 constitucional.

En este precepto no se enuncian expresamente las garantías individuales que son posibles de suspenderse,¹¹ por lo que la Carta Magna no tiene ese mínimo de derechos garantizados, pero en este sentido, el Estatuto de Roma, al determinar que la violación de ese límite puede traducirse en una conducta constitutiva de un crimen, amplía el régimen de garantías de nuestra Constitución, porque ayuda a puntualizar cuáles derechos de la persona nunca podrán suspenderse.¹²

Asimismo, el establecimiento de una institución con jurisdicción para conocer de estos graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, cuya finalidad sea someter a la acción de la justicia a los responsables de estos hechos, evitando que cada Estado quiera resolver los conflictos que se presenten por su propia cuenta, forma parte de la garantía de tutela jurisdiccional establecida en el artículo 17 de la Ley Fundamental, toda vez que responde a la demanda de las víctimas de los delitos para que sus autores sean juzgados.

En este contexto, es imprescindible considerar la figura de la jurisdicción complementaria para estar en posibilidad de interpretar el Estatuto de la Corte Penal Internacional como un instrumento acorde con nuestro ordenamiento constitucional. El principio de comple-

¹¹ No obstante, de una interpretación del artículo 29, se entiende que existe forzosamente una relación de medio a fin en la suspensión, es decir, sólo podrán limitarse aquellas garantías que sean necesarias para superar la situación de emergencia. Asimismo, como la suspensión no puede contraerse a un individuo determinado, persiste la prohibición del artículo 13 constitucional en el sentido de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, así como la observancia del artículo 22, que impide ser condenado con alguna pena inusitada.

¹² En este sentido, conviene recordar el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, la cual se encuentra en vigor para México desde el 24 de marzo de 1981, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 7 de mayo de 1981, así como el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de mayo de 1981, el cual se encuentra en vigor para nuestro país desde el 23 de junio de 1981.

mentariedad se reconoce desde el preámbulo del Estatuto y en su artículo 1, pero su verdadero alcance se entiende a partir de los artículos 17 y 20, que regulan las cuestiones de admisibilidad y la cosa juzgada, respectivamente.

Son precisamente los derechos reconocidos en el artículo 17 de la Constitución los que dan fundamento a la institución de la jurisdicción complementaria. Que nadie pueda hacerse justicia por sí mismo, ni reclamar un derecho de manera violenta, que se tenga derecho a que se administre justicia por tribunales y que se garantice la independencia de esos tribunales, así como la plena ejecución de sus resoluciones, son principios integrados en la Carta Magna en beneficio de las personas. Su cumplimiento no debe quedar sujeto a la buena voluntad de las autoridades internas y, precisamente, con la ratificación del Estatuto de Roma y la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se mantendrá la observancia de esos derechos aun en el supuesto de inactividad de nuestras autoridades nacionales.

Con el Estatuto de la Corte no se pretende sustituir a los tribunales estatales en el conocimiento y competencia de los crímenes que regula, sino únicamente establecer la existencia de una jurisdicción que será ejercida en caso de que el Estado con competencia original no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, no pueda realmente hacerlo o bien, lo haya realizado para sustraer a los responsables de la acción de la justicia.

Otra cuestión preliminar que debe tomarse en cuenta para integrar el Estatuto de Roma en nuestro sistema jurídico, sin necesidad de una reforma a la Constitución, es aquélla relativa a las reservas. En esta materia, el artículo 120 de ese ordenamiento internacional es puntual al señalar que no se les admite.

Sobre el particular, es conveniente recordar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o su denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. En este sentido, debe distinguirse una reserva de las declaraciones interpretativas, que son manifestaciones unilaterales, cualquiera que sea su enunciado o su de-

nominación, hechas por un Estado con objeto de especificar o clarificar el significado o enfoque que le atribuye a un tratado o a ciertas de sus disposiciones.¹³

Si las reservas se encuentran prohibidas, no sucede igual con las declaraciones, las cuales se permiten en diversas ocasiones en el Estatuto de Roma.¹⁴ Así ocurre en los párrafos 1 y 2 del artículo 87, que trata sobre disposiciones generales de las solicitudes de cooperación, en el primer párrafo del artículo 103, relativo a la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad o bien, en el artículo 124, que regula cierta disposición de transición relacionada con la competencia de la Corte sobre crímenes de guerra.

Aunque los anteriores supuestos se prevén expresamente en el texto del Estatuto, no existe impedimento para que un Estado lleve a cabo una declaración respecto de cualquier otro precepto, siempre y cuando con ello únicamente se busque precisar su aplicación.¹⁵

Una vez anotadas estas consideraciones previas, nos permitimos enunciar los razonamientos que, en nuestra opinión, permiten la interpretación conforme del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En México, el artículo 119 constitucional permite que la extradición de una persona al extranjero se fundamente en la propia Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias que correspondan. Pues bien, a fin de erradicar la impunidad y en favor de los derechos humanos, puede interpretarse extensivamente la concepción de Estado extranjero que se menciona en dicho precepto, para incluir a la Corte Penal Internacional, toda vez que la extradición y la entrega son actos de igual naturaleza.¹⁶

Ambos son actos de cooperación internacional por los que una persona, que se encuentra en territorio del Estado requerido, señalada como

¹³ A fin de distinguir el empleo de estos términos, puede consultarse el documento de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, denominado "Text and commentaries of the draft guidelines on reservations to treaties provisionally adopted by the Commission on first reading at its fifty-third session, 2001".

¹⁴ Al respecto, puede encuadrarse como elementos que permiten la interpretación de un tratado, en términos del artículo 31 de la citada Convención de Viena.

¹⁵ Así ha sucedido en el caso de Bélgica, Egipto, Francia, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido y Suecia, de los que solamente el país africano no ha ratificado el Estatuto de Roma.

¹⁶ Ciertamente, el artículo 102 del Estatuto distingue los términos "entrega" y "extradición", pero lo hace con el propósito de poner de manifiesto que las extradiciones se permi-

responsable de un crimen que entra en la jurisdicción del requirente, le es enviada con el objeto de que pueda procesarla y condenarla. Que en las entregas, el requirente sea la Corte Penal Internacional y no un Estado, así como que el delito haya podido conocerse en una jurisdicción diversa a la establecida en el Estatuto de Roma, no es suficiente argumento para ignorar el deber de asistencia entre los Estados y la Corte, en lo que atañe a la represión de los crímenes involucrados. Más si se considera que, en todo caso, la entrega se produce en razón de que un Estado pudo haber juzgado a la persona y no cumplió esa responsabilidad o lo hizo de modo que evitó la acción de la justicia.

Si se impugnara que donde la ley no distingue no es posible distinguir, bastaría responder que ante circunstancias de naturaleza similar es recomendable buscar la misma solución. En conclusión, la entrega de personas a la Corte Penal Internacional tiene cabida a la luz del artículo 119 constitucional y con fundamento en las disposiciones del Estatuto de Roma, entre ellas el artículo 89, que permiten a los Estados Partes cumplir las solicitudes de detención y entrega, de conformidad con los preceptos estatutarios y el procedimiento establecido precisamente en su derecho interno.¹⁷

Tratándose de la improcedencia del cargo oficial regulada en el artículo 27 del Estatuto, resulta trascendente la jurisdicción complementaria, puesto que los procedimientos que aseguran inmunidad a

ten entre Estados conforme a las normas que han convenido entre ellos, mientras que las entregas se dan por un Estado a la Corte, obedeciendo lo dispuesto en este tratado. Sin embargo, esa distinción, es efectuada solamente para efectos de interpretación de los preceptos del Estatuto.

¹⁷ La Suprema Corte de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la extradición de personas al extranjero con motivo del tratado que México tiene celebrado con los Estados Unidos de América, en esta materia. Al respecto, resultan bastante interesantes las tesis siguientes: *Extradición. El artículo 17 del tratado internacional relativo, celebrado entre México y los Estados Unidos de Norte América el cuatro de mayo de mil novecientos setenta y ocho, que permite que durante el procedimiento respectivo varíe la clasificación del delito por el cual el reclamado fue extraditado, no viola el artículo 19 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, octubre de 2000, Tesis P. CLXXI/2000, p. 37, así como *Extradición. La posibilidad de que un mexicano sea juzgado en la República conforme al artículo 4o. del Código Penal Federal, no impide al Poder Ejecutivo obsequiarla, ejerciendo la facultad discrecional que le concede el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIII, enero de 2001, Tesis P./J. 11/2001, p. 9.

los gobernantes, debieron agotarse cuando se tuvo la posibilidad de juzgar el crimen en sede nacional. Si no se hizo así, podría estarse en presencia de circunstancias que demuestran que el Estado de jurisdicción original no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, lo que podría originar que la persona se sustraiga de su responsabilidad penal, por lo que lo consecuente será actualizar la aplicación del mecanismo que permite ejercer jurisdicción a la Corte Penal Internacional.

Tomando en cuenta estas reflexiones, la que en primera instancia parecía una patente contradicción con los artículos del Título Cuarto de nuestra Constitución, queda desvanecida. Interpretarlo de modo diverso únicamente implicaría usar el texto constitucional como defensa de la impunidad de los responsables de los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional y desvirtuar el régimen de inmunidades que solamente pretende el buen desempeño de los cargos públicos y no el abuso del poder.

El aparente impedimento previsto en el artículo 104 constitucional puede salvarse absteniéndose de interpretar que es un atropello a la competencia de los jueces nacionales, porque en todo caso, los tribunales de nuestro país siempre estuvieron en posibilidad de ejercer sus facultades, pero si no lo hicieron, debe recurrirse a la jurisdicción complementaria de la Corte. Esta sustitución debe permitirse para salvaguardar el derecho de toda persona a que se le administre justicia por tribunales, sean éstos nacionales o internacionales, logrando con ello la plena eficacia de los principios establecidos en el artículo 17 constitucional.

Conciliar el principio *non bis in idem* con el artículo 20 del Estatuto de Roma amerita interpretar que un juicio sólo es tal si cumple con la finalidad por la que se instaura, atendiendo a un sentido material y no formal de la cosa juzgada. La Corte Penal Internacional puede procesar a una persona que fue ya juzgada por otro tribunal por los mismos hechos, únicamente si el propósito de ese primer juicio ha sido sustraer al acusado de su responsabilidad penal, si no fue llevado de forma independiente o imparcial o si fue instruido con la intención de evitar someter a la persona a la acción de la justicia. Las irregularidades de los primeros juicios demuestran que no se ha juzgado y que, por lo tanto, la Corte debe conocer por vez primera de los crímenes de su competencia.

Si inusitado significa algo que no ha sido utilizado, la pena de reclusión a perpetuidad estaría efectivamente prohibida por el artículo 22 de la Constitución, así como toda modificación a las penas que se legislaron en 1917, lo que no permitiría el ajuste del derecho a la cambiante realidad. De cualquier modo, el artículo 80 del Estatuto de Roma prevé que en esta materia sus disposiciones no afectarán la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional, aun cuando no existan las penas ordenadas en el propio Estatuto.

No obstante, nos parece que la pena inusitada debe interpretarse en armonía con los artículos 13 y 14 de la Carta Magna y, en consecuencia, resultarán prohibidas aquellas penas excepcionales que provoquen que las personas sean juzgadas por leyes privativas y aplicables con posterioridad a la realización de los hechos motivo de condena. La conclusión es evidente, la prisión perpetua que permite el artículo 77 del Estatuto, al tratarse de una disposición general que no se aplica de forma retroactiva, es totalmente compatible con los preceptos constitucionales.

La facultad de los órganos de la Corte para investigar, perseguir y juzgar los crímenes de su competencia, no contraviene el artículo 21 constitucional, toda vez que este Tribunal Internacional es evidentemente una autoridad judicial y que las labores que incumben al Ministerio Público en esta materia, no le son exclusivas.

Mucho tiempo en México se ha sostenido la existencia del denominado monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, fundando esta interpretación en los artículos 16, 21 y 102 de la Carta Magna. Sin embargo, tal aseveración no contempla la excepción determinada en la fracción XVI del artículo 107 constitucional, donde se permite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación consignar directamente al Juez de Distrito que corresponda a la autoridad responsable de incumplir una sentencia en un juicio de amparo. Efectivamente la excepción que referimos se encuentra en el mismo texto constitucional, pero sirve para comprobar la falsedad de ese supuesto monopolio.

En este contexto, la jurisdicción complementaria nuevamente cobra importancia para entender que, a través de las disposiciones del Estatuto de Roma, nuestra Constitución permite una interpretación amplia de sus preceptos, a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los crímenes que dicho tratado contempla,

regulando la competencia de la Corte Penal Internacional para actuar en defecto de las autoridades nacionales. En otras palabras, al facultarse a los distintos órganos de la Corte para encargarse de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos mencionados, lo que se hace es corroborar que en ausencia de actuaciones del Ministerio Público, será permitida la intervención de las autoridades internacionales.

En cuanto al cómputo del tiempo de detención para recortar la pena de prisión, entendemos que si en el Estatuto se distingue que la Corte Penal Internacional tiene la posibilidad de abonar el periodo que estuvo detenido el responsable ante instancias distintas a la propia Corte, ello solamente le significa una obligación y no una facultad discrecional, excepto en el evento de que esa detención hubiera respondido a la intención de sustraer al acusado de la acción de la justicia, supuesto en el cual realmente no existe un sustento real que amerite este beneficio para el condenado.

Asimismo, en el Estatuto de Roma no se permite la prolongación de la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso y si es necesario, en este punto, México al ratificar el tratado debe realizar una declaración interpretativa para evitar cualquier duda en tal sentido.

Al respecto, la interpretación que debe prevalecer del inciso *b*) del párrafo tercero del artículo 81, es que siempre que la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será puesto en libertad, dejando la aplicación de las demás disposiciones de ese precepto únicamente para los supuestos en que no se presente dicha circunstancia. Con estas medidas se diluye la aparente contradicción con el artículo 20 constitucional.

En el mismo sentido, los preceptos del Estatuto que establecen la protección de las víctimas y los testigos de los crímenes, así como la salvaguarda de la información que afecte la seguridad nacional de los Estados, deben ser interpretados sin perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, evitándose así la violación de las garantías otorgadas al inculpado de conformidad con el artículo 20 de la Carta Magna.¹⁸

¹⁸ No está de más recordar que con la reforma al artículo 20 de la Constitución del 21 de septiembre de 2000, al enunciar expresamente las garantías de la víctima o el ofendido, se

En el caso extremo regulado en el párrafo 7 del artículo 72 del Estatuto, es deber de la Corte Penal Internacional aplicar e interpretar el derecho de modo compatible con los derechos humanos de la persona involucrada, por lo que, de no contar con los elementos necesarios para decidir sobre la procedencia o no de los cargos imputados, por tratarse de información confidencial, tendrá que actuar bajo el principio *in dubio pro reo*.

La descripción de conductas análogas en el establecimiento de los crímenes no puede resultar en la aplicación retroactiva de las normas del Estatuto ni traducirse en inseguridad jurídica para los inculcados, razón por la que debe resultar claro que esos supuestos similares deben estar previamente definidos en la jurisprudencia de la Corte o bien, en los Elementos de los crímenes. Con ello, efectivamente la descripción típica puede encontrarse en diversos ordenamientos, pero eso no representa una violación del principio de legalidad siempre y cuando la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un delito de la competencia de la Corte.

En relación con las penas, tampoco existe violación al principio de legalidad por no prevérseles inmediatamente después de señalar los crímenes, pues es evidente que cada una de esas penas es aplicable a cualquiera de dichos delitos. Asimismo, el hecho que se condicione la imposición de las multas a las eventuales Reglas de Procedimiento y Prueba, de igual forma es permisible si no implica un desconocimiento previo de las normas que se tendrán en cuenta.

Lo que en todo caso debe considerarse, es que se respetará el principio de legalidad cada vez que el derecho aplicable esté en posibilidad de conocerse con certeza y de forma previa a la realización de las conductas sancionadas.

Ante cualquier incertidumbre respecto de la observancia del principio de legalidad, contenido en los artículos 14 y 16 de la Constitución, la actuación óptima de México será incluir las declaraciones pertinentes para evitar alguna interpretación que conlleve su trasgresión, mas no negarse a ratificar el Estatuto de Roma.

Como hemos intentado demostrar, cada una de las aparentes inconsistencias entre los preceptos del Estatuto de Roma y la Cons-

previó una excepción al derecho del inculcado de ser careado con quien deponga en su contra, reconociéndose que este derecho no es absoluto.

titución, pueden ser interpretadas de manera que se logre la armonización de ambos ordenamientos. Lo importante es tener en mente que con la ratificación de este tratado internacional se amplían las garantías individuales que reconoce nuestra Carta Magna, que a través de la jurisdicción complementaria se evita que la inactividad de las autoridades nacionales se traduzca en una violación del derecho a la justicia que goza cada individuo, por lo que ante esa eventualidad nuestra propia Ley Fundamental permite la intervención de la Corte Penal Internacional y que, finalmente, en los supuestos en que las disposiciones estatutarias permiten una interpretación contraria a los artículos constitucionales, las autoridades mexicanas tienen la posibilidad de emitir las declaraciones interpretativas pertinentes que salvaguarden la constitucionalidad del Estatuto.

Considerando lo anterior, resulta evidente que no se contraviene el artículo 15 constitucional que prohíbe la alteración de garantías por medio de un tratado internacional, toda vez que jamás puede entenderse esa disposición como impedimento para la celebración de tratados que desarrollan los derechos humanos, como sucede con el Estatuto de Roma.

Asimismo, con la ratificación de este instrumento internacional, las aparentes restricciones a las garantías individuales de los inculcados, encuentran plena justificación en la búsqueda de justicia para las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte, por lo que no existe incongruencia alguna con el artículo primero de la Constitución.¹⁹

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En México se está buscando fomentar la observancia de los derechos humanos asumiendo los compromisos internacionales que aseguren su vigencia y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico. Específicamente, en el caso del Estatuto de Roma, no debe quedar desapercibida la Conferencia Regional sobre la Ratificación e Ins-

¹⁹ Esto ha sido reconocido incluso por nuestras autoridades nacionales con motivo de la reforma propuesta al artículo 21 constitucional, al señalar que el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales fortalece la protección de la persona humana. *Vid supra*, p. 9.

trumentación a nivel Nacional del Estatuto de la Corte Penal Internacional, organizada conjuntamente por la agrupación "No Peace Without Justice" y la Secretaría de Relaciones Exteriores, los días 7 y 8 de marzo, en la ciudad de México.

Desdichadamente, la conciencia que ha empezado a generarse en ciertos sectores de la sociedad y del gobierno, no ha alcanzado a traducirse en la ratificación del Estatuto de Roma por nuestro país.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las circunstancias fueron distintas, pues para aceptar su competencia contenciosa en 1998,²⁰ no se estimó necesaria reforma constitucional alguna que armonizara ese hecho con el ordenamiento jurídico de origen interno, aun con el riesgo de presentarse interpretaciones, si llegare el gobierno mexicano a ser condenado por la Corte, que puedan obstaculizar el cumplimiento de las sentencias correspondientes.²¹ Es hasta ahora que la aludida iniciativa de reforma al artículo 21 constitucional pretende regularizar esta situación.

Como hemos sostenido, una reforma a la Constitución para reconocer la jurisdicción de tribunales internacionales puede resultar conveniente, pero no indispensable. No obstante, celebramos su utilidad para promocionar el conocimiento de los derechos humanos en todos los estratos sociales y obligar a las autoridades nacionales a aplicarlos, derivado del impulso que daría el reconocimiento en el texto

²⁰ Al respecto, la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue aprobada por el Senado de la República el 1 de diciembre de 1998, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 del mismo mes y año. Posteriormente, el instrumento de aceptación correspondiente de fecha 9 de diciembre de 1998, fue depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 16 de diciembre del mismo año.

²¹ La interpretación que pudiera utilizarse para no cumplir un fallo de la Corte Interamericana es la siguiente: Para acudir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos resulta necesario agotar los mecanismos de defensa internos, dentro de los cuales, está el juicio de amparo, razón por la cual, de facto, las eventuales resoluciones de la Corte, podrían llegar a tener consecuencias contrarias a las decididas por los tribunales federales de amparo, incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así las cosas, el órgano judicial supremo en México y sus decisiones, pueden ser modificadas en los hechos por las decisiones de un tribunal internacional que no tiene reconocimiento constitucional. Esto haría pensar que ese tratado internacional es contrario a la Constitución, porque contraviene el principio de seguridad jurídica y establece un órgano por encima de uno de los poderes constituidos, originando por consecuencia final, que no se ejecuten las sentencias de la Corte Interamericana.

constitucional de la jerarquía de esos derechos y, en consecuencia, la aceptación de la competencia de los organismos encargados de su protección.

Con todo, lo que más nos preocupa es que no sea común encontrar interpretaciones que defiendan la jerarquía constitucional de los derechos humanos, intentando acudir a los artículos 1, 15 y 102 de la Ley Fundamental para lograr este objetivo. En esos preceptos es factible encontrar referencias que no se limitan a las garantías individuales, sino que incluyen los derechos humanos contemplados en todo el orden jurídico mexicano, sin importar cuál es la fuente de derecho que los prevé. Nuestra Constitución permite esa convivencia de diversos sistemas normativos, por lo que el establecimiento de dichos derechos siempre estará de acuerdo con la Carta Magna.

Retomando el caso de la Corte Penal Internacional, no entendemos que se argumente una afrenta a la soberanía nacional por la vinculación a tratados internacionales y a los organismos encargados de su aplicación, en materia de derechos humanos.

La concepción de la soberanía ha evolucionado desde mediados del siglo XX.²² El reconocimiento de la persona humana como sujeto de derecho internacional y la universalización de sus derechos se han instituido como límites que los Estados deben respetar tanto en el ámbito interno como en el contexto internacional. De cualquier forma, son precisamente los actos estatales los medios para asumir estos compromisos en uso de la "soberanía nacional", finalmente actuaciones de los gobernantes de una sociedad legitimados por su designación democrática y en respuesta a las demandas de sus empleadores.

Para México no es conveniente retrasar la ratificación del Estatuto de Roma, más si se recuerda que en su artículo 13 se reconoce que, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad de esa Organización, posee la facultad de ordenar a la Corte Penal Internacional que investigue y procese los crímenes de su competencia, incluso en au-

²² En este punto, nos ha sido grata e indispensable la lectura del capítulo denominado "La soberanía en el mundo moderno", de Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2a. ed., Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2001, pp. 125-175.

sencia de ratificación o consentimiento por parte del Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito de que se trate o bien, del Estado al que pertenecen los ciudadanos sujetos a investigación.²³

Sin importar el "interés soberano" para no permitir intromisiones de instituciones internacionales, lo cierto es que la sociedad mundial está decidida a erradicar los atroces crímenes previstos en el Estatuto y mejor será que México sea parte de ese esfuerzo general. Además, el apoyo de nuestro país es congruente con el compromiso internacional que asumió al firmar el 7 de septiembre de 2000 el Estatuto de Roma, por lo que las acciones que debemos respaldar son aquellas que faciliten su ratificación y la adecuación del régimen interno para lograr que la acción de la justicia acontezca en sede nacional.

²³ Esta interpretación también ha sido insinuada por Gómez Robledo, Juan Manuel, "La Corte Penal Internacional", ponencia presentada en la sesión de la Comisión de Derecho Internacional de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, el 13 de noviembre de 2001.

PLURALIDAD JURÍDICA Y DEMOCRACIA CONSOCIATIVA EN MÉXICO¹

(UNA APROXIMACIÓN METALEGAL A LA CUESTIÓN
DE LOS DERECHOS INDÍGENAS)

Salvador CÁRDENAS GUTIÉRREZ

SUMARIO: I. *La historia del derecho, reveladora de la diversidad jurídica.* II. *Pluralismo político y pluralidad jurídica.* III. *Ordenamientos indígenas y constitucionalismo moderno.* IV. *El difícil concepto de "un derecho indígena".* V. *Jueces y autonomía comunitaria.* VI. *Ius commune y representación consociativa.* VII. *Hacia una democracia consociativa en México.* 1. *Neocorporativismo y consociacionalismo.* 2. *Consociaciones y "espacio público".* 3. *Oposición Estado-Sociedad.* VIII. *Pacto consociacional versus contrato social.*

I. LA HISTORIA DEL DERECHO, REVELADORA DE LA DIVERSIDAD JURÍDICA

Una de las primeras medidas tomadas por el actual presidente de México para dar inicio a la transición política, fue la convocatoria a los diversos sectores sociales para que integraran los foros de consulta que habrían de elaborar las propuestas para la reforma integral de la Constitución. Todo parece indicar que el objeto de este llamado era detener la anomia social² que aqueja al país desde hace varias

¹ Ponencia leída por el autor en el simposio "Identidad jurídica de América Latina: derecho público y derecho privado" del X Congreso de FIEALC, que tuvo lugar en la Academia de Ciencias de Rusia, en la ciudad de Moscú, los días 24 a 29 de junio del 2001.

² Esta es la expresión con la que WALDMANN designa las recesiones del pacto constitucional derivadas de la ruptura entre la realidad histórica y las formas legales, fenómeno que

décadas, y que en situaciones de transición puede dar pie a una problemática mayor, incluso de legitimidad del sistema político y, por tanto, de gobernabilidad. Paralelamente, y quizá como una muestra de sus buenas disposiciones para resolver esta anomia, el mismo presidente había enviado al Congreso un proyecto de reforma constitucional en materia de derechos indígenas que para muchos significó el inicio del proceso de reformas estructurales del Estado.

El Congreso aprobó algunas de las propuestas contenidas en ese proyecto, si bien con una serie de limitaciones en las que claramente se percibe el interés de los legisladores por preservar la soberanía nacional y la consiguiente unidad del sistema normativo estatal rechazando cualquier supuesto *contra* o *præter constitutionem*. Tal como lo entendieron los autores de la codificación en el siglo XVIII y la tradición exegetica francesa del XIX, la correlación univocidad-seguridad, la ausencia de lagunas en el derecho y el ideal de certeza jurídica elaborado desde la perspectiva geométrica (*more geometrico constructo*),³ continúan siendo, entre los defensores del sistema normativo mexicano, los paradigmas de la ciencia jurídica y de todo orden social al que se pretenda calificar como justo.⁴ Cualquier alteración de este ideal es vista como contraria al “Estado de Derecho” (que suele confundirse con la pobre noción de “país de leyes”), y a la seguridad del tráfico jurídico fundamentada exclusivamente en la legalidad sancionada por los poderes públicos. Es por eso que hablar

no es raro en los países de América Latina. Cf. WALDMANN, Peter. “Rechtsunsicherheit, Normenpluralismus und soziale Anomie in Lateinamerika”, en AA. VV. *Verfassung und Recht in Übersee*. Vol. 31, núm. 4, Baden-Baden, 1998, pp. 427-439.

³ Vid. FARALLI, Claudia. “Certeza del diritto o diritto alla certeza?”, en AA. VV. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXVII, núm. 1, junio, 1997, pp. 89-104.

⁴ FIORAVANTI se refiere a estas características del derecho como “paradigmas constitucionales del Estado moderno, construidos en los siglos XIX y XX”; señala que han servido para las grandes arquitecturas teóricas del positivismo hasta nuestros días, llegando a constituir una dogmática normativista de carácter fundamental, difícilmente cuestionada por los constitucionalistas e incluso ni por los historiadores del derecho. Vid. FIORAVANTI, Maurizio. “Stato (Storia)”, en *Enciclopedia del Diritto*. Vari, Giuffrè, 1990, s.v. IRTI, por su parte, ha señalado en esta misma dirección, que la “visión constitucionalista del derecho” se sustenta en la ideología de la “seguridad constitucional” que proporciona el parámetro de legitimidad no sólo de las normas ordinarias, sino también de las normas especiales. Esto significa que toda práctica jurídica (consuetudinaria o legal) que esté fuera de su dominio siempre será “ilegítima”. Vid. IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. [Trad. L. Rojo Ajuria]. Barcelona, J. M. Bosch, 1992, p. 80 y ss.

hoy —como se ha venido haciendo últimamente en ciertos ambientes políticos, de un modo habitualmente confuso— de diversidad de ordenamientos en el interior del Estado, usos alternativos del derecho, autonomías y jurisdicciones especiales, o de fueros indígenas, produce en la mayoría de nuestros legisladores, abogados, jueces y juristas, ese malestar que los positivistas franceses del siglo XIX llamaron “*horror vacui*”, un horror al vacío que se manifiesta sobre todo en esa tendencia a neutralizar, esterilizar y dominar los hechos sociales, a través del despliegue de una rigurosa normativa exclusivamente estatal.

Pero como siempre la dinámica de los hechos pone de manifiesto la insuficiencia de los sistemas racionalistas de derecho para dar respuestas coherentes y adecuadas a las necesidades del hombre en el aquí y el ahora. De estos problemas da buena cuenta esa incómoda disciplina llamada historia del derecho, que algunos en su afán de evitar críticas desde el mundo fáctico, quieren ver reducida a disciplina auxiliar y complementaria, cuando no meramente ornamental, de los estudios jurídicos.

En esta dirección se orientan las propuestas que hace tiempo hacía Norberto Bobbio en el *Novissimo Digesto Italiano*, y con él las de un buen número de juristas contemporáneos que quisieran ver al historiador del derecho dedicado a la erudita, aunque en ocasiones estéril, tarea de estudiar únicamente los “antecedentes de las instituciones jurídicas vigentes”. Ante tales planteamientos es necesario insistir en la necesidad de que nuestra disciplina recupere el lugar central que le corresponde en el mundo del derecho. A esta exigencia se refiere el historiador portugués Antonio Manuel Hespanha, cuando señala que la historia del derecho debe servir como “instrumento de hermenéutica jurídica”,⁵ pues el pasado jurídico es más que un simple dato de cultura, su estudio obedece también a razones prácticas y de actualidad. Es necesario, pues, que el historiador y el jurista enderecen sus investigaciones más allá de la pesquisa de “antecedentes”, y vayan en búsqueda y rescate de los derechos históricos marginales. Entiendo por tales aquellos derechos que, siendo legíti-

⁵ HESPANHA, Antonio M. “Une nouvelle histoire du Droit?”, en VV. AA. *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Milán, Giuffrè, 1986, pp. 315-340.

mos y teniendo vida propia y actual, simplemente han sido ignorados por el legislador debido a que no provienen de la única fuente del derecho admisible en el positivismo: la "voluntad popular" expresada por voz de sus representantes en forma de ley. Se trata, en suma, de la necesidad de reconocer la diversidad como racionalidad de la consistencia ontológica humana y, consecuentemente, las diferentes instituciones jurídicas a que esta "racionalidad" ha dado lugar a lo largo de la historia.⁶

Ahora bien, el reconocimiento de la pluralidad jurídica no debe confundirse con la traducción o conversión de los diversos ordenamientos al lenguaje único de la norma estatal, pues en ese paso se corre el grave riesgo de dotar injustamente a los hechos y a las costumbres sociales de significados jurídicos que les son ajenos, o bien, podríamos decir en los términos de Jean LAPLANCHE, se puede caer fácilmente en esa "trampa sin salida" de "designificar" la historia real al momento de traducirla o interpretarla conforme a los cánones comúnmente aceptados o históricamente impuestos.⁷ Esta ha sido en buena medida la rémora de la codificación del derecho

⁶ La noción de "racionalidad", así como los conceptos de "razón" o "logos", en la tradición jurídica occidental, son mucho más amplios que los de *ratio aritmetica* o *ratio geometrica* de la lógica pura tradicional, propia de la codificación. Fueron DESCARTES y LEIBNITZ, primero, y GROCIO, WOLF y PUFFENDORF, más tarde, quienes intentaron aplicar el método de las matemáticas a todos los campos del saber humano, transformando de este modo la ciencia jurídica en "teoría del derecho", o bien, en el estudio [sistemático] del ordenamiento normativo estatal. El saber de los juristas, es decir, el saber prudencial (tópico-deliberativo o jurisprudencial propiamente dicho) fue así relegado al terreno de la "irracionalidad" debido a su carácter puramente estimativo o aproximativo. Cf. MASSINI, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 91 y ss. "Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia —decía a este propósito RECASENS SICHÉS— (incluyendo la práctica del derecho) hay que emplear un tipo diferente de logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no es superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia". *Tratado general de filosofía del derecho*, 1986, citado por SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid, Tecnos, 1998, p. 121.

⁷ LAPLANCHE J. "L'interprétation: Entre déterminisme et herméneutique: Une nouvelle position de la question (1991)", citado en GONZÁLEZ, Fernando M. *La guerra de las memorias. Psicoanálisis, historia e interpretación*. UIA-UNAM, 1998, p. 71 y ss.

desde el siglo XIX. Y es que reconocimiento no es lo mismo que tutela y menos aún que dominación. Reconocer la pluralidad de grupos y la diversidad histórica dentro de una sociedad determinada, en primera instancia, exige resistir la tentación de dominarla por medio del lenguaje legal. Estamos, pues, frente al vicio que George JELLINEK —como se sabe, uno de los grandes fundadores de la moderna teoría general del Estado— denominaba con la seductora expresión de "poder normativo de lo fáctico", que no es otra cosa sino la errónea visión del derecho que tenían él y la mayoría de los teóricos del Estado en el siglo XX, que les llevó a creer que todos los hechos, usos, tradiciones y costumbres tienen la virtualidad de incorporarse al sistema normativo estatal, y a ello están fatalmente determinados por su naturaleza.

Desde luego, hablar en favor de la diversidad jurídica no equivale, al menos desde mi punto de vista, a la defensa del relativismo cultural cerrado a cualquier visión universal del derecho y de la política, pues eso suele conducir no sólo a situaciones de anomia social sino incluso a la balcanización. El filósofo del derecho, Jesús BALLESTEROS, ha señalado a este propósito el grave problema en el que con facilidad se ven envueltos algunos autores de la corriente llamada "Postmodernismo", quienes en su afán por defender el pluralismo social frente al monismo estatal, han propuesto que los usos y costumbres recogidas en los ordenamientos jurídicos de las comunidades sólo pueden ser valorados —"leídos", suele decirse entre estos autores— por quienes los practican, volviendo intraducibles las culturas debido a "la sobrevaloración de las gramáticas y los vocabularios entendidos en función de un idealismo lingüístico".⁸ Universalismo y particularismo son las dos partes del orden que debe construir el hombre de hoy. No caben las visiones únicas: ni los discursos excluyentes que pretenden reducir a un solo lenguaje (el de la gramática legal del Estado) la compleja realidad social, ni las lecturas particularistas de la pluralidad. El derecho estatal —racional, normativo y codificado como es—, ha de formar con los diversos derechos originados en las comunidades, un orden jurídico viable.

⁸ Cf. BALLESTEROS, Jesús. "Postmodernidad y tercer milenio", en *Persona y Derecho*, núm. 43, Pamplona, 2000, pp. 15-31.

A la luz de estas consideraciones preliminares me propongo abordar en las siguientes páginas dos problemas básicos que enfrenta la reforma constitucional integral en México. Asumiendo las limitaciones que lleva consigo todo enfoque teórico analizaré, por una parte, algunos problemas que presenta el reconocimiento de una pluralidad de derechos de carácter autónomo, para lo cual me acercaré a la cuestión de los derechos indígenas, cuestión ésta que evidentemente supera cualquier intento de análisis en un trabajo de esta índole, pero que aquí tomaré únicamente como muestra o abducción, o bien, por usar la expresión del historiador italiano Carlo GINSBURG, como “modelo indicial” revelador de problemas más complejos y profundos. Por otra parte, veremos las alternativas que ofrece la teoría de la “democracia consociativa” —en la que no participan únicamente los partidos políticos, sino también los grupos primarios calificados o *comunidades jurídicas*— para la posible vigencia metalegal de la pluralidad de derechos indígenas y de otras formas de pluralidad jurídica existentes en México.

II. PLURALISMO POLÍTICO Y PLURALIDAD JURÍDICA

En el fondo del diferendo ideológico del siglo XIX, liberalismo y conservadurismo, o de su expresión contemporánea, izquierda y derecha, yace un conflicto de visiones sobre la dimensión social del hombre: una es la visión geométrica, que considera a la sociedad como un conjunto de individuos en un plano de igualdad (*societas æqualis*), sujetos a un mismo rasero legal; y la otra es la asimétrica, que ve a la sociedad como un conjunto de cuerpos imbricados cuyas funciones los hacen ser diferentes entre sí (*societas inæqualis*). La primera ha dado lugar al pluralismo individualista de carácter esencialmente político, y la segunda a la pluralidad institucional o de cuerpos jurídicos.

Cuando se habla de pluralismo político suele hacerse referencia a la forma de organización social del Estado moderno estructurado a partir del siglo XVIII según el modelo del mercado. Desde esta perspectiva el espacio público aparece como un campo de lucha en el que se enfrentan un conjunto de individuos (“antagonistas”), cada uno tratando de salvar sus propios intereses particulares (“posiciones”) en un juego de negociación. Puesto a definir, podría decir que

el punto de partida del pluralismo moderno es la atomización de la sociedad, que es reducida a un cúmulo de *individuos* —llamados “ciudadanos”—, erigidos por el discurso político en fuente exclusiva de toda legitimidad y de toda legalidad que emane directamente de la “voluntad general” de la que forman parte, o bien, de modo indirecto, de sus representantes formales en el congreso. La sociedad así concebida y organizada exige, por una parte, la igualación de los individuos entre sí y, por otra, el debilitamiento de los grupos primarios de la sociedad —comúnmente llamados “cuerpos intermedios”, por estar entre el individuo y el Estado— como fuentes de creación de derecho y, consecuentemente, la necesaria y única mediación de los partidos políticos en la producción normativa unitaria.

En contraposición a esta visión individualista y a la vez holística del pluralismo político, aparece a principios del siglo XX —impulsado en buena medida por la vertiente institucionalista⁹ y por el catolicismo social que desde el siglo XIX había visto con simpatía las formas de socialización no estatal— el concepto de *pluralidad jurídica*, con el que se expresa la diversidad de ordenamientos o sistemas jurídicos discontinuos y originarios, derivados de la vida en las pequeñas comunidades, o bien de las prácticas del cooperativismo

⁹ En Francia Maurice HAORIOU, en sus obras *Principes du roit public* (1910), *La histoire de l'institution et de la fondation* (1925), y en *Précis de droit administratif*, inicia la teoría de la institución. Otro eminente representante es Georges RENARD quien escribió *La théorie de l'institution* (1930) y *La philosophie de l'institution* (1939). El concepto de pluralidad jurídica entre los tratadistas franceses se construyó en torno a la personalidad jurídica de las instituciones. En Alemania es sobre todo Otto von GIERKE quien lleva a cabo un interesante trabajo de investigación sobre las instituciones medievales, sobre todo en su *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913), en donde sostiene que la división: derecho público y derecho privado, debe ser sustituida por la de derecho social-derecho privado, pues el primero abarca no sólo las instituciones político-burocráticas, sino todas aquellas que forman el Estado como corporaciones o comunidades con su derecho originario. Vid. MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid, Rialp, 1967, pp. 310-311. En España ha sido José CASTÁN TOBEÑAS quien en su libro *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)* [Madrid, 1947], se ha ocupado de manera especial de la “pluralidad de fuentes del derecho”, tratando de restituir a la jurisprudencia su papel rector en la creación del derecho positivo. Sin duda, las más importantes aportaciones a la teoría institucional que dieron lugar al desarrollo del concepto de “pluralidad jurídica” fueron hechas por el jurista italiano Santi ROMANO en su obra *El ordenamiento jurídico*. Vid. MORET-BAILLY, Joel. “La théorie pluraliste de Romano à l'Épreuve des déontologies”, en *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, núm. 32, 2000.

laboral. En todo caso estamos ante una pluralidad de derechos que en conjunto forman lo que algunos iuspublicistas han llamado “constitución material del Estado”.¹⁰

Es suficientemente conocida la teoría que en este sentido desarrolló el célebre jurista Santi ROMANO, quien —no sin una buena dosis de ambigüedad— sostuvo que la diversidad de grupos que integran el Estado produce al interior una pluralidad de “ordenamientos jurídicos” o derechos objetivos que cuentan con sus propias instituciones, normas, formas de organización del poder y autoridades.¹¹ En esta misma línea apuntaba el no menos renombrado jurista italiano Francesco CARNELUTTI, quien definía la pluralidad jurídica como aquel tejido de instituciones y mandos jurídicos que forman el ordenamiento soberano, independientemente de que provengan del Estado o de los diversos grupos que lo integran, si bien, igual que ROMANO, imbuido de aquel estatismo de tendencias holísticas y centralistas de su época, sostenía que estos ordenamientos deben estar siempre aprobados y sancionados por los poderes soberanos del Estado.¹²

En sintonía con estas corrientes el insigne jurista español José CASTÁN TOBEÑAS se refería a los ordenamientos primarios de tipo cooperativista en un trabajo que apareció publicado en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, en 1966, época en la que difícilmente se entendía ningún derecho fuera del marco conceptual y operativo del Estado (especialmente del Estado español del franquismo), como no fuera el propuesto por algunos ideólogos ra-

¹⁰ La “constitución material” es un concepto que surgió dentro de la corriente institucionalista para significar el conjunto de “normas consuetudinarias *contra legem*”. Así lo entienden, por ejemplo, ROLLA [*Riforma delle istituzioni e costituzione materiale*, Milán, 1980] y MORTATI [*La costituzione materiale*, Milán, 1940]. La noción se vincula al concepto de “constitución histórica”, opuesta por naturaleza a la “constitución derivada de un contrato o convención”, tal es la teoría de ZANGARA [*Costituzione materiale e costituzione convenzionali*], en *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milán, 1977]. Vid. MENEGHELLI, Ruggero. “Validità giuridica nel normativismo e nell’Instituzionalismo”, en *Diritto e Società*, núm. 1, Padua, 1991, pp. 1-49.

¹¹ Vid. ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. [Trad. S. Martín Retortillo y L. Martín Retortillo]. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963. Y sobre lo mismo véanse especialmente: GENTILE, Francesco. *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Madrid, Marcial Pons, 2001; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid, Montecorvo, 1982; LÓPEZ RUIZ, Francisco. *Fuentes del derecho y ordenamientos jurídicos*. Valencia, Universidad de Alicante, 1997; y TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, FCE, 1995.

dicales. Para CASTÁN los ordenamientos son concomitantes a la genuina “socialización del hombre”, concepto éste que contraponía a los de “estatalización” o “nacionalización” de las relaciones humanas, queriendo significar de este modo que cada ordenamiento derivaba directamente de las formas primarias de asociación, como la familia o el municipio.¹³

Sea como fuere, lo cierto es que tanto la propiedad de la tierra como las formas de organización del trabajo, la conciencia histórica local, la biodiversidad regional, así como las tradiciones, usos y costumbres de los grupos étnicos y lingüísticos, han sido generalmente consideradas como las principales fuentes productoras de esta pluralidad de ordenamientos, válidos en sí mismos, y dotados de una objetividad que trasciende a los individuos singulares.

Son precisamente esos grupos y comunidades, poseedores de una profunda conciencia histórica, y quizá por ello de su marginalidad jurídica, los que en los últimos años han empezado a reclamar mayores espacios de libertad. En ocasiones se trata, no de simples reclamos de mayor participación de los grupos periféricos en las decisiones políticas del centro, sino de verdaderas rupturas o —como las llama Pietro BARCELLONA— “innovaciones de discontinuidad” que difícilmente tienen cabida en la lógica constitucional moderna.¹⁴ La principal exigencia de estos grupos es su intervención directa en el poder constituyente del Estado, de donde se desprende un replanteamiento de fondo de aquellos conceptos que se han tenido hasta ahora como dogmas del constitucionalismo liberal democrático, a saber: la representación popular de los partidos políticos como única vía de

¹² CARNELUTTI, Francisco. *Teoría general del derecho*. [Trad. C. G. Posada], Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, núm. 54. Actualmente la tendencia a singularizar el ordenamiento, esto es, a considerarlo como expresión jurídica propia, tiende a desaparecer. Ordenamiento significa para muchos tratadistas lo mismo que Kelsen entiende por “*Rechtsordnung*”, una especie de sistema jurídico completo. Norberto BOBBIO en su *Teoría dell’ordinamento giuridico* [Turín, Ed. Giapichelli, 1960] recoge esta noción señalando que por “ordenamiento jurídico” se entiende la conexión o interrelación que existe entre las normas, o dicho en otros términos, como el “contexto” social, jurídico, cultural, de las leyes vigentes.

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, José. *La socialización y sus diversos aspectos (Notas críticas)*. Madrid, Reus, 1967, p. 12.

¹⁴ BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*. [Trad. H. C. Silveira; J. A. Estévez; J. R. Capella]. Valladolid, Trotta, 1999, p. 27 y ss.

mediación del poder, la soberanía del Estado o el monopolio de dar y derogar leyes, y el significado actual de la constitución política.¹⁵

Uno de esos sectores sociales emergentes es aquel integrado por las comunidades indígenas que a su modo se han hecho eco de esta necesidad de revisión del esquema constitucional mexicano heredado de la tradición moderna del siglo XIX. Su propuesta de reforma consiste fundamentalmente en el respeto a sus tradiciones y costumbres a partir del reconocimiento de su derecho propio. Como lo habíamos mencionado, tomaremos a este sector como motivo indicial de nuestro análisis y reflexión, por lo que en muchos aspectos lo que vamos a decir aquí con respecto a los grupos étnicos es aplicable hasta cierto punto a otros grupos sociales, regionales y culturales que integran la realidad plural mexicana.

III. ORDENAMIENTOS INDÍGENAS Y CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Una pregunta que surge de inmediato ante los reclamos de los representantes indígenas es sobre la posibilidad de hablar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, de un sistema normativo o de un conjunto de leyes y costumbres susceptibles de tipificarse como "derecho indígena"; y en todo caso si es viable reivindicar ese derecho por vía del discurso moderno de los derechos humanos individuales y de la

¹⁵ Esta es la recomendación que han hecho en los últimos años la mayor parte de los estudiosos del constitucionalismo. PALOMBELA, por ejemplo, en su libro sobre la democracia constitucional, propone que debe hacerse una reflexión sobre los conceptos fundamentales de soberanía y constitución. Vid. PALOMBELA Gian Luigi. *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*. Bari, Dedalo, 1997. También las tesis esbozadas por Luigi FERRAJOLI en su obra sobre la soberanía en el mundo moderno han dado lugar a múltiples polémicas. Si bien este autor parte de la idea tradicional de la soberanía como *suprema potestas superiorem non recognoscentes*, señala que la soberanía interna ha afrontado un proceso de reducción y de progresivo alejamiento respecto al significado histórico original. Este proceso se manifiesta, entre otros campos, en la reducción de la vigencia constitucional plena en el interior de los estados. La soberanía externa ha mantenido —al menos formalmente— su significado originario de "independencia". FERRAJOLI, L. *Cittadinanza e diritti fondamentali*, en *Teoria Politica*, 1993, 3, pp. 63-76; y sobre lo mismo se ocupa en *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milano, Anabasi, 1995, cit. por RIPOLI, Mariangela. *Controversie sulla sovranità en Materiali per una storia della cultura giuridica. Fondati da Giovanni Tarello*, año XXIX, núm. 1, junio, 1999, 219-231.

democracia partidista.¹⁶ Para dilucidar tales cuestiones o al menos para lograr una mayor aproximación que nos permita comprender mejor esta problemática, es necesario que definamos algunos conceptos fundamentales acerca del supuesto sistema normativo indígena, pero no sin antes hacer una breve referencia a su desarrollo histórico en México.

La política indigenista de la corona española en América, por lo menos hasta las reformas borbónicas del siglo XVIII, estuvo orientada por el principio de autodeterminación de las comunidades. Nunca hubo una declaración general, pero sí una práctica reiterada de tal principio.¹⁷ Esta situación cambió desde que se creó la República en 1824. Fue entonces cuando se otorgó a los indios, al igual que a todos los ciudadanos, el derecho de ser *iguales* ante las leyes, y de ese modo eliminar las diferencias establecidas durante los tres siglos de colonización española.

Esta política continuó a lo largo de los siglos XIX y XX. De modo paralelo a la acción codificadora del derecho privado que tuvo lugar en Europa e Iberoamérica, nuestros diputados liberales del constituyente de 1857 intentaron implantar en la sociedad mexicana el modelo constitucional igualitario e individualista.¹⁸ La idea de unidad del

¹⁶ Sobre la relación entre comunitarismo y pluralismo se ha ocupado últimamente Giovanni SARTORI, si bien sus forzados intentos de acomodar las formas de vida comunitaria al esquema de interpretación moderno igualitario no resultan del todo convincentes. Vid. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Taurus, 2001. Más acertado en cambio, por cuanto pone de relieve ciertas paradojas conceptuales referentes a las políticas de reconocimiento, me parece el estudio de este mismo autor publicado con el título "Multiculturalismo contra pluralismo", en *Claves de la razón práctica*, núm. 107, Madrid, noviembre del 2000, pp. 4-8.

¹⁷ Vid. LEVAGGI, Abelardo. "Derecho de los indios a la autodeterminación", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* VI, México, UNAM, 1994, pp. 125/157; y BORAH, Woodrow. *Justice by Insurance*. University of California, 1993, pp. 5 y 413. Desde 1591 a 1820 funcionó exitosamente el Juzgado General de Indios para dirimir las controversias que perturbaban el orden social de esas comunidades. Fue tan benéfica su acción que hay quienes no dudan en las ventajas que traería el reimplantarlo, pues los problemas que resolvía subsisten aún hoy en día.

¹⁸ La adopción de la noción de código en el siglo XVIII, como un libro compacto en el que se contiene buena parte o todo el orden legal (*codex, codice, code, código, código*, en las lenguas romances, traducido al alemán como *Gesetzbuch*), se aplica indistintamente a la codificación del derecho privado y al proceso de constitucionalización. En ambos casos se entiende que el derecho se contiene en un documento normativo coherente, unitario y completo. Esta unidad, a la que con razón MENEGHELLI ha llamado "dogma de la integridad

sujeto jurídico al que se asignó con el nombre de “pueblo mexicano”, estaba sin embargo lejos de ser una realidad. Buena parte de los diversos grupos sociales herederos de la época colonial, y especialmente las comunidades indígenas, no se reconocieron en aquel espejo constitucional en el que no tenían cabida sus antiguos derechos, fueros y libertades, pues eran vistos como resabios de un pasado ominoso, plagado de “particularismos jurídicos”¹⁹ que debían eliminarse para dejar el paso franco a un nuevo orden moderno trazado geoméricamente.

En estrecha conexión con el imaginario liberal y republicano del siglo XIX, recogido después en la Constitución de 1917, apareció la filosofía panmexicanista de Manuel Gamio, fundador de la revista *Ethnos*, en la que expone su idea de integración étnica, el nacionalismo cultural y racial de Alfonso Reyes, Andrés Molina Enríquez y Ezequiel A. Chávez, y el ideal de la *raza cósmica* de José Vasconcelos, todos, de algún modo trataron de dar una explicación sobre el inacabado (o frustrado) proyecto moderno y modernizador de México. Según la visión idealista de estos intelectuales todo era cuestión de esperar el avance del mestizaje racial para ver realizado el ideal de una única constitución que acrisolara a todos los mexicanos en un “pueblo” sin distinciones ni matices de ninguna especie.

Lejos de haberse consumado el paradigma republicano del universalismo jurídico y del mestizaje racial lo cierto es que el escena-

normativa”, invalida por sí misma cualquier otra fuente *extra ordinem*. Vid. MENEGHELLI, Ruggero. “Il dogma della completezza dell’ordinamento giuridico e le fonti *extra ordinem*: spunto critico”, en *Diritto e Società* (Nueva serie), núm. 2, Padua, 1992, pp. 249-255.

¹⁹ Ha sido una tendencia moderna estrechamente vinculada a la idea y al fenómeno de la codificación del derecho, entender la diversidad como “particularismo jurídico”, esto es, como un orden separado y en ocasiones opuesto a la norma general. Esta fue la “lucha antifeudal y antinobiliaria” que desató Voltaire en Francia, pretendiendo que cualquier derecho no incorporado desde sus orígenes al general de la República —común y despectivamente llamado “privilegio corporativo”—, era contrario a la realización de la justicia. Éste es el discurso fundamental y el resorte ideológico central del fenómeno codificador y de la lucha que le acompaña en contra de la dispersión jurídica y de la pluralidad del poder político en el *Ancien Régime*. A partir de entonces, justicia e igualdad geométrica se entendieron como sinónimos. Ideas similares encontramos en HEGEL para quien el Estado es la razón encarnada (“idea objetiva”), es el todo sistemático, clausurado y unitario que se expresa en el derecho total del Estado. El particularismo en cambio, es visto desde esta perspectiva como heterodoxia, descamino, y hasta como traición, según la posterior interpretación marxista-leninista. Vid. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 20-28 y 313.

rio nacional aparece hoy dominado por una realidad bien distinta. El regionalismo ha cobrado vida en algunas zonas del noreste, así como en Jalisco y en los sures yucatecos, reclamando un “nuevo federalismo” basado en una democracia más orgánica y plural. Por otra parte, la pervivencia de grupos étnicos, especialmente en Veracruz, Puebla, Chiapas, Guerrero y Oaxaca, ha hecho aparecer y desarrollarse en los últimos años el discurso del “multiculturalismo”, especialmente en algunos grupos de la izquierda mexicana que ahora ya no reclaman la paridad del sujeto jurídico o la igualdad socialista como en otros tiempos, sino que a partir de una lectura deconstructivista (según los modelos de Derridá y Foucault), han hecho suya la causa posmoderna (¿o tardomoderna?) de la pluralidad étnica y la diversidad lingüística y cultural.²⁰ Lo anterior —en la mayoría de los autores que se ocupan de estos temas— suele expresarse al hilo de cierto discurso entre liberacionista y populista que propone en síntesis, una nueva lectura del “derecho burgués” y de su “racionalidad geométrica” para aplicarlo en contra de sí mismo, es decir en pro de los indígenas marginados y de las minorías oprimidas por el propio sistema, dando lugar a lo que se ha dado en llamar “uso alternativo del derecho”.²¹

²⁰ Vid. HABEL, Marc. “Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis”, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 83, Stuttgart, 1997, pp. 217-241. La crítica deconstructiva de Jacques DERRIDÁ al proyecto de racionalidad moderna y a su más genuina expresión, el sistema normativo estatal (exclusivo, unidireccional, omniabarcante), sostiene que el ordenamiento jurídico admite varias lecturas de interpretación. Consecuentemente nos enfrenta al interesante “dilema posmoderno” de la aplicación del derecho no sólo en la dirección prevista por los procedimientos codificados, sino en sentidos diversos que pueden favorecer a los grupos marginados.

²¹ El “uso alternativo del derecho” es una teoría del derecho cuyos orígenes los podemos encontrar en el libro *Cuadernos de la cárcel* de Antonio GRAMSCI. Así cuando dice que “el derecho no expresa toda la sociedad... sino a la clase dirigente que impone a toda la sociedad las normas de conducta que están ligadas a su razón de ser y a su desarrollo”, establece la diferencia entre el derecho legislado (hegemónico) y el “derecho de las clases subalternas” que siempre tendrá una condición de existencia marginada. Actualmente la teoría ha tomado dos vertientes: por una parte la llamada “comunitarismo”, representada sobre todo por autores europeos como Pietro BARCELLONA o Luigi FERRAJOLI, para quienes el Estado se convierte en ámbito de los derechos de minorías. Para los americanos, en cambio, el derecho positivo del Estado debe mantenerse pero plegándose al derecho de las minorías o al sistema de “principios generales del derecho del pobre”. De este modo se rompe con la “legalidad burguesa” y se inicia proceso de liberación y transformación de la sociedad. Este enfoque es más bien de carácter político que jurídico en estricto sentido, pues el punto de partida de su teoría jurídica no es el derecho consuetudinario o los usos y costumbres de los pueblos marginados, sino la “lucha de clases” como principio teórico y ope-

IV. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE UN "DERECHO INDÍGENA"

Prácticamente en todas las propuestas presentadas por los partidos y grupos políticos ante el Congreso mexicano para regular la materia indígena se dio por supuesta la existencia de un sistema normativo al que se denomina "derecho indígena mexicano", concepto que a todas luces es más un imaginario político, que una realidad jurídica concreta y determinada. Existe en realidad una pluralidad de ordenamientos de los diversos pueblos indígenas asentados en el territorio mexicano. Estos ordenamientos en ocasiones difieren tanto unos de otros que resulta prácticamente imposible encuadrarlos en un concepto unívoco. Según el último informe del Instituto Nacional Indigenista existen en el país 62 grupos étnicos con más de 30 dialectos vivos. Si consideramos que la tradición jurídica oral de estas comunidades se expresa fundamentalmente a través de "metáforas del derecho"²² y que éstas varían de lugar a lugar y según el dialecto que se hable, ¿cómo será posible traducir esas formas de expresión a conceptos racionales que nos permitan hablar de un "derecho indígena" como sistema normativo? Debemos estar atentos, pues, para no inferir significados legales de costumbres sociales como lo hizo el viejo positivismo decimonónico.

rativo. Para una visión general sobre este concepto pueden verse los estudios de WOLKMER, Antonio Carlos. "O pluralismo jurídico: elementos para un ordenamiento alternativo", en *Crítica Jurídica*, núm. 13, México, 1993; CORREAS, Óscar. "El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos", en *Pemex Lex. Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, 83-84, mayo-junio de 1995; y DURÁN MARTÍNEZ, Walter [et al.] "La teoría del uso alternativo del derecho y su aplicación en la teoría de los derechos humanos", en *El otro derecho*, núm. 1, Bogotá, 1989.

²² Veamos algunos ejemplos: el término empleado entre los tarascos para expresar autoidad es "sufrimiento" que representa la idea de experiencia solidaria. Con la metáfora "ajpuns" que literalmente se traduciría por "pepenar" o recoger algo, se refieren al que muere en riña siendo ajeno al conflicto. La incapacidad de una persona para realizar actos jurídicos se expresa con la palabra "Jaupuru-Kúini", que se forma de las voces purépechas "jaupa" que significa ceniza, y "kuini", dormir, esto es, el que duerme junto al rescoldo entregado a la molición y se hace por ello incapaz. En algunos pueblos de Oaxaca y Guerrero también se emplea la metáfora "rostro y corazón" que expresa veracidad del juicio sobre todo en la prueba testimonial; o "la mano" que significa propiedad o potestad en la confesional. Hay otras formas simbólicas (auditivas, visuales y aforísticas) que varían según el dialecto y las dinámicas del derecho local. Agradezco al profesor Moisés Franco, de El Colegio de Michoacán, la gentileza de proporcionarme importante información acerca de los usos y costumbres de los pueblos purépechas.

Tal vez la referencia a algunos aspectos del derecho purépecha, tal como ahora se practica en las regiones occidentales de la meseta tarasca y de la Cañada de los once pueblos en el actual estado de Michoacán, puede ilustrar un poco las ideas anteriores.

Desde antiguo los indígenas de esas zonas entendían el derecho como un ordenamiento de origen divino estrechamente vinculado a la tenencia de la tierra. La vida social no se concebía como el producto del acomodo voluntario de los individuos en un territorio, sino como un fenómeno de tipo adscripticio, involuntario y consanguíneo. Con la llegada de los españoles en el siglo XVI la idea del orden dado por sus dioses es sustituida por la de orden cristiano representado por el santo patrono y materializado en las corporaciones, y de modo especial en una: la parroquia, que rápidamente se convirtió en el eje de la vida comunitaria. A partir de entonces el derecho es entendido y practicado como un orden consuetudinario profundamente arraigado en la tierra que posee la comunidad por designación divina. Las autoridades encargadas de juzgar conforme a la costumbre de esos pueblos no son elegidas por votación, sino por reconocimiento social. Son los viejos que saben el derecho, no por estudio y menos aun por especulación o cálculo, sino por tradición y experiencia, o como dice la *Relación de Michoacán* y se sigue repitiendo en nuestros días, se escoge para autoridad a "aquél que lleva más tristezas".²³

Conceptos con una profunda raigambre histórica y cultural como honor, decencia, vergüenza, decoro o gravedad, que prácticamente no tienen cabida en los sistemas de derecho codificado, constituyen la base del estado jurídico de las personas en las comunidades purépechas. Por tal razón no hay mayor castigo para el transgresor del orden tradicional que la deshonra pública, esto es, el señalamiento que hasta cierto punto lo excluye y margina de la comunidad. El individuo vale en tanto forma parte de aquel orden jurídico comunitario. En él se desenvuelve, a él pertenece y desde él actúa.

Estas formas de experiencia y percepción del derecho, no obstante que han perdurado hasta nuestros días en un buen número de pueblos de la zona, tienden a verse alteradas por cuatro causas principa-

²³ Vid. FRANCO MENDOZA, Moisés. *La ley y la costumbre en la cañada de los once pueblos*. Zamora, El Colegio de Michoacán, 1997; y del mismo autor véase "La visión indígena del derecho", en *Crónica Legislativa*, Nueva época, año V, núm. 7, México, 1996.

les. En primer lugar por el desarraigo que produce la emigración constante de los pobladores de las comunidades a las grandes ciudades y a los Estados Unidos en busca de mejor vida; en segundo, por la pérdida de la lengua nativa (en la que se contiene la metaforología jurídica) sobre todo entre los más jóvenes; otro factor es la presencia de sectas religiosas que rompen el orden de la fiesta patronal y con ello la vida ritual de los pueblos en la cual se expresa no sólo el orden religioso, sino también el jurídico; y por último, la acción de los partidos políticos que han promovido una organización legal de los individuos paralela al orden jurídico tradicional de la comunidad. Por estas razones considero que no es posible una reivindicación de las formas históricas puras del derecho consuetudinario, de estos y otros pueblos indígenas en condiciones similares, como lo han pretendido en los últimos años algunos políticos y legisladores mexicanos.²⁴

V. JUECES Y AUTONOMÍA COMUNITARIA

Ante las enormes lagunas que existen en esta materia y quizá con el objeto de aplazar ciertas decisiones fundamentales neutralizando los posibles conflictos que éstas puedan generar, algunos representantes de los poderes ejecutivo y legislativo afirmaron que las reformas que aprobó el Congreso federal en materia indígena, tendrían eficacia sólo hasta que los congresos de los estados elaboraran sus propias leyes reglamentarias. En mi opinión estas leyes no resolverán sino de modo tangencial los problemas de legitimidad, representatividad y autonomía que reclaman las comunidades, por lo que la mejor forma de regular en esta materia es, en un primer momento, reduciendo la legislación a unos cuantos principios básicos que garanticen la existencia de los ordenamientos originarios no estatales, para, después, replantear el propio ordenamiento constitucional.

El problema indígena no es en la práctica un asunto que competa directamente a los legisladores, pues no es el aumento de la produc-

²⁴ En este sentido se expresa la iniciativa de ley que presentó el presidente al Congreso, en la que se identifica a los pueblos indígenas como aquellas poblaciones que habitaban en el país "al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas".

ción normativa —que suele tener un sentido más programático y político que jurídico— lo que dará solución a la problemática jurídica que nos ocupa. Es en esencia, un problema judicial y procesal ya que es a los jueces a quienes compete de modo directo articular la legislación estatal y los derechos de las comunidades.

La difícil compaginación de un derecho general recogido en la legislación y uno particular de carácter eminentemente consuetudinario y oral, tiene antecedentes que nos son bien conocidos en la historia del derecho. Así, por ejemplo, antiguamente se seguía un principio que establecía que donde no hubiese derecho particular (*ius proprium*) se retornaba al derecho común o *utrumque ius* (recogido en el *ius regium* y más tarde en los códigos nacionales), lo cual significa que éste tenía un papel supletorio para el derecho de las comunidades. El derecho propio se aplicaba siempre del modo menos odioso, es decir, que menos lesionara al derecho general. Esta regla judicial era la llamada *Odia restringi et favores convenit ampliare*, recogida en el *Digesto*, en las *Siete Partidas* y en las *Decretales*.²⁵

Su aplicación en México data de los siglos XVII y XVIII, cuando el cúmulo de disposiciones peninsulares e indianas, las diversas y en ocasiones contrapuestas opiniones de los juristas, y la variedad de costumbres locales hacían prácticamente imposible prescindir de esta medida prudencial. Esta regla podría orientar —como principio general— la aplicación de los derechos comunitarios de los indígenas en todos aquellos asuntos que directamente les atañan y que tengan que ver de modo inmediato con las comunidades en las que habitan. Los jueces del fuero común podrían atender asuntos de las comunidades únicamente en casos extremos, es decir, cuando las decisiones de las autoridades indígenas violen principios constitucionales que pongan en serio riesgo la estabilidad del sistema normativo o la paz. En esos y otros casos similares deben restringirse pues se entiende que resultan "odiosas" al derecho común (*odia restringi*). La aplicación de esta regla exige, desde luego, un régimen jurídico abierto que paulatinamente vaya permitiendo, en cierto tipo de casos y con

²⁵ BRAVO LIRA, Bernardino. "Odia restringi. Forma y destino de una regla de derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Moderna", en *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main*, XIX, 1992, pp. 81-93.

determinadas limitaciones, el arbitrio judicial, pues como he dicho es precisamente al juez a quien por principio compete articular ambos derechos.²⁶

Las reglas del arbitrio judicial, como es sabido, a diferencia de las leyes procesales codificadas, responden a la necesidad de resolver casos concretos. Ya en el *Digesto* se afirmaba que “ni las leyes ni los senadoconsultos pueden redactarse de tal manera que comprendan todos los casos que se presenten”. Sin embargo, la codificación civil de los siglos XIX y XX, en el Viejo y en el Nuevo Mundo, suprimió este régimen de libertad para uniformar la aplicación de la ley pretendiendo dar unidad, coherencia y plenitud al ordenamiento. Como lo ha estudiado magistralmente Paolo GROSSI, el juez perdió de este modo cualquier capacidad activa y crítica que fuese más allá de la exégesis regulada en el sistema legal estatal reduciendo su papel a pura técnica de subsunción.²⁷

Conditio sine qua non de estas reformas es una profunda reestructuración de la judicatura, empezando por la capacitación de los jueces, para que no obren según sus intereses personales, pero sí con un criterio prudencial más amplio que les permita respetar la autonomía normativa, institucional, organizativa y política de las comunidades. Esta autonomía, como hace años vio CARNELUTTI, se debe, en parte, a la insuficiencia de los poderes públicos para producir todo el orden jurídico que la sociedad requiere, y en parte también al natural desarrollo de “grupos”, cuya fuerza congregante es la solidaridad y la necesidad de resolver problemas concretos.²⁸ GIANNINI, por su parte

²⁶ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José. *La formación judicial del derecho. Jurisprudencia y arbitrio de equidad*. Madrid, Reus, 1954.

²⁷ Paolo GROSSI ha sido uno de los historiadores del derecho que con mayor claridad ha destacado la occlusión de los canales de creación del derecho operada con la aparición del Estado moderno, y de modo especial con el Estado centralista que irrumpió por toda Europa a partir del siglo XVIII. Un análisis general sobre la cuestión, hecho por este autor, puede verse principalmente en sus trabajos: “Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX”, en Paolo Grossi, *Doctor honoris causa*. Bellaterra, Universidad de Barcelona, 1991; “Assolutismo Giuridico e proprietà collettive”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 19 (1990), pp. 505-523; *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. [Traducción y “prólogo para civilistas” de Angel M. López], Madrid, Cívitas, 1992; y “Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución medieval”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho IX*, UNAM, México, 1997, pp. 167-178.

²⁸ CARNELUTTI, F. *Teoría... cit.*, p. 89.

señalaba a este respecto que la autonomía es una forma de libertad que va más allá de una mera capacidad legislativa y que en modo alguno se opone a la soberanía del Estado, pues forma con el sistema normativo un “orden jurídico” que en la práctica debe ser reconocido por los jueces.²⁹

En todo caso como ya lo había mencionado, lo que habría que revisar y replantear es el propio concepto de soberanía estructurado únicamente a partir del pluralismo político electoral del “pueblo” (formado por individuos) que ha pretendido ignorar la pluralidad jurídica de las comunidades a las que, con fundamento en la historia, bien podemos llamar con ese plural más real y concreto de “pueblos”. A esta necesidad de revisión conceptual e institucional se refería el historiador español Bartolomé CLAVERO, cuando advertía con gran acierto que “la costumbre es también democracia [...] si derecho son los derechos antes que las leyes, no parece que deban ser unas manifestaciones de representación popular lo que pervive. Los mismos derechos no son tales, no son libertades, si se siguen haciendo depender de la ley, y si no va en cambio introduciéndose y asegurándose la dependencia contraria, de las leyes respecto a los derechos”.³⁰

Para un buen número de juristas y representantes en el congreso resultará sin duda difícil superar el concepto normativo del derecho y aceptar un orden jurídico compuesto de instituciones, costumbres,

²⁹ GIANNINI, Massimo Severo. “Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)”, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi. Pubblicazioni dell' Istituto di diritto pubblico e di dottrina dello Stato della Facoltà di Scienze Politiche dell' Università di Roma*. Giuffrè, Milán, 1952, pp. 197-210. Para la mayoría de los autores contemporáneos (por ejemplo, para Alessandro Passerin d'Entreves, en *Il negozio giuridico*, Turín, 1934) la autonomía sólo es posible tratándose de ordenamientos originarios, pues no entienden más libertad que la derivada de la soberanía, es decir, del contrato social cuya legitimidad es la “voluntad popular”, expresada exclusivamente a través de los partidos políticos. Podríamos decir, pues, que aquella crítica que hiciera Carnelutti en 1940 sobre la crisis de la soberanía, señalando que lo que en verdad estaba en crisis era el concepto de autonomía en cuanto había sido equiparado al de soberanía, no sólo sigue teniendo vigencia en nuestros días, sino que ha cobrado nueva fuerza, pues la autonomía en ciertos sectores académicos y políticos tiene un óbito prácticamente infranqueable: el discurso de la voluntad popular que no admite más fuente de derechos y libertades que la ley. Vid. ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico* [Traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín]. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. “Autonomía”, *sub voce*.

³⁰ CLAVERO, Bartolomé. “Ley del código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 23 (1994), pp. 81-194.

tradiciones y modos de ser originarios que escapan al asfixiante sistema estatal de delegación normativa centro-periferia. En otras palabras, la visión reduccionista y absolutista que mantiene la identificación entre ley y derecho seguirá siendo un óbice para que la pluralidad jurídica cobre vida. Tal es la advertencia que a principios del siglo XX hiciera Santi Romano al estudiar las autonomías como modos de vida jurídica (que además de usos y costumbres son también *iussa*, contratos y acuerdos) que no necesariamente se amalgaman con el sistema unitario, exclusivo y originario de normas.³¹ De cualquier manera los tiempos actuales exigen la reflexión y el análisis para encontrar, a la luz de la experiencia histórica, de los principios generales del derecho y de la imaginación del jurista, los mejores modos posibles que permitan el desarrollo de la pluralidad jurídica, formada, como hemos visto, por cuerpos y comunidades cuya existencia ha sido negada una y otra vez por los defensores del pluralismo electoral, incapaces de pensar lo social más allá del modelo individualista.

VI. *IUS COMMUNE* Y REPRESENTACIÓN CONSOCIATIVA

Para dar respuestas adecuadas a la constitución real e histórica de México, reconocida ahora como una realidad social plural, e incluso, hasta cierto punto, poliárquica, es necesaria la realización de un acuerdo básico para establecer un orden jurídico que permita la convivencia pacífica de los diversos grupos que integran la sociedad sin necesidad de sacrificar sus diferencias básicas. Este acuerdo general gozará de mayor legitimidad en la medida en que amplíe su perspectiva de representación de tal modo que la mayor parte de los sectores sociales participen en los procesos de renovación institucional. El aumento de legitimidad tendrá, además, un efecto estabilizador en el proceso de reforma y, consecuentemente, repercutirá en la gobernabilidad del país; pero para lograr estos objetivos es menester que no sean sólo los partidos los que actúen como protagonistas del cambio. La práctica de la democracia consociativa ofrece posibles vías de salida para las propuestas de reforma constitucional en las que tengan

³¹ ROMANO, Santi. *Fragments... cit.*, "Autonomía", *sub voce*.

cabida también las comunidades y los cuerpos sociales que integran la realidad nacional. Nos detendremos en esta parte para explicar de modo general el contenido del consociacionalismo tal como fue planteado en sus orígenes, y más adelante nos ocuparemos de sus posibilidades y alcances en México.

La teoría del consociacionalismo fue elaborada por primera vez en el siglo XVII por el jurista de Herborn, Johannes ALTHUSIUS,³² en su conocida obra *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata* (1603). El Estado aparece en este texto, según la tradición jurídica del *Ius commune*,³³ como una "*consociatio symbiotica universalis*",³⁴ es decir, como una conjugación de las corporaciones y comunidades unidas, no por un contrato hecho por individuos como lo plantearían más tarde los representantes de la filosofía política moderna, sobre todo los contractualistas ROUSSEAU y LOCKE, sino por un pacto entre los diversos cuerpos (*ordines, status*) que conforman el Estado. De ahí que la política estatal para ALTHUSIUS consista fundamentalmente en un arte de organizar consociaciones que faciliten la conservación del orden social: "*politica est ars hominis ad vitam socialem inter se constituendam, colendam et conservandam consociandi: unde τυμβιωτικη vocatur*".³⁵

³² J. ALTHUSIUS (Saym, 1557-Emden, 1638), enseñó en la Universidad de Herborn. Fue síndico de Emden hasta el fin de su vida. Allí encabezó la lucha de la ciudad calvinista contra el señor territorial luterano de la Frisia Oriental, y de la liga entre la misma ciudad y los Estados generales holandeses en la fase victoriosa de su guerra de liberación contra España. La obra de Althusius —dice WIEAKER— "enlazando con el *Defensor Pacis* (siglo XIII) de Marsilio de Padua y el concepto calvinista de comunidad, fundamentó la teoría soberana del pueblo... [por eso fue] tildado ya muchas veces en su tiempo, y no sólo combatido por sus adversarios católicos, como *monarchómacho*". Vid. WIEAKER, Franz. *Historia del derecho privado de la Edad moderna*. Madrid, Comares, 2000, p. 252.

³³ A diferencia de los pensadores luteranos, ALTHUSIUS, como en su momento lo hizo CALVINO, no negó el valor del *Ius Commune*, antes bien lo utilizó en su obra para explicar la noción calvinista de comunidad formada por un agregado de personas que viven de acuerdo con los criterios de solidaridad de la "*universitas*" expuesta por los juristas romanos y medievales.

³⁴ ALTHUSIUS. *Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius (Althaus)*. Reprinted from the Third Edition of 1614. Argued by the preface of the First Edition of 1603 and by 21 Hither to Unpublished Letters of the author. With an introduction by Carl Joaquin Friedrich, Ph. D. Assistant Professor of Government Harvard University. Cambridge University Press, 1932, c. III, núm. 21. (Existe versión en castellano del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990).

³⁵ ALTHUSIUS. *Ibid.*, c. II, núm. 15.

Las comunidades menores que participan en este tipo de pactos pueden ser, en términos generales, de dos tipos. Unas son aquellas en las que, según el modelo de la *Genossenschaft* germana, el individuo se subsume en el grupo al que está adscrito por herencia o tradición, tales son por ejemplo, las comunidades étnicas y lingüísticas. Otras son las comunidades en las que, al igual que en la *universitas* romana (recogida más tarde por la escolástica medieval), se practica la solidaridad inmediata, pero a la vez se mantiene en el interior la diversidad individual de sus miembros, éste sería el caso, por ejemplo, de una universidad o de una sociedad mercantil. Ya el jurista de Herborn contemplaba estas dos posibilidades, pues entiende que las comunidades que están en la base del pacto consociacional no son únicamente las naturales, arraigadas en la tierra y en la sangre, también pueden ser las artificiales, es decir, aquellas constituidas por vínculos contractuales o de carácter voluntario. La presencia del *Comentario al Digesto* del eximio jurista BÁRTOLO en el libro *Politica methodice Digesta*, da cuenta de esta visión althussiana de los grupos sociales, especialmente cuando aborda el tema de la consociación como pacto entre sociedades artificiales como la *universitas* que, *realiter et proprie* —dice siguiendo al jurista de Saxoferrato— coincide con la suma de los miembros individuales de las comunidades. En ambos casos, ya se trate de una comunidad natural, o ya de cuerpos sociales artificiales, estamos ante cuerpos sociales que pueden tener su ordenamiento jurídico originario, y por ello forman en conjunto una *consociatio complex*.³⁶

Hoy es posible hablar de consociacionalismo en términos similares a los que empleaba ALTHUSSIO siguiendo la tradición del *Ius Commune*. La expresión ha cobrado especial fuerza en los últimos años entre algunos iuspublicistas que la emplean, por una parte, para señalar el declive y la descomposición de los modelos de integración política vertical (sistemas democráticos de elección popular); y por otra, para designar el advenimiento de modos más horizontales de participación, negociación y consenso, así como el surgimiento de nuevos “sistemas de representación de intereses”. En este sentido se han venido desarrollando últimamente algunas propuestas para ha-

³⁶ DUSO, Giuseppe. “Patto sociale e forma politica”, en *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. A cura de G. Duso. Il Mulino, Bolonia, 1987, p. 13 y ss.

cer de la Comunidad Europea una “unión democrática consociativa”.³⁷ Pero es especialmente en los procesos de transición política en donde más necesarias se hacen estas nuevas vías de acuerdo y de articulación entre las formas tradicionales de representación electoral (partidista) y la representación gremial, corporativa y comunitaria. Para el profesor Gerhard Lehbruch, que hoy en día es uno de sus principales teóricos en la Universidad de Constanza (Alemania), el pacto consociacionalista o de democracia concordante es “la respuesta de las élites políticas en ciertos países al desafío de la gran segmentación subcultural”. Supone, pues, la existencia de conflictos en “culturas políticamente fragmentadas” que requieren el acuerdo negociado para establecer la paz. Una vez conseguido este fin, el pacto sirve para fomentar la participación de los grandes grupos sociales organizados en las decisiones más importantes sobre políticas públicas, y especialmente en las que se refieren a la asignación de recursos y a la materia fiscal.³⁸ En la mayor parte de los Estados en los que se ha implantado esta forma de “poder compartido” se realiza primero un acuerdo entre las comunidades y grupos que integran la sociedad, incluyendo por supuesto a los partidos políticos, con el objeto de establecer las bases del diálogo y después, conseguido éste, determinar las reglas de su *modus vivendi*.

Casos de democracias consociativas o de formas de poder compartido que han tenido resultados positivos en épocas críticas, los podemos encontrar, hasta cierto punto, en los pactos de transición de la Moncloa en la España posfranquista, pues antes de dar paso al rediseño institucional del país fueron consultadas las entidades sociales más importantes (ejército, iglesia, cámaras, instituciones de cultura, etc.). Prácticas consociativas también encontramos en Chile desde la década de 1970 y especialmente desde el fin del régimen del general Pinochet;³⁹ y lo mismo en el pacto negociado por Nelson

³⁷ SCHMIDT, Manfred. “Der Konsoziative Staat. Hypothesen zur politischen Struktur und zum politischen Leistungsprofil der Europäische Union”, *Arbeitspapier* núm. 02/1999, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen.

³⁸ LEHBRUCH, Gerhard. “Democracia consociacional, conflicto de clases y neocorporativismo”, en SCHMITTER, Philippe y LEHBRUCH, Gerhard (coords.). *Neocorporativismo I. Más allá del estado y el mercado*. México, Alianza, 1992, pp. 67-76.

³⁹ BRAVO LIRA, Bernardino. “Pueblo y representación en la historia de Chile: tres momentos claves: comunidad política, sociedad de clases y comunidad consociativa”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1989, núm. 6, pp. 117-137.

Mandela en 1994 en Sudáfrica, en donde minorías étnicas e instituciones gubernamentales acordaron fórmulas de convivencia pacífica y de respeto a la pluralidad lingüística, cultural y jurídica.⁴⁰ También se han adoptado este tipo de acuerdos en las diversas organizaciones territoriales (*Landwirtschaftskammern*) y en las cooperativas y cajas Raiffeisen (*Raiffeisengenossenschaften*) en Austria, en el marco del llamado corporativismo liberal, es decir, del régimen de pactos entre las corporaciones que no son estrictamente políticas ni pertenecen al Estado, con el objeto de establecer los principios de su orden interno y de relación con las corporaciones de la misma especie.⁴¹ Según lo ha señalado Arend LIJPHART, estas formas de pacto y negociación también han tenido éxito en Canadá (1840/1867), Líbano (1943-1975), Suiza (desde 1943), Holanda (1917/1967), Malasia (desde 1955), Colombia (1958/1974), Chipre (1960/1963), Bélgica (desde 1970) y, desde luego, en esa gran coalición de etnias a la que con razón se ha llamado "arena consociacional", que es la India.⁴²

VII. HACIA UNA DEMOCRACIA CONSOCIATIVA EN MÉXICO

La adopción del consociacionalismo en México serviría para dar fuerza de legitimación a la regulación de los acuerdos para la transición, ya que ésta no sería obra exclusiva de los partidos políticos. En otro sentido podemos decir que un pacto entre cuerpos, comu-

⁴⁰ BOUILLE, Lawrence. "Constitutional Reform and Apartheid State". *Legitimacy, Consociationalism and Control, and South Africa*. Cambridge University Press, Londres, 1994.

⁴¹ TRAXLER, Franz. "Organisationsform des ÖGB und Wirtschaftspartnerschaft. Organisationsstrukturelle Bedingungen kooperativer Gewerkschaftspolitik", en *Wirtschaft und Gesellschaft*, núm. 7 (1), 1981, pp. 29-52.

⁴² LIJPHART, Arend. "The Puzzle of Indian Democracy: a consociational interpretation", en *American Political Science Review*, vol. 90, núm. 2, 1996, pp. 258/261; y del mismo autor véanse: "The Power-Sharing Approach", en AA. VV. *Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies*. Nueva York, Lexington Books, 1991, 93-106, y *Democracia en las sociedades plurales: una investigación comparativa* [México, 1988], en el que identifica el consociacionalismo con la "democracia unificadora", distinguiéndolo de dos conceptos similares que han sido utilizados en el análisis comparativo del unificacionalismo: el pluralismo dividido de Val R. LORWIN y la democracia concordante de Gerhard LEHNBRUCH. El primero restringe el término a divisiones de naturaleza religiosa e ideológica. LEHNBRUCH, en cambio, define la democracia concordante como una estrategia para dirimir o neutralizar conflictos a través de la cooperación y entendimiento entre las diferentes élites, dejando fuera los cuerpos que no participen directamente del poder.

nidades y partidos, permitirá desde el inicio, y lo más probable es que en un futuro también, la pervivencia de la pluralidad jurídica, pues de acuerdo con la doctrina consociacionista no sería necesario "traducir" los derechos indígenas al lenguaje de la norma, sino únicamente reconocerlos y encauzarlos con las cautelas de orden que he señalado. Sin embargo, si bien tendría enormes ventajas, también ofrece algunos problemas tanto de interpretación teórica como de posible desarrollo dentro de las estructuras sociopolíticas actuales, por lo que conviene que nos detengamos aquí para revisar algunos de estos posibles obstáculos.

1. Neocorporativismo y consociacionalismo

Una de las posibles interpretaciones de este tipo de pactos consiste en afirmar que con ellos, más allá del sistema partidista de representación, se daría voz y voto (*extra ordinem*) a los diversos cuerpos y comunidades que integran la población mexicana, por lo que podríamos caer fácilmente en una suerte de "neocorporativismo" que, según el oscuro significado que este término tiene entre nosotros, conlleva serios riesgos para la democracia y para la soberanía.⁴³ Esta crítica, cimentada en una visión totalizadora de la realidad, pierde de vista que el discurso del pluralismo individualista llevado hasta sus últimas consecuencias (por ejemplo, la afirmación de que el derecho se agota en la legislación) asfixia cualquier alternativa de vida jurídica.

En modo alguno parece que el pacto consociacional realizado entre aquellos grupos sociales que no sean estrictamente políticos y los que sí lo son, signifique la posible entrega o enajenación de la sobe-

⁴³ El corporativismo o su expresión última, el neocorporativismo, siempre se asocian con el fascismo y con los regímenes autoritarios. El uso actual del término discurre por dos vertientes: distingue el "corporativismo de Estado", que por lo general es un corporativismo autoritario, piramidal y vertical, por ejemplo, el que ha tenido México desde los años cuarenta; y por otra parte existe el llamado "corporativismo social o liberal", que se ha desarrollado en íntima conexión con el consociacionalismo. El llamado corporativismo liberal y capitalista designa para algunos un conjunto de corporaciones empresariales o de "firmas de negocios". Sin embargo, en algunos países como Austria y Suecia, el corporativismo liberal se asoció a un sistema económico que pronto adquirió fuertes connotaciones de burocratización, al grado de terminar siendo otro tipo de corporativismo, el cual pronto convergió con las políticas de los partidos socialdemócratas, llegando a transformarse en ciertos casos en corporativismo estatal o también en un "capitalismo de Estado".

ranía estatal a esas unidades menores; se trata más bien, como hemos venido señalando en estas páginas, de un modo de concertación social de carácter plural, que se mueve dentro de la “escala poliárquica”.⁴⁴ En todo caso, me parece que lo que su realización estaría poniendo de manifiesto es la necesidad actual de un replanteamiento de las prácticas de la soberanía con el objeto de buscar las maneras en que su ejercicio no implique el cierre del paso para la pluralidad de pueblos, grupos y minorías. Cabe señalar, por último, que la investigación empírica en perspectiva comparada y los estudios de caso en torno a la realización de este tipo de pactos en distintos países, demuestra que ni los cuerpos sociales se politizan, ni los partidos se entregan a causas de particulares, lo que se ha logrado en la mayoría de los casos es crear normativas que gozan de mayor legitimidad por cuanto están construidas sobre la base de una representación más real.

2. Consociaciones y “espacio público”

Una segunda crítica que es asimismo posible es la relativa a la “infeudación del espacio público”,⁴⁵ expresión utilizada en algunos medios, sobre todo entre los críticos de tendencia marxista, para referirse a la posible apropiación o privatización que significaría un debate en la esfera pública, en el que no estuviese presente el pueblo —titular de ese espacio— en su totalidad sino de modo fragmentado o sectorializado.

En efecto, el espacio es “público”, como lo han visto principalmente Max WEBER, Hannah ARENDT y Jürgen HABERMAS, porque es el ámbito propio para la expresión popular, la deliberación y la

⁴⁴ “Poliarquía” es el término empleado por DAHL para designar la desintegración del centralismo estatal y el resurgir en las últimas décadas de una pluralidad de fuentes de creación jurídica (autorregulación) y de entes sociales de configuración compleja que se han desarrollado al interior de las sociedades modernas. La democracia en la que intervienen estos actores “corporativo-asociativos”, se denomina “democracia a pequeña escala”, que obedece a la pluralidad, no únicamente política o de partidos (“democracia a gran escala”), sino también, y sobre todo, institucional. Vid. DAHL, Robert. *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971. (Hay una edición en español: *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid, Tecnos, 1989).

⁴⁵ POGGI, Gianfranco *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*. Universale Paperbacks, Bolonia, Il Mulino, 1992.

construcción de “consensos dialógicos” en los que han de participar de modo activo y directo todos los ciudadanos sin exclusión. Pero la “totalidad”, en el aquí y el ahora, en su realidad histórica, diacrónica y empírica, no es única y exclusivamente la formada por individualidades, representadas a través de los partidos que, dicho sea de paso, por eso se han apoderado de todos los espacios públicos y han monopolizado la regulación de su uso. La “totalidad” —como potencia constituyente y soberana— es pues más que la simple *multitudo* o que la vaga noción de “clase social”; en el terreno político, y sobre todo en el jurídico, está conformada también por una constelación de instancias, instituciones y entidades de muy diversa índole, cuya existencia deriva de la *praxis* humana y no de la planeación geométrica llevada a cabo por el Estado, ni mucho menos de la “conciencia de clase”. Esta pluralidad es la matriz de un abigarrado conjunto de vínculos sociales que se mueven en diversos niveles de interrelación, en donde la frontera entre lo público y lo privado no es tan clara como a veces la plantean los analistas y teóricos del derecho. En síntesis, el espacio público es un concepto multidimensional, tanto como lo es la vida social misma, que difícilmente se deja aprisionar por las concepciones planas, unidimensionales y geométricas de la democracia de partidos, en la que fácilmente se confunden términos jurídicos complejos, como la reciprocidad de las obligaciones, o la proporcionalidad y la justicia entre las partes, con el concepto lineal y geométrico de *simetría legal*.⁴⁶

3. Oposición Estado-Sociedad

Algunos críticos piensan, erróneamente, que el consociacionalismo es una mera oposición de la sociedad civil frente al Estado tal como lo plantearon hace tiempo Raymond ARON y John K. GALBRAITH, entre otros, pero como veremos enseguida, se trata de algo más complejo que una simple posición contestataria o de estrategia de acción

⁴⁶ Vid. LIVET, Pierre. “Les lieux du pouvoir. Peut-on penser le pouvoir en partant d’une théorie de la communication?”, en AA. VV. *Pouvoir et légitimité. Figures de l’espace public*. París, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992, pp. 45-68. Y allí mismo puede verse una buena síntesis del debate político y académico en torno al concepto y a la institución del “espacio público” en: LADRIÈRE, Paul. “Espace Public et démocratie. Weber, Arendt, Habermas”, pp. 19-44.

social. Estamos más bien frente a una forma de convivencia pactada que busca facilitar la cooperación social, la cual evidentemente exige, en primer término, el reconocimiento de los grupos menores y las comunidades con vida jurídica y jerarquía propias y, por tanto, con derecho a la representación extrapartidista. En la doctrina del consociacionalismo no se propone un reconocimiento por el cual las comunidades, corporaciones, gremios, colegios profesionales, etc., se transformen en grupos de naturaleza política, o como señaló hace tiempo Octavio Paz, que estas instancias menores —contrariamente a su naturaleza— se conviertan en pequeños ámbitos de poder burocrático y político que fácilmente pueden ser instrumentalizados por el Estado, lo que se pretende es abrir nuevos cauces de representación más allá de los que establece el sistema político imperante. Esta apertura no sería causa de desorden o de mayores problemas de anomia. El consenso institucional promueve un tipo de orden, que si bien no es geométrico, ni abstracto, ni lineal, sí es más real.

El orden jurídico y político —entendido como *ordinatio*, esto es, como ordenación natural y fáctica— no debe confundirse con la organización geométrica, artificial y legal de la sociedad;⁴⁷ para conseguir ésta no hace falta sino que los representantes en el Congreso hagan “buenas leyes” (buenas en sentido de adecuación lógica al modelo trazado racionalmente), independientemente de que se adecuen o no a las necesidades reales de una sociedad determinada, incluso pueden ser autorreferenciales, es decir, tener su propia lógica inmanente, distinta y en ocasiones opuesta a la de la sociedad. El

⁴⁷ “Organización” y “ordenación” es una dífida conceptual que propuso hace años el inspublicista español Manuel GARCÍA PELAYO como modelo o tipo ideal de conformación social y jurídica con una función analítica. Desde el punto de vista de la estructura de su racionalidad, la organización es una forma artificial constituida “en vista a la obtención de un fin previamente planteado, para cuya consecución se calculan unos medios y se fija una secuencia lógica de objetivos. La ordenación es “una hispanización de la palabra latina *ordinatio* con la que el pensamiento escolástico expresaba el orden inmanente de las cosas bajo la suprema voluntad y razón divinas”. “En la ordenación no hay planteamiento previo ni del fin ni de la secuencia e integración de objetivos, sino que la dialéctica concreta de las cosas conduce a un resultado con un determinado sentido”. Lo importante es que en la organización el planteamiento racional es previo a la praxis, mientras que en la ordenación se descubre una racionalidad en la praxis misma”. Vid. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Burocracia, tecnocracia y otros escritos*, en *Obras completas*, II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 1533 y ss.

orden jurídico, en cambio, se logra en la medida en que haya legitimidad en la representación social, misma que no necesariamente es geométrica e igualitaria, como lo plantea el esquema del pluralismo de partidos, pues está marcada por el signo de la pluralidad y la diversidad (de grupos, no de individuos), y es precisamente a lograr ese tipo de orden al que se orienta el pacto consociativo.

En el marco de nuestro propósito no es posible entrar aquí en una discusión minuciosa sobre el funcionamiento práctico de los instrumentos consociativos. Me bastará con señalar algunos lineamientos generales que sirvan como propuestas básicas para el diseño institucional, mismo que dejo para los especialistas en la materia.

La instrumentación de la representación consociativa requeriría la creación de uno o varios cuerpos para-parlamentarios integrados por las comunidades (étnicas) y por las diversas asociaciones, que funcionarían como órganos consultivos en el momento de llevar a cabo la reforma integral de la constitución. Su papel fundamental sería el velar por el respeto a la vigencia de la autonomía de sus tradiciones y de sus ordenamientos jurídicos, especialmente cuando éstos se vieran amenazados de modo directo por la expansión del normativismo estatal. El pacto sería la garantía del respeto a estos derechos.

Hay quienes opinan que esta representación consociativa debería ser deliberativa e intraparlamentaria, y contar incluso con el derecho al “veto de minoría”.⁴⁸ En mi opinión eso no convendría en el momento presente, pues es preferible que la democracia consociativa se inicie, como he dicho, con la creación de consejos consultivos, y sólo más tarde, una vez que se hayan puesto las bases para la transición y la reforma, se podría crear consejos permanentes con ciertas facultades para deliberar junto al congreso. En todo caso lo que aquí estamos planteando no es la creación de un mero cuerpo electoral formado por ciudadanos que participan a través del referéndum y del plebiscito,⁴⁹ ni aun cuando éste sea un “referéndum consultivo de las

⁴⁸ LIJPHART, Arend. *Democracia... cit.*, p. 5.

⁴⁹ El presidente mexicano propuso a este respecto que “la democracia futura no ha de agotarse en el acto de sufragar. Tienen que ampliarse las formas en que los ciudadanos puedan ejercer el poder, y al mismo tiempo dotar a las decisiones fundamentales de amplia legitimidad. Estamos en el tiempo de la democracia participativa, de formas de democracia directa, como el referéndum y el plebiscito para que el cuerpo electoral sea consultado obligadamente sobre leyes y decisiones fundamentales”. *Versión estenográfica de las pala-*

asociaciones".⁵⁰ Esos son medios importantes para la democracia, sin duda, pero un cuerpo consociativo, representativo de un conjunto de comunidades y grupos menores debe funcionar como un verdadero Consejo de Estado,⁵¹ formado por una pluralidad de consejos y comisiones, independientes y complementarias de la representación ciudadana ejercida por los partidos políticos.

VIII. PACTO CONSOCIACIONAL *VERSUS* CONTRATO SOCIAL

La concepción de una sociedad política plural cuyo fundamento es un pacto entre los cuerpos que la forman (*pactum societatis* o *pactum unionis*) estuvo viva desde la baja Edad Media hasta finales del siglo XVIII. Todavía HOBBS y GROCIO se refieren al Estado como una gran máquina formada por una pluralidad de cuerpos estamentales, coincidiendo hasta cierto punto con la teoría consociacionista de ALTHUSSIO. Como lo ha visto Louis DUMONT, fue PUFENDORF quien introdujo las nociones que habrían de minar primero, y de acabar más tarde con la teoría pactista del Estado. Los términos de *persona moralis simplex et composita*, reunieron en una misma categoría jurídica (la de personas morales) a los entes colectivos formados por individuos (persona moral simple) o por comunidades (persona moral compuesta). Pero no fue sino con la teoría contractualista de Juan Jacobo ROUSSEAU cuando se planteó de modo radical que en el ori-

bras del presidente Vicente Fox Quesada, durante la ceremonia que encabezó con motivo del LXXXIV Aniversario de la Promulgación de la Constitución... en el Patio de Honor del Palacio Nacional. 5 de febrero de 2001. En México no hemos logrado abandonar el absolutismo jurídico del Estado. A lo más se ha propuesto que el referéndum (al lado del sistema de representación proporcional) funcione como complemento del sufragio universal que en determinadas situaciones podría favorecer tanto el reconocimiento a la existencia de grupos minoritarios como la futura discusión y análisis de su reconocimiento, siempre, desde luego, en las cámaras. Cf. CASILLAS, H. Roberto. "La representación popular en una sociedad política pluralista", en Anuario Jurídico VI, México, UNAM, 1979, p. 107.

⁵⁰ El "referendum comunitario" —expresión de la *democracia directa*— ha sido planteado en algunos países como posible solución a los problemas de representatividad de las minorías dentro de los sistemas de democracia indirecta. *Vid. VIPIANA, Piera Maria. "Referendum consultivi, regionali e comunali", en Diritto e Società, núm. 2, Padua, 1990, pp. 225-297.*

⁵¹ De las bases teóricas de este cuerpo consultivo como una exigencia del Estado de derecho ya me había ocupado en el artículo "Poder y autoridad: un binomio necesario en un Estado de derecho", publicado en la *Revista del Senado de la República*, núm. 13, vol. IV, México, 1998, pp. 81-93.

gen de ambas formas de "personalidad moral", estaba el contrato social realizado entre individuos.⁵² La diferencia fundamental entre el pactismo social y el nuevo contractualismo racionalista estriba en que mientras el pacto consociativo parte de realidades jurídicas concretas, como son las comunidades indígenas y otros grupos sociales cargados de ordenamientos y tradiciones, el contractualismo parte del vacío social, o como ha dicho algún autor contemporáneo, de la euclidización del espacio, esto es, de un espacio hipotéticamente vacío en el que aparece el individuo, no condicionado por la historia que acompaña a todo espacio real, sino dominando los espacios contruidos por él según el "*esprit de géometrie*". La consecuencia más grave de esta visión ideal de la sociedad y del hombre ha sido, como bien apunta Jesús BALLESTEROS, la desontologización del derecho y, en última instancia, la utopía.⁵³

Por estas razones la democracia consociativa que aquí estamos proponiendo para nuestro tiempo excluye cualquier convocatoria social que pretenda realizar un "nuevo contrato social" como lo entiende hoy en día Norberto BOBBIO⁵⁴ y quienes sostienen la necesidad de elaborar una nueva constitución para México, ya que si bien este contrato abriría espacios para los grupos sociales en la producción normativa, no abandonaría el hipertrofiado monismo sistémico constitucional en el que toda regla de vida viene dada necesariamente por la ley creada y promulgada por el congreso y, por ende, fatalmente mediatizada por los partidos. Además, bajo esta perspectiva la reforma constitucional integral surgiría asociada a la imagen de una "refundación del Estado"⁵⁵ que, en momentos de transición democrática como los que vive México, no parece que sea lo más deseable ni conveniente. Una visión consociacionista del orden político y jurídico, en cambio, exige un pacto de gobernabilidad democrática

⁵² Cf. DUMONT, Louis. *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'ideologie moderne*. París, Gallimard, 1983, p. 83.

⁵³ Cf. BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid, Tecnos, 1990, cap. II, *passim*.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Il Contrato sociale, oggi* (Nápoles, 1980), citado por ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 50.

⁵⁵ Cf. SERNA DE LA GARZA, José M. "El significado de la constitución ante los procesos de transición democrática", en *El significado actual de la constitución*. México, UNAM, 1998, p. 541.

entre los órganos del Estado tal como ahora existen (poderes constituidos y partidos políticos) y los diversos grupos que integran la sociedad real y concreta.⁵⁶ Estamos, pues, frente a la necesidad de un acuerdo general de la sociedad que reconozca un ordenamiento que, como la "cabeza de Jano" —por emplear la metáfora de Francisco CARPINTERO— debe tener dos caras: la legislación unitaria del Estado y la diversidad de ordenamientos originados en las asociaciones y en las comunidades.⁵⁷

La transición a la democracia en México exige la ruptura del monopolio representativo y consecuentemente la renuncia de los legisladores a asignar un programa general de vida a los ciudadanos, sancionado en una nueva constitución. La reforma deberá ser menos pretenciosa, más modesta en cuanto a sus fines legislativos. La constitución deberá transformarse en un marco amplio y general que permita la libre y espontánea expresión de la vida social, no únicamente de los "individuos" como lo plantea el liberalismo radical, sino, como venimos diciendo, de las comunidades y grupos menores. De este modo evitaremos caer en los dogmatismos del liberalismo y del estatismo de los siglos XIX y XX que, pintando la fachada de democracia popular, impusieron al resto de la sociedad sus ideologías y creencias, una cierta percepción del orden, una memoria colectiva las más de las veces adulterada, y una forma única de interpretar la vida. Este proceso de cambio hacia una sociedad abierta y plural debe empezar por el poder constituyente que lleve a cabo la reforma. De ahí la necesidad que hemos señalado de un pacto consociacional previo (de transición), que dé legitimidad a la reforma integral y sienta las bases más firmes para un régimen democrático consociativo.

El pacto consociativo puede beneficiar por ahora al régimen autónomo de las comunidades indígenas, pero bien podría ser el inicio de

una cadena de transformaciones más profundas del régimen político mexicano en la que cobren nueva vida el municipio, las regiones, las entidades federativas, los centros de cultura, los movimientos gremialistas, y en general todas aquellas entidades reiteradamente negadas por el gobierno mexicano, especialmente desde la década de 1970, en que fueron sustituidas por ese imaginario político expresado en la engañosa palabra "sectores", que no ha hecho sino esconder las prácticas de manipulación corporativista del partido que por ese camino se mantuvo más de setenta años en el poder. Su verdadero reconocimiento sería, sin duda, el principio de una reconciliación entre la jurisprudencia (o *aequitas* judicial) y la legislación, entre el derecho privado y el derecho público, o bien, entre la constitución real e histórica y la constitución formal plasmada en un documento. En última instancia, entre la razón jurídica y la razón de Estado, que debe traducirse en una rectificación del poder constituyente y de las vías de representación social.

Aparentemente esta apertura de medios de expresión y diálogo político implicaría ciertos cambios institucionales que para algunos llevarían al "desorden", es decir, a formas de representación no contempladas hasta ahora ni en el sistema de referencias teóricas, ni en la ley positiva heredada de la vieja dogmática liberal y constitucionalista del siglo XIX a la que muchos abogados y juristas viven afeerrados hasta nuestros días. Quizá algunos, más conservadores, sin atreverse a decirlo, lleguen a discurrir como lo hacía GOETHE cuando decía: "prefiero la injusticia al desorden", sin sospechar que la injusticia es el peor, es el único al cabo, de los desórdenes.

⁵⁶ El presidente de México formuló un llamado "a todos los actores políticos y los poderes públicos para que reconstruyamos los consensos nacionales en torno a una constitución renovada". Si bien aclaró que "por sus alcances y contenidos la reforma de nuestra norma fundamental es un asunto que compete al Poder Legislativo. Es básicamente en su seno donde esta reforma deberá discutirse y en su caso, aprobarse". *Versión estenográfica...* 5 de febrero de 2001.

⁵⁷ Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en *Anuario de Derecho*, núm. 4, Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, pp. 53-87.

HACIA NUEVOS PARADIGMAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Roberto COLÍN PIANA

SUMARIO: I. *Un derecho paradigmático.* II. *Derecho de clase social.* III. *Estabilidad en el empleo.* IV. *Rescisión acotada.* V. *No supletoriedad del derecho común.* VI. *Sindicalismo corporativo.* VII. *Autoridades jurisdiccionales no judiciales.* VIII. *Conclusión.*

I. UN DERECHO PARADIGMÁTICO

Los seres humanos de todos los tiempos y todas las culturas han orientado su actuación personal y social en función de paradigmas (del latín *paradigma*, ejemplo o ejemplar).

Los paradigmas son, pues, creencias que devienen en costumbres con suficiente arraigo popular como para mantenerse al margen de una estricta crítica de rigor científico, sin perder por ello su fundamento de confiabilidad, aun cuando, en varias ocasiones pudiese resultar infundada, esa supuesta autoridad moral con la que se encuentran revestidos.

Estas creencias (empleando la palabra en su más amplio sentido), desde luego, por no contar con una sólida sustentación científica, en muchos casos han venido siendo superadas, contradichas o enmendadas a través del tiempo y de la experiencia de los hombres; así como, en otros casos, confirmadas y elevadas a la categoría de verdad científicamente comprobada; sin embargo, su influencia en la concepción que del mundo han tenido los seres humanos es innegable.

Así tenemos que en la antigüedad más remota, la certeza que se tenía sobre la influencia de los astros sobre la vida de las personas

condicionaba notablemente su quehacer cotidiano, al grado de concederles la categoría de deidades y rendirles pleitesía. Este paradigma hubo de irse superando con el paso del tiempo y, sobre todo, con el conocimiento creciente y constante de las leyes que rigen la naturaleza y el universo (aun cuando todavía a la fecha persisten resabios que justifican la proclividad de algunas personas hacia la astrología o los horóscopos); otro caso fue la creencia generalmente aceptada durante mucho tiempo de que la Tierra era plana, y esto por siglos limitó la expansión del conocimiento sobre la realidad integral del planeta, hasta que, nuevamente, y no sin antes superar graves obstáculos, algunos visionarios y aventureros temerarios (como Galileo y Colón, entre otros), se lanzaron a la tarea de someter al juicio experimental, la base de realidad que pudiese tener este paradigma con la consecuencia que hoy conocemos.

Y desde luego que podríamos encontrar y citar una enorme cantidad de ejemplos como los anteriores, aunque es importante insistir en que, no siempre las creencias paradigmáticas, sobre todo las que parten de un principio o ley natural o que se relacionan con las llamadas leyes científicas o exactas, han sido contradichas por el avance del conocimiento, por lo menos hasta la actualidad.

En el terreno de las ciencias sociales y específicamente en el caso del derecho, la influencia de los paradigmas imperantes en alguna época histórica determinada, han sido también de enorme trascendencia para la conformación del marco legal imperante para esas sociedades. La idea de la esclavitud como un estado natural para ciertos individuos o el derecho natural de conquista de los pueblos más poderosos, fueron en su momento paradigmas que justificaron, por ejemplo, las Leyes de Indias del imperio español o el "*Jus Gentium*" del derecho romano que, independientemente de su innegable aportación al desenvolvimiento de la ciencia del derecho, partían de principios con el tiempo superados, esto es, sin un valor universal.

No obstante, las legislaciones de todos los tiempos y naciones han sido fruto del pensamiento y la realidad social de su época, muchas veces resultantes también de paradigmas imperantes, por lo que encuentran su justificación o su valor en la medida que responden a esa realidad social, pero también, al ser cambiante tal realidad, como lo son por esencia las relaciones humanas, el marco jurídico debe irse adaptando a dichas transformaciones y en esa misma medida ir cues-

tionando o depurando los paradigmas que informan a la mentalidad de los sujetos destinatarios del ordenamiento legal.

El derecho del trabajo, especialmente por la condición particular de los sujetos a quienes atiende o se encuentra dirigido, resulta ser marcadamente paradigmático, esto es, que se encuentra en buena medida influenciado, ya sea por la visión que tanto desde el punto de referencia de los trabajadores como de los patrones, se establece para dar sentido a sus relaciones como factores en el mundo laboral; pero también por la propia visión del aparato estatal acerca de cómo debe cumplir su función reguladora de estas relaciones.

Así, desde los orígenes de esta rama jurídica encontramos su conformación como una respuesta para la superación de ciertos paradigmas; el Estado liberal del siglo XIX que parte de la premisa francesa del "*laissez faire, laissez passaire, laissez aller*" (dejar ser, dejar pasar, dejar ir), no permitía la intervención de los poderes de gobierno en la regulación de una actividad esencialmente desarrollada entre particulares, menos aun que se le diese una orientación proteccionista a esa intervención; por otra parte, el concepto filosófico preconizado sobre todo por Thomas Hobbes, de que "el hombre es lobo del hombre" (*homo hominis lupus est*), de alguna manera si no justificaba sí explicaba en parte la razón de las muy evidentes desigualdades entre los dueños del capital y la creciente masa de individuos poseedores sólo de su fuerza de trabajo, que desde entonces empiezan a ser designados genéricamente como proletariado.

Tales paradigmas debían ser necesariamente superados para que pudiera surgir y tener raigambre la idea de un derecho del trabajo, tal y como lo conocemos. Esto, desde luego, no fue tarea fácil ni pronta; se requirió, en algunos casos, de una toma de conciencia social paulatina y muchas veces cuestionada, o en otros, como el nuestro, de un movimiento armado de reivindicación social como lo fue la Revolución de 1910-1917.

Ahora bien, el nacimiento del derecho laboral en México, dio lugar a la creación de nuevos paradigmas, sin duda tan arraigados en el ánimo popular, si no es que más, como los que habían sido trascendidos.

A partir de entonces, el concepto del Estado como protector de los intereses de los trabajadores, incluso por encima de su espontánea voluntad, o la idea de la lucha de clases como motor que fija los posicionamientos de las partes en el mundo laboral, se convierten en

premisas generalmente aceptadas, sin mayor cuestionamiento y por ende en paradigmas que van a incidir no sólo en el actuar cotidiano de patrones y trabajadores, sino especialmente en la legislación positiva que tiende a regular, con este criterio, las relaciones laborales.

Tras cerca ya de un siglo de la aparición de esta disciplina jurídica que nos ocupa, la pregunta subyacente en muchos de los casos de aplicación cotidiana de la Ley Federal del Trabajo, como en muchas de las resoluciones de las autoridades laborales, jurisdiccionales o no, e incluso en las barras, asociaciones o academias que estudian esta rama del derecho, consiste en reflexionar si siguen siendo válidos y sustentables los paradigmas sobre los cuales descansa buena parte del andamiaje legal en esta materia o deben buscarse nuevas motivaciones que respondan de mejor manera a la realidad socioeconómica de este inicio de milenio.

En muchos aspectos de la vida social se siente este espíritu renovador que no debe buscar el cambio tan sólo por sí mismo, pero sí una constructiva confrontación de las instituciones actuales con la realidad a la que sirven para descubrir en qué medida representan un factor de progreso o de estancamiento.

Este trabajo pretende insertarse en esa línea y aportar algunos conceptos de crítica acerca de los paradigmas que en los siguientes capítulos se analizan.

II. DERECHO DE CLASE SOCIAL

Una de las principales reminiscencias que se viene arrastrando desde los orígenes del derecho del trabajo en México y que justificó, en su momento, de manera conceptual su aparición, fue la adopción de la idea de que esta materia debería ser un "derecho de clase", es decir, una disciplina jurídica abiertamente destinada a dar protección a la clase trabajadora, partiendo de la base de una evidente desigualdad económica, cultural y social prevaleciente entre patrones y obreros principalmente, sobre todo en los albores del siglo XX, época de gestación de esta rama del derecho en nuestro país.

En el propio diario de debates del Constituyente de 1916-1917 podemos observar este fundamento teórico, expresado en las palabras del diputado Héctor Victoria quien, haciendo referencia a los

avances logrados en la legislación yucateca, de donde provenía, sostuvo: "...si en el estado de Yucatán estamos palpando todos esos beneficios, si allí los trabajadores no le besan la mano a los patrones, si ahora los tratan de tú a tú, de usted a usted, de caballero a caballero; si por efecto de la Revolución los obreros yucatecos se han reivindicado..."¹

Esto que en aquellos tiempos se presentaba como un deber ser y un afán de justicia inobjetable, vale la pena preguntarnos si a cerca de un siglo de distancia sigue siendo válido o en qué medida se ha transformado. Si sostenemos que la situación de absoluto desequilibrio en las relaciones obrero-patronales aún prevalece, como sucedió en aquellos tiempos no tan remotos, también tendríamos que aceptar por consecuencia que el derecho del trabajo no habría cumplido en forma alguna la razón o la justificación que le dio origen y, por tanto, resultaría ocioso el insistir o redundar sobre esta materia.

Pero, hablando con honestidad, es evidente también que sobre todo desde el punto de vista de crecimiento social, la clase trabajadora en general ha ido ganando espacios para la defensa de sus derechos fundamentales, que si bien aún no se traducen en un nivel económico de existencia como fuera de desearse, es claro que el grado de conciencia logrado a través del tiempo permite, por una parte, reducir sustancialmente los abusos del poder económico (aun cuando no evitarlos del todo) y, por otra, ir avanzando en una relación mejor encaminada a los fines propios de la empresa que son la generación de recursos convenientemente distribuidos entre sus factores de generación: capital y trabajo.

Ahora bien, qué tanto o en qué medida el derecho del trabajo ha sido el causante directo de este nuevo estatus en las relaciones obrero-patronales, o es que, la natural y necesaria evolución de la sociedad ha conseguido mediante la promoción de la educación y la cultura que haya crecido la consciencia individual y social entre los trabajadores.

Desde luego, la respuesta no puede caer en posiciones "maniqueístas", pues tan absurdo sería atribuir sólo a la legislación positiva en materia laboral los avances conseguidos, como sostener que a pesar de

¹ VICTORIA, Héctor citado por Néstor de Buen L., en *Derecho procesal del trabajo*, Ed. Porrúa, 1a. ed., México, 1988, p. 117.

ésta y sólo por el natural desarrollo de la sociedad en su conjunto fue que los trabajadores han mejorado su situación laboral y social.

El sentido proteccionista, primero del artículo 123 de la Constitución de 1917 y posteriormente de la Ley Federal del Trabajo, vino a cumplir con el reclamo de justicia expresado tanto en el movimiento armado revolucionario, como en la conciencia de los actores políticos que dieron forma al nuevo régimen emanado de esa gesta histórica. No podía haberse entendido de otra forma y por esto la exaltación de la clase trabajadora como destinataria de la tutela estatal representaba no sólo un deber ser de justicia sino, además, una bandera política difícilmente cuestionable tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Sin embargo, paralelamente a esta intención de rescate de la dignidad personal de los trabajadores, la misma tendencia propició la adopción por parte del Estado del papel de "padre protector" y concomitantemente con ello se colocó a la clase trabajadora en general en una situación que recuerda a la "*capitis deminutio*" del derecho romano, esto es, el pretendido y a veces real desvalimiento de los trabajadores frente a sus empleadores justificaba su tratamiento por parte del régimen político como una permanente y conveniente minoría de edad, que en lo social trajo como consecuencia la formación de individuos acrílicos y poco convencidos de su fuerza como factor real de poder; y en lo político al incorporar a las organizaciones sindicales al régimen, a cambio de espacios de mediana responsabilidad, se fue conformando un sistema corporativo que buenos dividendos rindió al partido gobernante durante muchos años.

Así se conformó el paradigma cuyo enunciado podría ser: "El Estado tutelar de la clase trabajadora", o "El derecho del trabajo, reivindicador de la clase trabajadora".

Nuevamente, sin caer en juicios "maniqueístas" para justificar o censurar estos enunciados, lo que conviene actualmente es justipreciar su validez hoy en día. Y volviendo al planteamiento inicial podemos afirmar que si bien aún podemos encontrarnos lejos de un ideal de equilibrio entre los factores de la producción capital y trabajo (ideal que por cierto no se da ni en los países más desarrollados), de cualquier forma no puede ser justificable ese rol de sobreprotección asumido por el Estado, que ha probado en la práctica y con el paso del tiempo, lo mismo haber elevado en cierta medida el nivel de vida

de los obreros, pero colateralmente provocar una marcada ineficiencia e improductividad poco perceptible en una economía cerrada o relativamente protegida de los embates del exterior, como la que vivimos durante muchos años; y, por el contrario, muy evidente su vulnerabilidad en una economía de mercado, abierta a la competencia internacional como es el mundo actual y que se impone en el nuevo siglo, donde ya no hay lugar para la improvisación y el solapamiento.

El nuevo paradigma deberá estar orientado a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones recíprocas, tanto de parte de los empleadores actualizando sus sistemas, maquinarias y políticas productivas lo que implica un compromiso de inversión con visión de más largo plazo; como de parte de los trabajadores siendo más responsables y eficientes, asumiendo las consecuencias de un deficiente desempeño laboral como hasta ahora no lo han hecho.

No se trata de dar un viraje de 180 grados y desandar lo recorrido sino únicamente de ajustarse a las exigencias del mundo actual con una legislación que no sólo tienda a defender al mal trabajador o al operario improductivo, sino que fundamentalmente permita hacer exigibles con mayor transparencia y efectividad las responsabilidades inherentes a cada elemento de las relaciones laborales y, por otra parte, que promueva el desarrollo personal de los trabajadores por la vía de su eficiencia y productividad.

III. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Otro principio convertido en paradigma por nuestro derecho del trabajo es el relativo a la estabilidad en el empleo, cuyo enunciado por sí mismo no presenta punto alguno de objeción, sin embargo, lo que sí conviene analizar y de hecho revisar son los medios a través de los cuales se ha procurado su consecución.

Tanto la primera Ley Federal del Trabajo de 1931, como especialmente la actualmente vigente de 1970, establecieron candados tendientes a evitar el desplazamiento de los obreros a voluntad de sus patrones; no obstante, encontramos marcadas diferencias entre ambas legislaciones.

En la primera encontramos dos figuras que resultaron ser muy características de este ordenamiento; por una parte, la llamada insumisión al arbitraje y, por otra, el contrato de aprendizaje.

En el primer caso se establecía, conforme al artículo 601 de dicha Ley, la facultad patronal para negarse a dar continuidad al contrato de trabajo, aun sin existir causa legal para ello, mediante el pago de una indemnización consistente en el importe de tres meses de salario y veinte días por cada año de servicios prestados. Lo interesante en este caso consiste precisamente en la importante limitación al principio analizado, el de la estabilidad en el empleo, tanto así que autores como Alberto Trueba Urbina y otros con él, sostenían que no podía hablarse de tal estabilidad mientras subsistiera esa salida patronal para romper unilateralmente el vínculo laboral, claro, mediante el pago de la referida indemnización.

De cualquier forma, no puede soslayarse el hecho de que este sistema representaba una solución práctica para resolver muchos casos en los que, no tanto por capricho de los empresarios sino por incompatibilidad en los intereses o expectativas respecto de la realización cotidiana del trabajo contratado, no resultaba conveniente el mantener a toda costa la subsistencia de la relación laboral y es que, por una parte, se evitaba mucho el "malabarismo" procesal o litigioso en que se ha caído al cambiarse esta disposición, como más adelante se verá y, por la otra, la indemnización establecida, al ser lo suficientemente elevada y respetar sobre todo el derecho de antigüedad generado por los trabajadores, impedía en razonable medida que se llegara a excesos que representarían un serio menoscabo a los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente a su seguridad en el empleo.

El segundo caso, el contrato de aprendizaje, se encontraba contemplado en los artículos 218 al 231 de dicha Ley laboral de 1931 y establecía una figura especial de contratación que en esencia consistía en que los aprendices contratados prestaban sus servicios personales y subordinados al patrón, quien, a cambio, les instruía en el oficio o especialidad de trabajo elegido, cubriéndoles de esta forma parte de su contraprestación y sólo de manera complementaria una parte de salario, el cual incluso podría verse disminuido si el empleador proporcionaba alimentos o habitación al aprendiz.

Independientemente de los abusos que dieron lugar a la derogación de este contrato en la nueva Ley, lo que resulta trascendente para los efectos del principio de estabilidad en el empleo, es el manejo que se hizo de esta figura, sobre todo en lo referente a la tempo-

ralidad del contrato. El artículo 220 de la precitada Ley disponía lo siguiente: "Artículo 220. El contrato deberá contener la escala y tiempo de enseñanza del arte, oficio o profesión objeto del contrato, y la retribución que corresponda al aprendiz por sus servicios en cada uno de los periodos de aprendizaje".

Esto es, que no se establecía una duración máxima a la relación de trabajo dejándose al arbitrio de las partes contratantes tal duración, incluso con la posibilidad de ampliarse en el tiempo estableciéndose varias etapas o periodos sucesivos de aprendizaje, situación que evidentemente dejaba en una situación de inseguridad jurídica al aprendiz al poderse diferir por periodos innecesariamente largos su posible incorporación como trabajador de planta en la empresa.

Más aún, el diverso numeral 224, fracción V, solamente imponía a la parte patronal la obligación de preferir al aprendiz ya capacitado sobre algún otro trabajador externo para ocupar una vacante o un puesto de nueva creación, lo cual no era garantía necesaria de contratación definitiva para los primeros.

En estas condiciones, resulta claro que la estabilidad laboral para los aprendices resultaba muy precaria, lo que incluso pudiera verse como una contradicción al principio general inicialmente comentado.

En tales condiciones, ambas figuras legales fueron severamente cuestionadas por varios tratadistas (De la Cueva y Trueba Urbina, entre otros) al punto de desaparecer en la Nueva Ley Federal del Trabajo de 1970, en forma total, el contrato de aprendizaje y dejando sólo para casos de excepción (artículo 49 de la legislación actual) el de la insumisión al arbitraje.

Así, la mencionada nueva Ley, notablemente inspirada en el pensamiento de los autores antes señalados, adoptó un sistema mucho más estricto en la defensa del principio de estabilidad laboral convirtiéndose en un verdadero paradigma, el cual consiste, por una parte, en la aceptación sólo por excepción y en los casos expresamente señalados en la Ley de la limitante en cuanto a la temporalidad de los contratos de trabajo, o en otros términos, de la adopción del principio general de la contratación por tiempo indefinido o de planta, aceptándose sólo de manera excepcional el contrato de eventualidad por tiempo fijo cuando se trate de la sustitución temporal de otro trabajador o cuando la naturaleza del trabajo contratado imponga su necesaria conclusión en un plazo fijo. En términos generales podríamos

decir que lo que el legislador quiso evitar fue el dejar al arbitrio patronal el tiempo de duración de las relaciones laborales; sin embargo, al restringir con tanta severidad la posibilidad de celebrar contratos por tiempo fijo, se olvidaron de una situación de tipo práctico que se presenta de manera continua en el mundo laboral y que es la posibilidad de efectuar contrataciones a prueba por un periodo razonable, a efecto de comprobar si un trabajador efectivamente resulta apto para ocupar la plaza laboral que pretende.

Los contratos a prueba no sólo no se encuentran contemplados en la Ley de la materia sino incluso han sido prescritos por la jurisprudencia sostenida especialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de tal suerte que la inseguridad jurídica recae ahora en la parte patronal ya que, fuera de un plazo sumamente perentorio de un mes que tiene para despedir justificadamente a un operario que le hubiese engañado atribuyéndose conocimientos o aptitudes de las que carezca al solicitar el empleo (artículo 47, fracción I, de la ley laboral), que en la gran mayoría de los casos resulta ser totalmente insuficiente para aquilatar la capacidad o no de los trabajadores; se encuentran los empleadores con el problema de tener que mantener vigente una relación laboral improductiva cuando no abiertamente inconveniente.

Por otra parte, el paradigma analizado se conforma también con la facultad otorgada a los trabajadores para exigir su reinstalación forzosa en el empleo, sin que exista la posibilidad de canjear o transmutar ese derecho en el pago de una indemnización, como antaño sucedía en la anterior legislación, con lo que se buscó a toda costa preservar este principio de estabilidad.

En esto, a semejanza de lo que vimos en el apartado anterior, se apreció el tono paternalista con el que la Ley reviste a la intervención estatal por la vía jurisdiccional en las relaciones laborales. La idea subyacente parece ser que los trabajadores resultan ser poco confiables como para obtener un empleo y conservarlo en un mercado laboral más abierto, por lo cual se procura establecer estrictas condicionantes a la posibilidad de terminar o incluso rescindir los contratos laborales.

En tales términos, este paradigma que tal vez en el momento de su conformación pudiese haber reportado auténticos beneficios a la clase laborante, con el correr de los tiempos y en las condiciones actuales

se presenta más como un obstáculo, por lo menos en lo que a la dinámica y flexibilidad de las relaciones laborales se refiere.

Así, en la búsqueda de un nuevo paradigma, deberá conciliarse la garantía de seguridad jurídica a favor de los trabajadores, no cayéndose desde luego en la absoluta libertad patronal para contratar por plazos fijos sin ninguna limitante, o a su particular conveniencia, pero, por otra parte, reconociendo también la necesidad práctica de establecer plazos de prueba más razonables; más amplios motivos que justifiquen la celebración de una relación de tipo eventual; y la posibilidad de rescindir o despedir, aun sin causa legal, mediante el pago de una indemnización.

Lo anterior traería un efecto directo en la generación de empleos, tan necesaria hoy en día, puesto que es desde luego mejor, por lo menos crearse plazas laborales temporales que no haber ni siquiera éstas, además de que los trabajadores en vías de capacitación inicial, en periodo de prueba o contratados por tiempo fijo tendrían la motivación de demostrar su disposición y aptitudes para el trabajo con vista a lograr su incorporación definitiva o de planta en las empresas, lo que de hecho sucede al margen de la Ley en muchas de ellas; y de rebote obligaría a los que cuentan con empleo definitivo a ser más eficientes y productivos so pena de verse desplazados por la fuerza laborante eventual.

IV. RESCISIÓN ACOTADA

Íntimamente relacionado con lo expresado en el punto inmediato anterior, tenemos que, en lo relativo a la rescisión del contrato o de la relación de trabajo, existen marcadas limitaciones e incluso cortapisas para el ejercicio de este derecho.

La teoría general de las obligaciones enseña que el incumplimiento de las mismas da lugar a exigir, o bien su cumplimiento forzoso, o el pago de una indemnización a cargo del incumplido mediante la rescisión del vínculo legal o contrato que dio origen a la obligación.

Dada la naturaleza de las relaciones laborales, resulta no sólo poco práctico sino incluso muy riesgoso el someter a las partes contratantes al cumplimiento forzoso del vínculo laboral, pues normalmente, las causales que la Ley Federal del Trabajo contempla como incum-

plimientos marcados a las obligaciones recíprocas de las partes provocan la rescisión de los contratos pues impiden la continuación normal y productiva de la relación laboral.

Sólo para los trabajadores se abre la posibilidad de exigir, ante un despido injustificado, el cumplimiento forzoso del contrato, esto es, su reinstalación en el empleo, pero aun esto con los serios inconvenientes prácticos que ya fueron abordados en el punto inmediato anterior.

Siendo el derecho del trabajo una disciplina jurídica por esencia proteccionista de los trabajadores, es evidente que las cortapisas a las que se ha hecho referencia se enfocan fundamentalmente al derecho patronal de rescindir justificadamente una relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del empleado.

El artículo 47 de la actual Ley Federal del Trabajo señala de manera si no totalmente limitativa (ya que su fracción XV contempla posibles causas análogas a las expresamente señaladas), por lo menos en un enunciado bastante rígido en la práctica, las causales invocables por la parte patronal para poder rescindir, o en lenguaje propio de la materia, para poder despedir de forma justificada a un trabajador.

Ciertamente, dichas causales tienen lógica y en términos generales comprenden razonablemente las situaciones que en la práctica suelen presentarse en las relaciones obrero patronales y que justifican el rompimiento del vínculo laboral, sin embargo, existe de entrada un caso que a pesar de presentarse con reiterada frecuencia en muchos centros de trabajo no es contemplado expresamente como un motivo justificado de despido. Esto consiste en la actitud, a veces reiterada, de algunos trabajadores de limitar a un mínimo esfuerzo su actividad productiva, o incluso, a disminuir aun por debajo de un estándar normal de rendimiento su trabajo en lo que, en la práctica, se ha dado en llamar "tortuguismo".

Esta actitud, que si bien no llega a encuadrarse en alguna causal más clara de rescisión, como podría ser la negativa a acatar una orden de trabajo o la producción de un daño material en las materias y herramientas propias del trabajo, sí debería ser considerada como una falta de probidad en atención a la definición que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado de este concepto y cuyo enunciado es el siguiente: "PROBIDAD U HONRADEZ, FALTA DE. CONCEPTO. Por falta de probidad u honradez se entiende el no proceder rectamente en las funciones recomendadas con mengua de recti-

tud de ánimo, o sea, apartarse de las obligaciones que se tienen a cargo procediendo en contra de las mismas, dejando de hacer lo que se tiene encomendado, o haciéndolo en contra; debe estimarse que no es necesario para que se integre la falta de probidad u honradez que exista un daño patrimonial o un lucro indebido, sino sólo que se observe una conducta ajena a un recto proceder". Cuarta Sala, séptima época, volumen 86, quinta parte, p. 19.

Desafortunadamente, sigue prevaleciendo, sobre todo en la micro, pequeña y mediana industria, una sensible falta de consciencia respecto de la responsabilidad que implica el ser o no productivos, no sólo en referencia a los trabajadores pues también desde la posición patronal se advierte esta carencia, siendo esto un problema que parte de la idiosincrasia nacional, alimentada por muchos años de una política económica esencialmente paternalista y tolerante con la ineficiencia. Lo que se ha dado en llamar la "Nueva Cultura Laboral" va en este sentido, sin embargo, será importante que las autoridades se convenzan de que un cambio positivo en la mentalidad o cultura tanto de patrones como de empleados no puede imponerse por voluntad estatal ni surgir como resultado de campañas (escasas por cierto), de concientización; esto sólo puede crearse y madurar si se parte de la necesidad de conservar las fuentes de empleo, sobre todo ante la real amenaza que implica hoy en día la competencia internacional, pero debe apuntarse con una legislación que procure el aseguramiento en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los actores del mundo laboral, sin los actuales vericuetos que dificultan esta tarea por la vía jurisdiccional.

En estas condiciones y retomando el tema propuesto, tenemos lo que a juicio de muchos abogados empresariales (incluido quien esto escribe), constituye la más notable cortapisa al derecho patronal para rescindir las relaciones laborales. Nos referimos a la obligación formal de comunicar o notificar a un trabajador, su despido.

En la primera Ley Federal del Trabajo (1931) quedaron consignadas en su artículo 121 las causales de rescisión de las relaciones laborales, las que, con pocos cambios, pasaron a la actual Ley (1970) que se encuentra vigente. En dicho primer ordenamiento legal no se hacía referencia alguna a la obligación o deber de la parte patronal de comunicar a los trabajadores por escrito, las causas por las cuales eran despedidos, pues la simple comunicación verbal del hecho sur-

tía todos los efectos legales correspondientes y muchas veces no era sino hasta la fijación de la litis en el juicio laboral cuando los operarios despedidos conocían con precisión los reales motivos que originaron la rescisión de su contrato.

Esto, desde luego, representaba una desventaja para dichos trabajadores ya convertidos en actores del juicio, pero una desventaja, en la gran mayoría de los casos poco trascendente, puesto que al momento de la réplica en la audiencia inicial se podía fijar la postura de la parte actora frente a los argumentos de defensa del patrón demandado y, además, dado que el momento para ofrecer pruebas se presentaba en otra audiencia distinta, existía tiempo suficiente para recabar el posible material probatorio que desvirtuase la existencia o legalidad de las causales rescisorias invocadas.

Con la nueva Ley se introdujo en lo que a partir de entonces es el artículo 47 relativo a las causas de despido justificado, un agregado que señala: "El patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión".

Esta disposición, aunque terminante, se convirtió en una norma imperfecta puesto que tampoco se estableció sanción alguna para el caso de contravenirse. No obstante, fue evidente que la intención subyacente consistió en dejar abierta la posibilidad, como más adelante se verá, de perfeccionar la disposición incluyendo en una reforma subsecuente la sanción correspondiente.

Esta intención se aprecia claramente en el comentario propuesto por el tratadista Alberto Trueba Urbina y que aparece en la primera edición de su *Nueva Ley Federal del Trabajo comentada*, persona que tuviese una sustancial intervención en la redacción de dicha Ley entre 1969 y 1970, quien al respecto sostiene: "... se adicionó acertadamente el anterior precepto con la disposición contenida en la parte final del mismo que obliga al Patrón a dar al Trabajador aviso escrito de la fecha y causas de la rescisión o despido. Esta obligación patronal tiene por objeto configurar con precisión la causal de despido y la fecha en que ésta surte efectos, a fin de que el trabajador pueda hacer valer sus derechos frente a la causal o causales de rescisión invocadas. La adición de que se trata es notoriamente trascendente en relación con los despidos de los trabajadores, porque el aviso escrito y la causal o causales que se hagan valer en el mismo; como se ha dicho, configuran definitivamente la rescisión o despido, de ma-

nera que entre tanto no se le comunique al trabajador por escrito no surte efectos legales y no corre el término de prescripción para el ejercicio de las acciones, por una parte; y, por otra, el patrón que rescinda o despida al trabajador por las causales que invoque en el aviso escrito, no podrá oponer como excepción otras causales distintas de las que motivaron el despido que comunicó al trabajador. En caso de que el patrón despida al trabajador sin darle aviso escrito, se genera la presunción de que el despido es injustificado y quedará obligado a probar que no despidió al trabajador o que éste abandonó el trabajo, pues de lo contrario se encuadraría en el incumplimiento de un precepto imperativo para originarle al trabajador desventajas en el juicio laboral, de acuerdo con el principio procesal derivado del artículo 775 de esta Ley. Ahora bien, si el trabajador se niega a recibir el aviso escrito, el patrón deberá comprobar idóneamente tal circunstancia para no ser acreedor a las sanciones anteriores".²

No podría decirse que fueron proféticas las palabras del notable tratadista campechano pues la verdad de las cosas es que también tuvo destacada intervención, en forma directa y a través de su hijo el Dr. Jorge Trueba Barrera, en la conformación del proyecto de reformas a la Ley que, previo el proceso legislativo correspondiente, fueron promulgadas mediante decreto publicado en el *Diario Oficial* el 4 de enero de 1980, entrando en vigor el 1 de mayo del mismo año.

En el punto que nos ocupa, se reformó la parte final del citado artículo 47 adicionándolo con los siguientes párrafos: "El aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, deberá hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, proporcionándole a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador. La falta de aviso al trabajador o a la Junta, por sí sola bastará para considerar que el despido fue injustificado".

Esta presunción de injustificación del despido derivada de la sola falta de notificación por escrito del mismo o de la falta de comprobación en el intento siquiera de notificar al trabajador de este hecho, se constituye por su redacción en una presunción "*juris et de jure*", esto

² TRUEBA URBINA, Alberto y TRUEBA BARRERA, Jorge, *Nueva Ley Federal del Trabajo comentada*, Ed. Porrúa, México, 1970, p. 41.

es, sin prueba que la desvirtúe salvo la propia comprobación de que sí se cumplió con esta obligación en la forma preceptuada por la Ley. En tales condiciones, la obligación formal (comprobación de la notificación del despido) se convierte en algo más importante que la obligación de fondo (comprobación de la causa del despido) pues aun cuando quedase acreditada en juicio la legalidad de la causal hecha valer por la parte patronal, esto sería totalmente insuficiente si no se comprobasen los extremos del aviso por escrito dado directamente al trabajador o, ante su negativa para recibirlo, por conducto de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Lo anterior queda corroborado con el siguiente criterio jurisprudencial: "RELACIÓN LABORAL, AVISO POR ESCRITO DE LA CAUSA DE RESCISIÓN DE LA. El artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo establece y enumera las causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón; enseguida determina, de manera clara y precisa, que el patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón deberá hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, proporcionando el domicilio que tenga registrado del trabajador y solicitándole su notificación al propio trabajador, concluye estableciendo que la falta del aviso escrito al trabajador o a la Junta, por sí sola, bastará para considerar que el despido fue injustificado. Dicha formalidad otorga al trabajador la certeza de la causa o causas de rescisión, permitiéndole oponer una adecuada defensa de sus derechos, certeza que no puede proporcionarle el aviso verbal, por ser éste momentáneo, pasajero y difícil de retener en la memoria; de ahí que la falta de aviso escrito de la causa o causas de rescisión de la relación laboral al trabajador o a la Junta, bastará para que el despido se considere injustificado, por la disposición de la propia Ley Federal del Trabajo".

Tesis de Jurisprudencia 2/93. Cuarta Sala. Unanimidad de votos. Febrero de 1993.

De todo lo señalado se desprende que, si bien resulta justificado el procurar dar seguridad jurídica a los trabajadores que son objeto de un despido no permitiendo que el solo criterio de presunta ineficiencia o improbidad aducida por los empleadores sea suficiente para concluir justificadamente la relación de trabajo, como sucede en algu-

nos países, también resulta exagerado el darle mayor importancia a una obligación de tipo formal, como la señalada, por encima de las razones o justificaciones de fondo que se tengan para proceder a la rescisión, por lo que en busca de un nuevo paradigma sobre este punto, debería establecerse algún mecanismo menos rígido o, en otras palabras, que se permitiese realizar la notificación del despido a través de la Junta de Conciliación y Arbitraje sin necesidad de comprobar necesariamente la negativa del trabajador para recibir directamente la carta de despido, o bien y en el mismo sentido, permitirle al trabajador ya actor del juicio laboral, suspender la audiencia inicial del procedimiento una vez que conozca la contestación que produzca su patrón a la demanda cuando manifieste que desconocía las causas por las cuales fue despedido. Con cualquiera de estos medios se lograría igualmente la certidumbre y seguridad jurídicas que busca la disposición legal comentada, pero sin obligar a la parte patronal a acreditar indubitablemente un hecho muchas veces de difícil comprobación, como lo es esa negativa del operario despedido a firmar de recibido el aviso rescisorio.

V. NO SUPLETORIEDAD DEL DERECHO COMÚN

Desde la génesis del derecho del trabajo en México, prevaleció la idea de que, en la medida de que se lograra la total independencia de esta nueva rama jurídica respecto del derecho civil; identificado en aquellos momentos con las ideas del liberalismo imperante en el siglo XIX, pues baste recordar que el Código Civil vigente por entonces databa de 1884, época de esplendor del porfiriato; se conseguiría la permanencia y fortalecimiento de esta disciplina jurídica naciente.

Era claro que varias de las disposiciones tutelares que se definían como propias de la legislación laboral chocaban o por lo menos no cabían en el entramado del derecho común, inspirado en el principio de que "la voluntad de las partes es la suprema Ley de los contratos", cuando que, respecto de los trabajadores, el Estado debía subrogarse muchas veces en la voluntad de éstos para defender sus derechos y, por tanto, dicha máxima, característica del derecho privado no podía tener cabida ni aplicación.

No obstante, esta pretendida independencia, planteada no sólo desde el aspecto puramente legislativo, sino en el fondo desde el doctrinal, no se obtuvo ni por decreto ni incluso con la aparición de la primera Ley Federal del Trabajo ya que aún en ésta se tuvo que echar mano en forma supletoria de varias instituciones del referido derecho civil, sobre todo en la parte procedimental donde no había mucho nuevo que inventar. (Lo que sí se inventó o se innovó lo trataremos en otros apartados).

Aun así, el prurito de los tratadistas aunado a la política proteccionista del regimen fueron ganando espacios de tal suerte que se logró (por decirlo de algún modo) que en la Ley de 1970 se eliminase cualquier referencia a la supletoriedad de las disposiciones de derecho común en materia laboral, a no ser la referencia a los "principios generales de derecho" que como fuente de interpretación de las normas de trabajo consigna de manera un tanto soslayada el artículo 17 de esta Ley.

Así, el tratadista Alberto Trueba Urbina al comentar este artículo de referencia en la primera edición de su *Nueva Ley Federal del Trabajo comentada* sostiene que: "...Destacamos en cuanto a su trascendencia la supresión del derecho común como fuente supletoria del derecho sustantivo y procesal del trabajo. En consecuencia, no son aplicables las leyes civiles o mercantiles ni los códigos procesales civiles, federal o locales, en razón de la autonomía de la legislación laboral".³

En estos o semejantes términos se festejaba la completa emancipación del derecho del trabajo respecto de cualquier otra disciplina jurídica (excepto lógicamente de la constitucional), creándose por tanto un nuevo paradigma respecto de esta situación.

No obstante y al paso del tiempo, nos encontramos con el hecho de que, si bien puede hablarse de una real autonomía sobre todo de muchos de los principios generales que son propios e informan al derecho mexicano del trabajo, tales como el de la irrenunciabilidad de derechos en beneficio de los trabajadores o el de la suplencia de la queja y varios más, que se presentarían como contrarios a los propios principios generales del derecho común, la verdad de las cosas es que su adopción en la legislación positiva en nada ha dependido de que se hubiese dado la emancipación a la que nos hemos referido.

³ *Idem*, p. 25.

La supletoriedad como fuente de integración o de interpretación del derecho es utilizada, como su propio nombre lo indica, a falta de disposición aplicable al caso concreto; y si existen principios o normas claramente establecidas en materia laboral resulta evidente que no podrían invocarse instituciones de cualquier otra índole que fuesen contrarias al texto o incluso al espíritu de la Ley en esta materia.

En tales condiciones, podemos concluir que la autonomía del derecho del trabajo respecto del derecho civil y la tan festinada inaplicabilidad supletoria del segundo respecto del primero cae más en el campo teórico o doctrinario que en el práctico y poco, si no es que nada, es lo que ha contribuido a la evolución de esta rama jurídica. En esto, como en otros aspectos, ha sido más el prurito de los tratadistas que no el estricto rigor científico o la razón práctica lo que ha ensalzado la génesis del derecho laboral, en aspectos más de "relumbrón" que de real importancia pues la justificación de suyo de la existencia de esta materia va mucho más allá de una disputa de espacio dentro del ámbito total de la ciencia jurídica.

No vale la pena en una visión a futuro, el seguir poniendo el acento de esta real autonomía de las disposiciones legales laborales con respecto al derecho común, situación superada tanto en la doctrina como en la legislación y en todo caso mejor, con auténtica apertura buscar los puntos de apoyo que pudieran proporcionar, bien sea el derecho civil o cualquier otra rama jurídica aplicable, en aras de una mayor evolución y perfeccionamiento de las normas que rigen el mundo laboral.

VI. SINDICALISMO CORPORATIVO

En el ideario de los precursores del derecho del trabajo en México y aun antes de que se planteara la conformación de esta materia como una disciplina jurídica autónoma se buscó, como un deber ser, el aseguramiento de la libertad de sindicalización. El trasfondo de este anhelo social desde luego en su inicio fue más de carácter político que estrictamente jurídico y lo encontramos plasmado en diversas obras de autores de finales del siglo XIX inicios del XX, aunque por su trascendencia histórica podemos remitirnos concretamente al Plan de San Luis, donde tanto Madero como sus seguidores, especial-

mente los hermanos Flores Magón recopilaron muchas de las aspiraciones de la clase trabajadora, entre ellas, la posibilidad de asociarse en la defensa de sus intereses comunes.

Con el triunfo de la Revolución se impuso la tarea y la necesidad de traducir ese ideario político-social en normas jurídicas que aseguraran su cumplimiento en forma permanente y por ello durante el desarrollo del Congreso Constituyente (1916-1917) prevaleció la opinión en el sentido de que no sería suficiente conformarse, en lo referente al sindicalismo laboral, con la garantía general de asociación consagrada en el artículo 9, por lo que esta prerrogativa, junto con todas las demás conquistas sociales pregonadas a favor de los trabajadores dieron forma a lo que sería el artículo 123 de la nueva Constitución.

Así se sentaron las bases jurídicas para lo que en pocos años se convertiría en un movimiento sociopolítico de importantes proporciones, el sindicalismo obrero, llegando a convertirse en una fuerza real de poder.

Cabe destacar en este momento que aun cuando desde el referido texto constitucional se contempló la posibilidad para los patrones de asociarse igualmente constituyendo sindicatos patronales, la realidad desde entonces y hasta la fecha es que, con pocas excepciones, han tenido escasa presencia e importancia en el mundo laboral (sin duda el caso más representativo es el de la Confederación Patronal de la República Mexicana, COPARMEX, como ejemplo de asociación de patrones o empresarios), enfocándose a ciertas ramas industriales muy concretas.

Ya en diverso estudio analizamos en forma más extensa las complejas relaciones entre el Estado emanado de la Revolución y las primeras organizaciones sindicales (cf. "Derecho mexicano del trabajo de la Revolución a la evolución", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 24, año 2000), pero baste aquí señalar que desde mediados de la década de 1920, con el gobierno del general Plutarco Elías Calles se inició una política sostenida de incorporación de las dirigencias de las organizaciones sindicales al sistema político con la designación del que fuera líder de la Confederación Regional de Obreros de México (CROM), Luis N. Morones, como Secretario de Industria, Comercio y Trabajo con lo que se aseguró la fidelidad de dicha central obrera, primera de importancia en el país, al régimen de gobierno establecido.

Más adelante, ya en la década de 1930 y con el Partido Nacional Revolucionario (PNR) como partido oficial surge la Confederación de Trabajadores de México (CTM), que en poco tiempo se constituyó en uno de los tres sectores conformantes de dicho partido, especialmente desde que transformó su nombre a Partido Revolucionario Institucional (PRI).

A partir de entonces empieza a consolidarse un curioso paradigma que ya no concuerda con precisión con la idea básica, ni de los pensadores prerrevolucionarios ni con la de los constituyentes. Incluso, la definición legal de Sindicato, incluida desde la primer Ley Federal del Trabajo de 1931, cuyo enunciado es "La asociación de trabajadores o de patrones constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses", llega a quedar corta, por lo menos en el caso de los sindicatos obreros, pues ninguna referencia hace a la función que como fuerza real de poder político adquieren como resultado de la incorporación al partido político dominante a la que nos hemos referido.

Las dirigencias sindicales cumplen entonces un doble papel; por una parte en una función netamente sindical procuran a través de la contratación colectiva ir ganando para sus afiliados mejoras salariales y en prestaciones, tanto en el aumento de los montos mínimos consignados en la Ley, como creando nuevas de estas prestaciones, varias de las cuales con el paso del tiempo y la costumbre se fueron incorporando al texto legal (como fue el caso de la participación de utilidades y la prima de antigüedad); pero, por otra parte, desarrollan también una función política al servicio del sistema puesto que sirven de cauce y contención de las inquietudes o reclamos sociales de la clase trabajadora a la vez que nutren los procesos electorales a favor del partido oficial con votos numerosos en lo que se ha dado en llamar el corporativismo político o la inducción del voto.

Aquí es donde la garantía de libertad de asociación sufre un importante vuelco ya que como derecho individual puede y debe ser ejercitado o no ejercitado, esto es, debe ser auténticamente un derecho y no disfrazarse de una obligación como ha llegado a revestirse en la práctica cotidiana.

En efecto, en ese afán de protección por parte del Estado respecto de los sindicatos de trabajadores y como respuesta o retribución a los servicios político-electorales prestados por estas organizaciones, se

incluyeron entre las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo dos aspectos que tienden a procurar la unidad y la estabilidad de tales sindicatos, pero lesionando sin duda la libertad de los trabajadores. Estas disposiciones han dado lugar a lo que se conoce como las "cláusulas de exclusión" tanto de ingreso como de permanencia.

El artículo 395 de la referida Ley dispone en esencia que el Sindicato Titular de un Contrato Colectivo de Trabajo tiene el derecho exclusivo de permitir la contratación de nuevos trabajadores siempre y cuando éstos se encuentren afiliados a esa organización o, en otras palabras, si un trabajador desea contratarse con una empresa donde opere un sindicato tendrá, como obligación ineludible, que incorporarse mediante su afiliación al mismo, pues de lo contrario la unión sindical podrá exigir su inmediata separación del puesto.

La idea, desde luego, es la de evitar infiltración de gente que pudiese realizar, desde dentro del centro de trabajo, una labor de disolución en contra de los intereses de la organización sindical. Pero aparejado a lo anterior, resulta evidente que se coarta el derecho individual de los trabajadores para acceder a una fuente de empleo sin restricciones, lo que en el fondo implica una violación a la garantía consagrada en el artículo 5o. constitucional, interpretado "*a contrario sensu*".

Por otra parte, en relación con la permanencia de los trabajadores dentro de sus sindicatos, tenemos que, de acuerdo con el propio artículo 395, último párrafo de la referida Ley laboral, las empresas estarán obligadas a despedir de su empleo a aquellos trabajadores que se separen o sean separados de la agrupación sindical titular de la relación colectiva laboral, esto es, que tanto si renuncian espontáneamente o si son excluidos conforme a los estatutos internos de la misma, ello traería aparejada la pérdida automática del empleo.

Esta situación quedó parcialmente atemperada mediante la ejecutoria que emitió la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en abril del año 2001, la cual declaró inconstitucional la disposición legal de referencia, por lo menos respecto a la renuncia voluntaria de los trabajadores a seguir perteneciendo al Sindicato Titular del Contrato Colectivo y representante del interés profesional en la empresa, por lo que, a pesar de que no se trata aun de un criterio de jurisprudencia y al no existir tesis alguna en contra por parte del mismo Alto Tribunal, desde entonces ya no es posible exi-

gir a la parte patronal el cumplimiento de la cláusula de exclusión en cuanto a la consecuencia de pérdida o rescisión de la relación laboral.

Todo esto tiene trascendencia no sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico, pues además pone de manifiesto un mal prácticamente congénito de la mayor parte de las centrales obreras y sindicatos del país que es la falta de democratización interna de sus estructuras directivas.

No son muchas las organizaciones de este tipo en las que auténticamente la asamblea general de los trabajadores afiliados actúa como órgano supremo de decisión; donde se renueva con real participación de las bases las mesas directivas, especialmente la Secretaría General; y donde existan disposiciones estatutarias efectivas y aplicables para exigir la rendición de cuentas respecto de la administración de las cuotas y los haberes sociales.

Por ello, para la conservación de una agrupación de corte vertical, muchas veces autoritaria y en la que los puestos directivos se vuelven propiedad de la persona de sus titulares, en ocasiones hasta en forma hereditable, resulta indispensable el contar con candados o mecanismos de control interno, como lo son finalmente las cláusulas de exclusión a que nos hemos referido, para evitar con ello que la posible disidencia pueda tener espacios de expresión que vulnere o límite el coto de poder, mayor o menor según la importancia del sindicato, que se encuentra en manos y bajo el arbitrio del dirigente sindical o en todo caso, de su mesa directiva que generalmente le es afín.

No han bastado las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo que exigen la renovación de las dirigencias (artículo 371, fracción X), la rendición de cuentas (artículo 373) y la realización de asambleas generales (artículo 371, fracción VIII), pues todo ello, como se ha dicho, en un amplio número de casos sólo se cumple de manera formal, pero, se insiste, sin que exista un verdadero espíritu democratizador, ni se fomenta la participación de las bases en la toma de decisiones respecto de asuntos primordiales para la marcha de la agrupación obrera, limitándolas a intervenir en algo que desde luego les es más cercano y urgente como son las revisiones periódicas de los contratos colectivos de trabajo.

Desde luego, ante los cambios políticos experimentados por el país en los últimos tiempos, sobre todo frente al cambio de régimen sostenido por muchos años por el partido oficial que le dio cobijo a

muchas organizaciones sindicales, se impone una necesaria revisión hacia el interior de lo que ostentosamente se conoce como el "Movimiento Obrero Organizado" (llámese Congreso del Trabajo o centrales obreras que lo conforman. Aquí dejamos un poco de lado a los llamados sindicatos independientes, no tanto por que pudieran ser modelos de organización y vida democrática interna aunque sí, en términos generales se encuentran en mejor situación), sino porque por su propia definición se encuentran al margen de la política partidista que hemos censurado.

Las organizaciones de trabajadores debieran por tanto enfocarse a la búsqueda de un nuevo paradigma que, sin que implique una renuncia total a su participación en la vida política nacional, ya que representan a una fuerza real de poder, tampoco represente para sus dirigentes un espacio privilegiado para la obtención de escaños o puestos públicos que no tengan relación propiamente con su actividad sindical. Menos política y más atención de las demandas obreras debería ser un objetivo a perseguir, sobre todo si tienen la sensibilidad para darse cuenta que la conciencia de grupo de sus agremiados crece constantemente y muchas veces rebasa la capacidad de los líderes.

VII. AUTORIDADES JURISDICCIONALES NO JUDICIALES

Con anterioridad, en este mismo estudio, hemos hecho referencia a las ideas que en diversos aspectos, dieron origen a varias de las instituciones que son propias y caracterizan al derecho del trabajo en México.

De igual forma, resulta conveniente recordar que desde los inicios del siglo XX y sobre todo a partir del estallido del movimiento revolucionario, empezaron a surgir varios intentos para concretar en textos legales, tanto los aspectos sustantivos o de fondo para conseguir la tutela de los derechos de la clase trabajadora, como las vías procesales para hacer efectiva dicha tutela. La idea desde el inicio fue la de crear procedimientos ágiles y sencillos que procurasen el mejor acceso por parte de los trabajadores a los órganos jurisdiccionales y una solución pronta, así como justa de sus demandas.

Vale la pena citar en este momento, por su trascendencia, la Ley del Trabajo promulgada en el estado de Yucatán bajo el gobierno del general Salvador Alvarado en 1914, que entre otras cosas instituyó la

creación de los Consejos Municipales de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje; los primeros con una función básicamente de acercamiento y solución por la vía conciliatoria de las controversias laborales (fundamentalmente respecto a situaciones de seguridad y riesgos de trabajo), y el segundo para resolver jurisdiccionalmente aquellas controversias que no pudiesen ser superadas por convenio entre las partes.

En relación con las actividades y logros de estos órganos fue que surgieron las palabras del diputado Héctor Victoria que citamos en el apartado II de este trabajo, las cuales junto con la labor proselitista tanto del citado como de otros constituyentes progresistas, dieron como resultado la redacción de la fracción XX del artículo 123 constitucional en los siguientes términos: "Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos y uno del gobierno".

Dos aspectos resultan fundamentales en esta disposición de nuestra norma máxima: la creación de tribunales de jurisdicción especializada llamados Juntas de Conciliación y Arbitraje; así como la integración sectorial de estas Juntas.

En el primer aspecto, mucho se discutió durante el congreso constituyente sobre la conveniencia e inconveniencia de adoptar a nivel nacional la experiencia yucateca acerca de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, sobre todo los Constituyentes de formación o línea más ortodoxa censuraron el hecho de que tales órganos jurisdiccionales se pretendiera sacarlos del ámbito del Poder Judicial, pregando una invasión de competencias por parte del Ejecutivo sobre el Judicial, sin embargo, prevaleció la opinión de la corriente más progresista que veía un severo peligro al dejar la interpretación y la aplicación de las nuevas normas laborales en manos de un Poder que aún no había sido permeado por los ideales surgidos de la Revolución.

Esto era real, tanto el Ejecutivo como el Legislativo, representado en ese momento por los propios Constituyentes, estaban conformados por elementos surgidos del grupo triunfador en la gesta revolucionaria, mientras que la Judicatura seguía en manos de las mismas personas que ya actuaban como tales desde la época porfiriana. Siguiendo la máxima evangélica era como "echar vino nuevo en odres viejos".

De ahí la justificación histórica para la creación de estos tribunales, formal y orgánicamente administrativos pero con funciones ju-

diciales. Sin embargo, no bastó con este acto legislativo para que las Juntas de Conciliación y Arbitraje asumieran plenamente sus funciones pues no fue sino hasta casi mediados de la década de 1920 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció plenamente la jurisdicción y la imperatividad de las Juntas en la solución de las controversias de tipo laboral (con la ejecutoria pronunciada en el caso planteado por la Cía de Tranvías, Luz y Fuerza de Puebla, en 1924).

Por lo que respecta a la integración sectorial, la idea fue dar intervención directa a través de representantes a las propias fuerzas en conflicto, los trabajadores y los patrones, procurando con esto conseguir una administración de justicia más cercana a la realidad fáctica y más sensible a la problemática de fondo que presentan las relaciones laborales, claro sin descuidar la rectoría del Estado que se da mediante el representante del gobierno, quien se convierte en el fiel de la balanza para juzgar con criterio imparcial o no comprometido sobre la procedencia o improcedencia de las reclamaciones planteadas en juicio.

Esta conformación colegiada debería de rendir los claros beneficios que se plantearon los Constituyentes de 1917 y a que nos hemos referido, sin embargo, con el andar de los tiempos se ha desvirtuado la idea por las causas que adelante se expondrán.

Así se estableció como un paradigma que la justicia laboral debía quedar en manos de tribunales de tipo administrativo o formalmente incorporados al Poder Ejecutivo, tanto federal como local y que los mismos debían funcionar en forma colegiada, con la participación de un representante de cada sector involucrado en los conflictos y uno del gobierno.

Hoy en día, en esto como en los temas anteriores que hemos comentado, se impone hacer una reflexión y una revisión de las motivaciones que sirvieron de origen para la creación de este andamiaje jurídico.

Desde luego, no puede sostenerse que el Poder Judicial represente a la fecha un eventual peligro para la aplicación de las normas laborales como se pensaba en la época revolucionaria; más aún, las resoluciones o laudos de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, como todo acto de autoridad, se encuentran sujetas por la vía de amparo a la revisión y en su caso corrección por parte de los Juzgados de Distrito o Tribunales Colegiados de Circuito, pertenecientes al Poder

Judicial, de ahí que no pueda hablarse de una total independencia de las Juntas respecto a dicho Poder.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuando en pleno como de su Segunda Sala actualmente y de los Tribunales Colegiados de Circuito en sus respectivas competencias territoriales, es obligatoria para las Juntas de Conciliación y Arbitraje de tal suerte que la vinculación jurisdiccional es innegable por lo que la calidad de tribunales no judiciales queda sólo en el terreno de la dependencia organizativa y presupuestal respecto del Ejecutivo Federal y de los estatales, incluido el Distrito Federal.

Resulta, por otra parte, también poco sostenible desde el punto de vista estrictamente jurídico el mantener la doble jurisdicción (federal y local) en esta materia ya que su origen obedeció a causas de carácter netamente político, básicamente obtener por parte del gobierno federal un mayor control sobre determinadas ramas industriales y empresas cuya actividad y sobre todo cuyos problemas laborales podían repercutir con mayor importancia sobre la economía nacional. Sin embargo, no existe ningún argumento jurídico de peso que justifique esta distinción en la aplicación de las normas de trabajo, siendo que la Ley es federal y por tanto obligatoria en todas las entidades federativas. Sólo por razones de distribución de la carga presupuestal entre la federación y los estados, además de las razones de índole política pueden explicar la permanencia de esta doble jurisdicción que, en contraposición, provoca en muchos casos una falta de uniformidad en los criterios de aplicación de la Ley con la problemática práctica que esto conlleva.

Y volviendo al punto de la integración Sectorial de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, nos encontramos con una situación práctica que ha desvirtuado la intención original del constituyente y es que, no obstante que formalmente los tres elementos integrantes de las Juntas cumplen la misma función, participar en la toma de decisiones para la solución de los juicios en que intervengan, o sea, pronunciar los laudos y los acuerdos de trámite en forma colegiada, la realidad en la gran mayoría de los casos es que tanto los representantes obreros como los patronales únicamente cumplen dicha función limitándose a estampar sus respectivas firmas en los acuerdos o resoluciones correspondientes, pero sin intervenir o involucrarse directamente en la toma de decisiones que implica el contenido de esas resoluciones.

Y esto deriva básicamente de una situación eminentemente práctica pero real, mientras los representantes del gobierno o presidentes de la Junta perciben por Ley emolumentos similares a los de un Magistrado del Tribunal Superior de Justicia, por su parte los representantes obreros y patronales tienen un ingreso incomparablemente menor lo que les obliga a tener casi por regla general algún otro medio de subsistencia. Así, los representantes de los trabajadores generalmente se encuentran vinculados a alguna organización sindical de quien reciben sus mayores ingresos y de igual forma, los representantes patronales o del capital son sostenidos por las Cámaras y otras organizaciones empresariales a las que además les prestan sus servicios.

De esta forma, su actividad como elementos integrantes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje se convierte en un trabajo complementario que cumplen sólo en la mayor o menor medida de sus posibilidades de tiempo, a veces en forma más o menos satisfactoria, pero en muchos casos en forma verdaderamente deleznable.

Esto trae como consecuencia, no sólo y como se ha dicho, que no se cumpla con la intención manifiesta que pretende la integración sectorial, sino además que en una gran cantidad de casos se provoque una tardanza exagerada en la tramitación de los juicios laborales en perjuicio de las partes en litigio.

Por todas estas razones, resulta imperioso replantearse la justificación actual de estos órganos jurisdiccionales en materia laboral, pues ni su inserción, por lo menos desde el punto de vista organizacional dentro del Poder Ejecutivo, ni su integración sectorial, debido a la muy escasa participación real de la representación de las partes interesadas, hace que resulten ser los tribunales más idóneos para llevar a cabo la función que realizan.

Restituir la jurisdicción laboral a la esfera del Poder Judicial permitiría superar varios de los problemas que actualmente se presentan, como la falta de una auténtica capacitación y especialización mediante una carrera judicial para sus integrantes; esto daría también mayor seguridad e independencia sobre todo a los ocupantes de puestos de mayor responsabilidad como son los actuales Presidentes de Juntas, ya que no estarían sujetos a los vaivenes y cambios que periódicamente se presentan entre los funcionarios administrativos que les otorgan el puesto; y por otra parte, se abriría la posibilidad

para revisar las resoluciones en primera instancia por vía de apelación ante un Tribunal Superior de Justicia y no como ahora mediante el Juicio de Amparo que ha sido convertido en una apelación, disfrazada de protección de garantías.

Finalmente el nuevo paradigma debe abocarse a la búsqueda de un tipo de tribunal en materia de trabajo, que pudiera conservar su conformación colegiada y sectorial, pero donde cada integrante sea corresponsable en obligaciones y derechos, estos últimos sobre todo en cuanto a la retribución; donde pueda darse un crecimiento y especialización de sus miembros con visión de largo plazo y no sólo para un periodo de gobierno; y donde pueda lograrse una más cierta uniformidad de criterios en la aplicación de la Ley que evite la inseguridad actual que se presenta sobre todo entre muchas Juntas Locales de diversas entidades federativas, todo esto con el propósito de conseguir el ideal de justicia que a todos conviene, esto es, que sea pronta, cierta y expedita.

VIII. CONCLUSIÓN

El derecho mexicano del trabajo, disciplina jurídica en constante evolución, tanto por su relativa novedad como por la movilidad de los sujetos a los que está dirigido, se halla actualmente sujeto a una crítica insistente por su escasa capacidad para responder a las exigencias de un mundo laboral mucho más demandante de productividad, de adaptación al cambio social y de toma de conciencia sobre las responsabilidades de los elementos que lo conforman. No obstante, la reticencia al cambio parte en buena medida del no haber superado ciertos paradigmas, sin duda claros e importantes en su momento, pero que en la actualidad ya no responden ni a las necesidades ni a las exigencias de trabajadores y empleadores, por lo que, en aras de conseguir los consensos necesarios para llevar a efecto una auténtica y provechosa reforma legal, debe empezarse por encontrar los nuevos paradigmas que orienten esa labor, sobre todo partiendo de la base de un genuino interés de mejoría mutua y no tratando de defender intereses o prerrogativas unilaterales que sólo anularían cualquier esfuerzo en este sentido.

LOS DERECHOS INDÍGENAS COMO UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA. PROPUESTAS FEDERALISTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

E. Dorothy ESTRADA TANCK

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. *Precisiones conceptuales*. II. *Algunas posiciones teóricas*. 1. *La posición clásica liberal*. 2. *El multiculturalismo*. 3. *El liberalismo igualitario*. 4. *El pluralismo*. III. *Implicaciones en políticas públicas*. 1. *Autonomía y federalismo*. 2. *Autonomía indígena*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad sociológica y política que la mayoría de los países enfrentan hoy en día se encuentra marcada por la coexistencia de varios grupos étnicos y culturales, algunos de los cuales han sido objeto de serias formas de injusticia por parte del grupo mayoritario o poderoso. Se han realizado diversos intentos para explicar la mejor manera de lidiar con dicho pluralismo y las consecuencias de que los gobiernos reconozcan cierto tipo de derechos diferenciados y lleven a cabo políticas públicas específicas en favor de grupos particulares dentro de un Estado. Por ello, el primer objetivo de este trabajo es aclarar algunas de las distinciones conceptuales respecto de la diversidad étnica y cultural a efecto de comprender mejor las diferentes realidades que cada término pretende describir.

Es importante señalar que la discusión sobre diversidad cultural es multifacética y, por ende, no esperamos revisarla exhaustivamente dentro del campo del presente ensayo. Más bien, nos proponemos

prestar especial atención al tema de los pueblos indígenas y examinar las razones que impulsan los esfuerzos por promover derechos que reconozcan y protejan a tales grupos como un medio de alcanzar la igualdad, así como de superar ciertas desventajas de inicio que éstos sufren. Analizaré algunos de los distintos acercamientos ético-normativos en relación con la diversidad étnica y cultural articulados por la teoría política, más particularmente atendiendo a las posiciones del liberalismo clásico, el multiculturalismo, el liberalismo igualitario y el pluralismo. Como consecuencia de estas consideraciones, el trabajo pretende explorar si hay o no una relación entre los derechos indígenas y la justicia. Y con base en lo anterior, se intentará estudiar algunas de las ideas centrales que sustentan el debate normativo sobre las sociedades pluriculturales.

A lo largo de este escrito, mencionaremos algunos datos empíricos relevantes sobre México, los cuales nos parecen importantes para evidenciar la validez de las teorías y principios expresados en relación con nuestro tema. A pesar de que no toma la forma de un verdadero estudio de caso, dicha información sí permite, sin embargo, una confrontación interesante con las presuposiciones conceptuales estudiadas en este ensayo. Igualmente, analizaremos brevemente si los argumentos éticos y políticos en favor de los derechos indígenas que encontramos en la teoría política anglófona (ya sea del Reino Unido, Estados Unidos, Canadá o Australia) pudieran ser aplicables al caso de México.

Después de haber estudiado las diferentes posiciones teóricas, en el terreno práctico y de sistemas de gobierno encontramos que una variedad de medidas jurídicas, institucionales y políticas se han propuesto por constitucionalistas y politólogos a fin de manejar los conflictos nacionales y étnicos. Una de dichas medidas consiste en otorgar autonomía en favor de ciertos grupos étnicos y culturales a través de arreglos territoriales por vía del federalismo. Así, y una vez que el fundamento ético y político de los derechos indígenas haya sido acreditado, nos enfocaremos en la implantación de derechos especiales lograda a través de la autonomía conferida a ciertos grupos por medio de una forma federal de gobierno, tomando en cuenta especialmente la situación de los pueblos indígenas en México. Cabe hacer notar que México, como todos sabemos, está constituido por el grupo mayoritario mestizo, que representa aproximadamente el 91.4%

de los casi cien millones de habitantes de la población total, así como por más de 50 diferentes etnias indígenas —cada una con su propia lengua— las cuales se encuentran distribuidas en varias zonas a lo largo del país y que juntas forman el 8.6% restante, es decir, alrededor de ocho y medio millones de personas.¹ A través de este trabajo, planeamos comparar las propuestas federalistas para acomodar la pluralidad a través de unidades territoriales autónomas, con la estructura jurídica formal de México como una federación, en un intento de evaluar las posibilidades de aprovechar tales arreglos en relación con la diversidad cultural del país.

1. Precisiones conceptuales

En relación con algunas de las implicaciones normativas de la diversidad cultural, es un reto para los presentes gobiernos el resolver e integrar de manera pacífica las diferencias presentadas por una variedad de culturas, identidades e instituciones políticas que confor-

¹ Esta información está basada en el *XII Censo General de Población y Vivienda: 2000* del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, en <http://www.inegi.gob.mx>. Se establece que de los 97.5 millones de personas de la población total del país, existe una población de 5 años y más que habla una lengua indígena, consistente en 6'044,547 personas. A su vez, la estimación de la población de niños menores de 5 años cuyo jefe del hogar es hablante de una lengua indígena es de 1'233,455 personas. Igualmente, la población de personas no hablantes de una lengua indígena de 5 años y más, pero que se consideran indígenas es de 1'103,312 personas, para llegar a un total de 8'381,314 indígenas en México. Como vemos, el principal criterio usado para definir quién es una persona indígena es el habla de una lengua indígena; sin embargo, existe un millón de personas que no hablan alguna de dichas lenguas, pero que culturalmente se consideran indígenas. La población de personas de 5 años y más que sólo habla una lengua indígena es de 1,002 personas, es decir, prácticamente toda la población indígena conoce también el español y es parcial o totalmente bilingüe. Sin embargo, el Censo de 2000 indica que existen 84 lenguas indígenas identificadas (siendo las más habladas el náhuatl, con 1'445,000 personas, el maya con 800 mil y el mixteco con 438 mil), con lo cual nos percatamos de que aún sobreviven activamente una enorme cantidad de lenguas que lingüísticamente tienen poco o nada que ver con el español. Según el Censo anterior de 1990, la población indígena (8'701,688 personas) representaba el 10.7% del número total de habitantes del país (81'249,645 personas), con lo que observamos un descenso en el tiempo de la población indígena de nuestro país. Véase *XI Censo General de Población y Vivienda: 1990* del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, en <http://www.inegi.gob.mx>. "Base de Localidades y Comunidades Indígenas", del Instituto Nacional Indigenista, 1993, y EMBRIZ, Arnulfo, *Indicadores socioeconómicos de los pueblos indígenas en México*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1993, pp. 23-25.

man a la mayoría de los países. Nos parece que la postura correcta frente a las situaciones que surgen a causa de la diversidad cultural es la de revisar las condiciones reales imperantes en las sociedades actuales y ligado a ellas, desarrollar una teoría acerca de cuáles son los valores y concepciones que debemos emplear para enfrentarlas. El objetivo es encontrar respuestas no sólo éticamente defendibles, sino también políticamente viables. Aun cuando los teóricos políticos respalden ciertos preceptos filosóficos, es sumamente útil, a nuestro ver, examinar también diferentes casos históricos e intentar comprobar la aplicabilidad de dichos principios a los conflictos derivados de los reclamos y demandas de las minorías.

El tomar en cuenta el contexto de un determinado problema cuando pretendemos teorizar no equivale a decir que debemos ignorar los aspectos éticos de las relaciones desiguales de poder y sus consecuentes exclusiones, o que debemos partir de ellas como ya dadas con el riesgo de reforzar las estructuras existentes. Al contrario, es precisamente debido a tales relaciones desiguales entre grupos culturales y a las inequidades estructurales dentro de un sistema, que el debate sobre la justicia se hace necesario en primer lugar. Como dice Young, "la justicia es el objeto primario de la filosofía política. Estas preguntas [las del tratamiento que debe darse a grupos minoritarios diferenciados] son en consecuencia inseparables de las preguntas sobre la justicia".²

Por ello, una de las condiciones para elaborar una teoría sobre principios éticamente válidos en relación con la diversidad étnica y cultural, es la de estudiar y comprender las circunstancias históricas, sociales, religiosas, económicas y políticas de una comunidad a efecto de determinar lo que la justicia exige en situaciones concretas, así como de qué modo puede una teoría política en particular ser útil para llevar dicha exigencia a cabo con eficacia en un escenario preciso.

Primero, si hemos de enfocarnos en la diversidad étnica y cultural, debemos aclarar qué habrá de entenderse por estos términos. De inicio, una distinción importante es la de identificar el multiculturalismo como una realidad sociológica de muchos países, en el sentido de un

² YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990, p. 3. Traducción propia. Todas las citas a las que se haga referencia en un futuro son de traducción propia, a menos que se indique lo contrario.

término descriptivo del hecho de la coexistencia de varios grupos culturales y/o étnicos dentro de las mismas fronteras territoriales y políticas. Ahora bien, el fenómeno de una sociedad heterogénea y plural es diferente del concepto de multiculturalismo como una teoría ética que propone varios principios para encarar estas realidades e informar las políticas públicas correspondientes a dicha multiplicidad. En este último sentido es en el cual nos referiremos al multiculturalismo y a sus propuestas para confrontar la diversidad cultural.

En segundo lugar, existe una amplia discusión en torno al significado del término etnicidad, la naturaleza de los grupos culturales y la relevancia de la pertenencia cultural. Dependiendo de la conceptualización de cada fenómeno, determinaremos las consecuencias políticas de reconocer o no cierto tipo de derechos especiales. Aunque estamos conscientes del vasto conjunto de opiniones y percepciones en relación con el tema, nosotros adoptaremos como definición de trabajo de "grupo étnico" la de una comunidad que se define por descendencia o herencia³ y de "grupo cultural" (el cual puede o no compartir la misma ascendencia de sangre), uno que se distingue por similitudes como una lengua común y una historia compartida.⁴ Sin embargo, es pertinente hacer notar que un grupo étnico que se define por descendencia puede ser y muchas veces es explicado también por su diferenciación cultural. En consecuencia, un grupo étnico puede al mismo tiempo constituir un grupo cultural, a pesar de que este último concepto no es exclusivo de las comunidades étnicas.

En este sentido, Kymlicka hace una distinción provechosa entre las dos principales formas de pluralismo cultural que un Estado multicultural puede presentar. Primero, un *Estado multinacional* comprende grupos que habitaban originalmente un cierto territorio y como resultado de una colonización, conquista o confederación, quedaron incluidos dentro de las fronteras del Estado. Por consiguiente, pode-

³ En este sentido, véase VAN DYKE, V., "The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory", en KYMLICKA, Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 32; y BARRY, Brian, "Self-Government Revisited", en *Democracy and Power: Essays in Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 168.

⁴ MARGALIT, Abigail y RAZ, Joseph, "National Self-Determination", en KYMLICKA, Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 82-85. Resulta interesante consultar las seis características que un grupo debe reunir, en su opinión, para justificar su reclamo de autodeterminación nacional.

mos entender el término *nación* como sinónimo de *cultura* o *pueblo*, entendido como una comunidad intergeneracional, más o menos institucionalmente completa, que ocupa un determinado territorio y comparte una lengua e historia particulares.⁵ Dichas minorías nacionales generalmente forman una sociedad paralela y demandan derechos de autogobierno para ejercer su autoridad política. Una segunda manifestación de un Estado multicultural es la de un *Estado poliétnico*, en el cual los grupos étnicos forman parte del Estado como resultado de la inmigración voluntaria y que, por lo tanto, no se encuentran geográficamente concentrados y no comparten una vida institucional común. Dichos grupos normalmente desean expresar su particularidad étnica dentro de la sociedad dominante, pero no reclaman derechos de autogobierno, siendo que no constituyen una unidad identificable en relación con el Estado como un todo.⁶

De manera similar, Walzer se refiere a pluralismo del "Nuevo Mundo" como la diversidad étnica que se origina en las decisiones voluntarias de individuos o familias de unirse a otra sociedad y, en consecuencia, su deseo es integrarse a la comunidad mayoritaria. En contraste, el pluralismo del "Viejo Mundo" está caracterizado por el hecho de que las culturas minoritarias se encuentran territorialmente concentradas, establecidas en su tierra históricamente original. Tales grupos están incluidos dentro de las fronteras de un Estado más extenso debido a que su madre tierra fue involuntariamente incorporada a éste a través de la conquista, la colonización o la cesión de territorio de un poder imperial a otro y, por lo tanto, comúnmente exigen alguna forma de autogobierno colectivo.⁷

Es de hacerse notar, sin embargo, que hay varios grupos del "Nuevo Mundo" que no son inmigrantes, sino que más bien entran en lo que Walzer llama el patrón del "Viejo Mundo", como es el caso de los pueblos indígenas de Norte, Centro y Sudamérica. La definición de Walzer asimila el pluralismo del "Nuevo Mundo" al que hallamos en Estados Unidos, no en realidad al de la totalidad del "Nuevo Mun-

do". El "Nuevo Mundo" es el continente americano entero, del cual Latinoamérica está habitado por más de 400 millones de personas (una cifra bastante relevante), y no se encuentra sólo poblado por la gente de Estados Unidos y Canadá. Por lo tanto, si se va a bautizar una situación como un fenómeno del "Nuevo Mundo", en un sentido estricto se tendría que atender a la realidad de todo el continente. Precisamente por este mal uso del término, la descripción del pluralismo del "Nuevo Mundo" no es adecuada ni válida, excepto para los casos de Estados Unidos principalmente y el de Canadá parcialmente. Los casos de México, Centro y Sudamérica son relegados como situaciones que no caen dentro del pluralismo del "Nuevo Mundo". Y el hecho es que en varios de estos países efectivamente existe el pluralismo, no deriva fundamentalmente de la inmigración y la variedad étnica presente hoy en día en estas sociedades, así como el tratamiento político de la misma, no se iguala en lo absoluto al de los primeros casos mencionados. Si hubiéramos de seguir a Walzer, al menos la mitad de los países del hemisferio occidental presentarían un pluralismo del tipo del "Viejo Mundo" y muchos menos, como Estados Unidos, Canadá, Uruguay y el Caribe, entrarían en el modelo del "Nuevo Mundo". De ahí que dichas definiciones y categorías no nos parezcan adecuadas.

Sin embargo, con base en lo explicado, resulta primordial mantener en mente que existe una diferencia importante entre la inmigración voluntaria individual y la incorporación forzosa de culturas enteras que no tienen ningún deseo de renunciar a su posición de pueblos separados y autónomos. Los grupos inmigrantes dejaron su tierra de origen y entraron al nuevo Estado en una condición voluntaria y en consecuencia estaban conscientes de la necesidad de integrarse a la sociedad recipiente, así como de aceptar su marco jurídico y sus instituciones políticas. Lo anterior no significa que no sean objeto de injusticias o que no tengan derecho de expresar y conservar su propia cultura como manifestación de su libertad y también como un elemento de su identidad personal, pero sí nos parece pertinente determinar estas diferencias a efecto de analizar cada situación en el contexto de sus propias inferencias éticas y políticas.

En relación con las minorías indígenas, usaremos el término "pueblos indígenas" para cubrir genéricamente a las naciones que descienden de los habitantes originales de un territorio conquistado o

⁵ KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 11-13.

⁶ *Ibid.*, pp. 14-18.

⁷ WALZER, Michael, "Pluralism: a political perspective", en KYMLICKA, Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 142-144.

colonizado y que comparten características étnicas y culturales como una historia y una lengua común, y no el de "pueblos aborígenes" el cual generalmente se emplea sólo con respecto a los pueblos indígenas de Estados Unidos, Canadá y Australia.⁸ Sin embargo, por los temas discutidos en el presente trabajo, el término de pueblos indígenas será utilizado para referirnos a los pueblos indígenas especialmente de Latinoamérica. En consecuencia, de acuerdo con las explicaciones mencionadas, los pueblos indígenas se considerarían dentro de la categoría de "minorías nacionales" o, debido a sus similitudes históricas, dentro del prototipo de pluralismo del "Viejo Mundo". Es posible observar entonces que los pueblos indígenas presentan preguntas distintas de los inmigrantes, así como del resto de los grupos minoritarios dentro de las sociedades. Por ello, dichos aspectos específicos deben atenderse con esta distinción en mente y, derivado de estas diferencias fácticas, señalaremos los principios éticos para enfrentar las situaciones que les conciernen.

II. ALGUNAS POSICIONES TEÓRICAS

1. La posición clásica liberal

Consideramos que la posición clásica liberal que tradicionalmente ha dominado la filosofía política e instituciones occidentales no tomó en cuenta la variedad cultural existente en muchas sociedades y más bien invocó el común, la semejanza y la identidad. Para John Stuart Mill, uno de los pensadores liberales arquetípicos, las simpatías comunes que son la base de la nacionalidad pueden ser la misma raza y descendencia, la comunidad de lengua o religión, o bien, la nacionalidad puede ser determinada por razón de límites geográficos. Sin embargo, desde su punto de vista, la causa más fuerte del "sentimiento"

⁸ ABELE, refiriéndose al caso de Canadá, define los pueblos aborígenes como "las colectividades descendientes de las naciones y pueblos que estaban viviendo en Norteamérica cuando los colonizadores de Europa y otras partes llegaron en grandes números, empezando... hace 400 años. En este periodo... ha existido una gran influencia recíproca y mestizaje, pero algunas naciones y pueblos particulares concientemente aún sobreviven", en ABELE, Francis, "The Importance of Consent: Indigenous Peoples' Politics in Canada", en Bickerton, J. y A. G. Gagnon (editores) *Canadian Politics*, 3a. ed., Toronto, Broadview Press, 1999, p. 444.

de nacionalidad es la identidad de antecedentes políticos, la posesión de una historia nacional y una comunidad de recolecciones, sea de orgullo o de humillación, derivadas de incidentes del pasado. De acuerdo con Mill, si existe este sentimiento de nacionalidad, es correcto que sus miembros se encuentren unidos bajo el mismo gobierno y es justo que dicho gobierno sea decidido por los gobernados. En su visión, las instituciones libres que deben prevalecer en una sociedad así organizada son imposibles en un país con diferentes nacionalidades, dado que no existe la opinión pública unificada necesaria para el funcionamiento del gobierno representativo.⁹

Mill afirma que el principio general es que "es una condición necesaria de las instituciones libres el que las fronteras de los gobiernos coincidan en lo fundamental con aquellas de las nacionalidades".¹⁰ En consecuencia, observamos en el pensador inglés la concepción de nacionalidad e identidad política comunes dentro de un Estado como un requerimiento indispensable para una gobernabilidad sostenida en el mismo. Por tanto, el interés subyacente es el objetivo de obtener una gobernabilidad eficiente a través de la homogeneidad.

Por consiguiente, la apreciación de Mill de la nacionalidad es como un sentimiento común compartido por un grupo de personas que puede ser expresado a través de la elección del gobierno que debe regirlo. Como consecuencia, le adscribe a la nacionalidad un elevado significado político, conectándolo directamente con el funcionamiento del gobierno representativo democrático. En este sentido, la existencia de diferentes "nacionalidades" o "naciones" dentro de las mismas fronteras es un elemento de inestabilidad política. A través de tales ideas, vemos reflejado el ideal decimonónico de un Estado-nación homogéneo y una ciudadanía democrática liberal. De acuerdo con esta percepción de la comunidad política, el único requerimiento de la justicia sería que si un grupo de personas constituye una nación, debería estar legitimado para ser regido por el mismo gobierno que libremente elija.

Por lo tanto, puede observarse que las principales corrientes de la tradición liberal no contemplaron la pluralidad étnica o cultural como

⁹ MILL, John Stuart, *Considerations of Representative Government*, Londres, J. M. Dent, 1872, pp. 295-300.

¹⁰ *Ibid.*, p. 299.

parte de sus concepciones acerca de los seres humanos, sus relaciones sociales, las formas apropiadas de organización política y las obligaciones recíprocas del poder individual y político. Como lo describe Gray,

El Estado-nación soberano es la gran presuposición inexaminada del pensamiento liberal. Es cierto que algunos liberales [lo] han rechazado... Pero han sido la minoría y su crítica del Estado-nación estaba viciada por su creencia equivocada de que la lealtad política podía descansar solamente en fidelidad a principios... La institución del Estado-nación es tácitamente asumida por los ideales liberales de ciudadanía...¹¹

Esta imagen unitaria liberal del Estado-nación presenta como consecuencia la implementación de políticas asimilacionistas respecto de los grupos étnicos y culturales que no son parte de la sociedad mayoritaria. Connolly ha argumentado que dicha imagen no toma en cuenta las fuerzas políticas de pluralización que pudieran poner a prueba críticamente la idea misma de la unidad, de modo que las diversidades e híbridos subterráneos ya circulando a través del Estado pudieran ser considerados para inspirar otra imagen distinta de Estado democrático. En consecuencia, esta concepción no puede explicar la manera en que algunos territorios son capaces de negociar la diversidad multidimensional mientras que otros no lo son. Según Connolly, dicho pluralismo multidimensional comprende primero una pluralidad de dimensiones (en la cual se incluyen varias etnicidades) y en segundo lugar, una diversidad considerable dentro de cada dimensión.¹² De acuerdo con él, en estas situaciones, cuando una pluralidad tal ya existe en un territorio políticamente organizado, la idea de democracia nacional de Mill tendría que transformarse ya sea en una democracia basada en la negociación de un *ethos* de compromiso entre las varias partes, o degenerar en una supresión mayoritaria de las minorías a efecto de actualizar la idea liberal de lo que la nación es o debe ser.¹³

¹¹ GRAY, John, *Two Faces of Liberalism*, Londres, Polity Press, 2000, p. 123.

¹² CONNOLLY, William, "The Liberal Image of the Nation", en Ivison, D., P. Patton y W. Sanders (editores) *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 190-191.

¹³ *Ibid.*, p. 191.

2. El multiculturalismo

En cuanto a posiciones más pluralistas respecto de instituciones políticas y derechos de grupos específicos dentro del Estado, Young establece un pluralismo que toma la forma de reconocer las diferencias grupales dentro del Estado y la necesidad de protección especial y representación de grupos oprimidos con el fin de darles a dichos grupos una voz política.¹⁴ El enfoque que le da Young a la justicia no es principalmente como distribución equitativa; ella entiende la justicia más bien como el establecimiento de "condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales y la comunicación y cooperación colectivas".¹⁵ De acuerdo con Young, el otorgarles a los grupos representación específica asegura una democracia efectiva.¹⁶

En este sentido, si se presenta el caso de grupos indígenas que han sido oprimidos tanto históricamente como en la actualidad, y que no han tenido la posibilidad de participar en el proceso político, debido a factores relacionados con su condición de personas indígenas y a través de diferentes formas de exclusión social (empezando por la limitación más básica de no hablar la lengua de la mayoría), entonces nos parece que la participación de dichas personas en las instituciones políticas dominadas por el grupo mayoritario ampliaría su autodeterminación en relación con las decisiones en asuntos que les afectan. Por lo tanto, esto contribuiría a alcanzar resoluciones auténticamente democráticas que también serían válidas en términos de justicia entendida en el sentido que sugiere Young. Sin embargo, este autor se concentra más en grupos en desventaja y grupos minoritarios en general¹⁷ y no en reclamos de justicia específicamente en lo que toca a pueblos indígenas, por lo cual nos enfocaremos en los argumentos multiculturalistas que discuten derechos especiales para estos grupos en particular.

La exigencia de discutir sobre la protección de las culturas de grupos específicos surge debido a que la consecuencia de la posición

¹⁴ *Op. cit.*, p. 197.

¹⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁶ *Ibid.*, p. 184.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 190-192.

liberal clásica que ya hemos mencionado, es considerar que cuando los derechos humanos individuales son protegidos, no habría necesidad de atribuir derechos especiales a miembros de minorías étnicas o nacionales. Por consiguiente, la cultura como un bien especial no requeriría protección en el sentido de que la libertad individual garantizada por un sistema liberal ya le permite a la persona, o a la asociación de personas libres —el grupo— llevar a cabo los actos que consideren relevantes para conservar sus diferencias culturales dentro del grupo mayor de la sociedad, siempre y cuando no afecten los derechos individuales de otra persona.

Sin embargo, Kymlicka, basado en parte en las concepciones de John Rawls sobre la justicia y la libertad individual, ha sugerido que si revisamos la posición liberal y tomamos en cuenta sus premisas originales, la necesidad de protección específica de la cultura de los grupos minoritarios en cuestión es defendible aun desde una orientación liberal. Es posible trazar una conexión entre la cultura y la libertad individual, haciendo notar el hecho de que la última implica elegir entre opciones, y las culturas societarias (entendidas como grupos institucionalmente completos con una historia y lengua común) les proporcionan a sus miembros formas de vida significativas respecto del gran abanico de las actividades humanas, tanto en la esfera pública como en la privada. Por eso es que, según Kymlicka, el asegurar el acceso a la cultura societaria es una exigencia de los principios de justicia (y no sólo una forma de garantizar la democracia efectiva y la auténtica representación política).¹⁸

En consecuencia, la cultura merece ser protegida como uno de los medios que provee a los individuos como seres sociales las posibilidades y oportunidades que les permiten desarrollar en libertad la plenitud de sus capacidades, talentos y potenciales, así como darles significado y parámetros a sus decisiones individuales relacionadas con bienes materiales e inmateriales. Con esta defensa, la probabilidad de que las personas se vean forzadas por la cultura mayoritaria o el grupo poderoso a elegir ciertas opciones meramente por razones funcionales, presiones económicas o políticas, obstáculos sociales, o discriminación, decrece de manera importante y se crea un espacio más amplio para decisiones auténticamente libres.

¹⁸ KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 75-76.

Para Charles Taylor, el “llamado a la diferencia” de grupos culturales particulares es a final de cuentas una cuestión de dignidad e identidad personal, debido a que dichos grupos no están dispuestos a admitir la imputación de inferioridad vertida contra ellos por la sociedad modernizadora liberal. Por lo tanto, muchos de estos grupos desean permanecer distintos y ser reconocidos como tal por los otros. En este sentido, los derechos culturales también estarían justificados en términos de ser un medio para alcanzar el respeto propio a través de la pertenencia nacional o cultural.¹⁹

En respuesta a la pregunta de qué derechos deben ser otorgados a los grupos minoritarios, nos parece coherente argumentar, como Kymlicka, que los derechos poliétnicos, a saber, ayuda financiera y protección jurídica para ciertas prácticas asociadas con grupos étnicos específicos, así como los derechos especiales de representación, como son el contar con asientos garantizados para ciertos grupos dentro de las instituciones centrales del Estado, pueden ser considerados tanto en favor de las minorías nacionales como de los grupos poliétnicos. En cambio, los derechos de autogobierno, como la delegación de ciertos poderes o facultades al grupo, normalmente a través de alguna forma de federalismo, sólo deben ser establecidos en favor de las minorías nacionales, en razón de ser ésta la solución justa a sus reclamos y debido también a que por su localización en un determinado territorio y sus instituciones comunes, son el único tipo de grupos que en la práctica pueden implementar el autogobierno y la autonomía política.²⁰

Sin embargo, se ha alegado que el Estado debe responder con “negligencia benigna” a las diferencias étnicas y culturales, las cuales pueden ser expresadas privadamente y no necesitan intervención es-

¹⁹ TAYLOR, Charles, “Nationalism and Modernity”, en McKim, R. y J. McMahan (editores), *The Morality of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 43-53.

²⁰ KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 126-130. Sin embargo, cabe mencionar que KYMLICKA se refiere de manera más importante (pp. 29-30) a los pueblos indígenas de Norteamérica, pero después sólo menciona a los grupos en Estados Unidos y Canadá y omite tratar el punto de los grupos en México. Por lo tanto, algunas de sus afirmaciones en relación con estas minorías son generalizaciones y no toman en cuenta la realidad de dichos grupos. Asimismo, cuando el autor finaliza su libro (p. 195) con una referencia a las “democracias emergentes” de Europa del Este, Asia y África, no considera en lo absoluto a Latinoamérica, siendo que varios países latinoamericanos caen en esta categoría y que constituyen además una importante fuente de estudio en relación con los pueblos indígenas.

tatal. De acuerdo con Nathan Glazer, la igualdad verdadera requiere derechos iguales para cada individuo independientemente de raza o etnicidad. A través de enfatizar los derechos individuales, "la afiliación de grupo y la diferencia...se convierten en una cuestión de indiferencia para el Estado"; los derechos individuales ya permiten el acomodo de las diferencias y al Estado sólo le interesa asegurar que "la afiliación no afecte el destino de los individuos".²¹

No obstante lo anterior, se ha alegado que la neutralidad del gobierno ante las expresiones culturales es falsa, así como sociológica y políticamente imposible, en el sentido de que los gobernantes siempre e inevitablemente se enfrentarán con la necesidad de tomar decisiones relativas a ciertos aspectos de la vida cultural, como el idioma oficial en las escuelas, los tribunales y las oficinas públicas, las vacaciones oficiales, el contenido de los programas culturales, etc., y por lo tanto, no pueden ser enteramente imparciales al llevar a efecto las políticas públicas en relación con estos temas.²² En nuestro punto de vista, éste es uno de los argumentos más fuertes en favor del otorgamiento de derechos especiales a grupos culturales, dado que la posición del Estado de "negligencia benigna" respecto de los grupos presentes en la sociedad es incoherente, ya que no existe un Estado que pueda adoptar sus decisiones desde "ninguna parte". Necesariamente debe estar colocado en "alguna parte", en consecuencia, resulta deseable que existan una serie de principios que tomen en cuenta la identidad cultural y que guíen las políticas públicas en este respecto. Sin ellos, el riesgo es que las decisiones simplemente se basen, sea en las presuposiciones y preferencias realizadas o heredadas por el grupo dominante (y materializadas en la ficción legal de una cultura homogénea), o bien, en las exigencias pragmáticas del problema particular de que se trate.

Nos parece que la posición de Kymlicka es válida hasta cierto punto en cuanto a que es verdad que la posibilidad de desarrollar la libertad de elección imperiosamente se encuentra enraizada en una cultura determinada, la cual, en este sentido, merece oportunidades iguales de florecer. Asimismo, pensamos que el razonamiento de

²¹ GLAZER, Nathan, "Individual Rights against Group Rights", en KYMLICKA, Will (ed.), *op. cit.*, p. 137.

²² KYMLICKA, *op. cit.*, p. 108.

mayor peso para defender la protección jurídica y política de una cultura societaria es si sus miembros sufren desventajas y desigualdades por su pertenencia a ella. Sin embargo, cabe hacer notar que el hecho de que esta nueva forma revisada de liberalismo reconozca que existen otras formas de vida diferentes de la liberal que son dignas de protección, implica que el liberalismo no es el producto de un entendimiento universal al cual eventualmente todos llegaremos como una expresión de nuestra racionalidad humana. Existen otras formas de vida igualmente valiosas que no necesariamente promueven la autonomía individual como su valor supremo, como veremos más adelante, las cuales también son defendibles, siempre y cuando respeten los parámetros mínimos para permitir la vida y el desarrollo humanos en el sentido más amplio. Hay que señalar que estas ideas podrían ser bienvenidas por los defensores del pluralismo que perciben la variedad de la vida humana no sólo como una fuente de enriquecimiento, sino también como una manifestación inevitable del hecho de ser seres humanos y del fenómeno de las comunidades humanas.

3. El liberalismo igualitario

Una de las críticas más implacables en contra del multiculturalismo es la esbozada por Brian Barry en su más reciente obra. En defensa del liberalismo igualitario, de acuerdo con el cual las minorías culturales son libres de asociarse y de perseguir sus fines dentro de las fronteras de un marco jurídico común que establece el trato igualitario, Barry realza varios riesgos del multiculturalismo entendido como un programa político y arguye que "las políticas multiculturalistas no son simplemente una adaptación pasiva a un hecho ineludible de diversidad cultural. Más bien, el multiculturalismo de hecho crea una realidad a la cual entonces, en un proceso circular de reenforcement, se apela como una justificación de una extensión aún mayor de las políticas multiculturalistas".²³ A pesar de que estos riesgos indudablemente están presentes, especialmente en el caso del financiamiento público de grupos culturales, y de que existen otras opciones frente a la realidad social de la variedad étnica y cultural, la adap-

²³ BARRY, Brian, *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Polity Press, 2001, p. 315.

tación de las decisiones públicas a tal diversidad a través de medidas multiculturalistas pudiera ser lo que la justicia requiere cuando la igualdad legal no sea suficiente para satisfacer las necesidades básicas de dichos grupos.

Estas ideas se basan en parte en la crítica que realiza Barry a la concepción cultural de la etnicidad de pensadores como Kymlicka, por ejemplo. Barry concluye que "los grupos pueden sufrir de privaciones materiales, falta de oportunidades iguales y discriminación directa, y no existe razón alguna para suponer que estas desventajas proceden de su posesión de una cultura particular, aun cuando la tengan (lo cual en algunos casos no será así)".²⁴ Sin embargo, no vemos por qué "no existe razón alguna" para pensar que estas desventajas derivan de su pertenencia a una cultura particular. Quizá no exista *necesariamente* una razón para que estos dos hechos estén relacionados, pero el negar la posibilidad de esta conexión desestima la situación, por ejemplo, de miembros de los pueblos indígenas en México que son discriminados y a quienes se les anulan oportunidades iguales por parte de la población mayoritaria de los mestizos precisamente porque son indios, tanto en el entendido de su grupo étnico en términos de descendencia, pero más importantemente, también en el sentido cultural del término, el cual Barry ataca. Lourdes Arizpe explica que "la cuestión crucial en términos de indígenas, pobreza y políticas de desarrollo es... la pregunta: los indios son pobres porque son indios o son indios porque son pobres?... La discriminación era un proceso muy real por el cual un aspecto étnico o cultural podía ser usado por los mestizos para competir por las oportunidades de agricultura y empleos escasos".²⁵

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ ARIZPE, Lourdes, *Los zapatistas: culture and freedom of choice*, documento presentado en la conferencia de la sesión "The Zapatista Movement: Nationalism, Ethnicity and Human Rights in a Global Era", 2001, Segunda Semana de México en LSE, London School of Economics and Political Science, Londres, 28 de febrero de 2001, pp. 7-9. ARIZPE basa sus conclusiones en los resultados del *XI Censo General de Población y Vivienda: 1990*, del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática y en las derivaciones de una de sus investigaciones precedentes en relación con este tema, "Nahua Domestic Groups: the Developmental Cycle of Nahua Domestic Groups in Central Mexico", en *Kung*, Revista de la Sociedad de Antropología de LSE, Londres, 1974, London School of Economics and Political Science.

Este ejemplo ilustra cómo la asociación cultural con la etnicidad sí es posible y puede tener una relación con la situación socioeconómica de los miembros de un grupo determinado dentro de la sociedad dominante. Nos parece que el liberalismo igualitario definitivamente nos hace estar conscientes de los peligros de "culturizar" a todos los grupos, lo cual nos puede llevar equivocadamente a concluir que todas y cada una de las desventajas derivan del no-reconocimiento de la cultura de un grupo y no de otras causas como características puramente étnicas, como el color de la piel o la apariencia física, que son independientes de las prácticas culturales, como es el caso de los negros en Estados Unidos que Barry²⁶ analiza.

Sin embargo, también pensamos que el descartar la posibilidad de una relación entre la identidad cultural y la pobreza, entre otros problemas, es negar el hecho de que estas realidades sí se presentan en escenarios y sociedades diferentes de los examinados. Con esta postura, se impide también el reconocimiento de que las instituciones liberales y el marco jurídico de la igualdad formal han sido en muchos casos insuficientes para facilitar el abastecimiento de los bienes materiales básicos a muchos miembros de la sociedad, ya que cierran sus ojos a los problemas políticos y sociales que se basan en líneas étnicas y sus correspondientes distinciones culturales. Es cierto que éstas no son los únicos fundamentos de la situación y que los factores de corrupción, crisis económica y disipación social también están involucrados. Pero es igualmente cierto que una de las causas del problema de la pobreza extrema y de la carencia de oportunidades es, en algunos casos, la discriminación contra un grupo étnico-cultural y el etnocentrismo del grupo mayoritario, el cual les otorga a sus miembros ventajas injustas sobre el resto.

Contrariamente, la postura cosmopolitana de Waldron afirma que al otorgarle a grupos específicos ciertos privilegios se hace necesario identificarlos, y al hacerlo, existe el riesgo de congelarlos artificialmente y no dejarlos seguir su propia dinámica de adaptación, así como su ritmo normal de interacción con el resto de la sociedad.²⁷ En nuestra opinión, la posición correcta es defender la li-

²⁶ BARRY, *op. cit.*, pp. 306-308.

²⁷ WALDRON, Jeremy, "The Cosmopolitan Alternative", en KYMLICKA, Will (editor), *op. cit.*, 1995, pp. 109-110.

bertad de elección de cada persona de permanecer dentro de su cultura societaria o de cambiar o adaptarse, de acuerdo con las presiones e intercambios culturales de la sociedad y el mundo en que vive. Sin embargo, existen casos en los cuales este respeto a la libertad de decidir no está facilitado sólo a través de la igualdad jurídica y los medios instrumentales, debido a que los miembros de cierto grupo, en este caso los pueblos indígenas, se encuentran en una situación de discriminación. En estas circunstancias, y aunque estamos conscientes de las dificultades implicadas, pensamos que la justicia requiere otros elementos, tales como los derechos diferenciados y la autonomía financiera y política, para hacer estas elecciones verdaderamente posibles y viables para los miembros de dichas comunidades.

En nuestra percepción, la igualdad esencial de todos los seres humanos puede afirmarse desde una perspectiva filosófica y también debe dársele reconocimiento político y protección jurídica. No obstante lo anterior, los derechos individuales liberales no son suficientes y pueden resultar inaplicables, porque en primer lugar, los desfavorecidos social y económicamente quizá ni siquiera tengan acceso al ejercicio de sus derechos jurídicos formales dentro de su realidad particular. En segundo lugar, aun si los implementan, la estructura es tal que probablemente no salgan de la desigualdad en la que viven, debido a que la distribución de los recursos y la organización política está construida en una manera en que los grupos privilegiados permanecen en su posición y la lógica interna del sistema contribuye a preservar el *status quo*.²⁸

Las culturas minoritarias pueden ser vulnerables ante las decisiones de la mayoría y algunos grupos pueden quedar en desventaja en el "mercado cultural", independientemente de las decisiones personales y elecciones de sus miembros. Esta es una desigualdad seria que puede convertirse en una injusticia grave. Nos parece que los derechos diferenciados de grupo tales como la autonomía territorial, los derechos en cuanto a la lengua y los derechos sobre la tierra, pudieran ayudar a aliviar dichas desventajas. En este sentido, pensamos que es un principio correcto el decir, como lo hace Kymlicka, que debemos "solamente establecer derechos especiales en favor de...las minorías si verdaderamente hay una desventaja con respecto

²⁸ En relación con opresión estructural o institucional, véase YOUNG, *op. cit.*, pp. 39-65.

a la pertenencia cultural y si los derechos de hecho sirven para rectificar la desventaja". En estos casos, "la igualdad verdadera requiere no el trato idéntico, sino más bien el trato diferenciado a efecto de acomodar necesidades diferenciadas".²⁹ Si los derechos diferenciados pueden contribuir a la justicia, consideramos que no importa si existen desigualdades jurídicas formales, así como derechos y obligaciones específicos de ciertos grupos dentro de la sociedad (que es de hecho lo que ya sucede en muchos sistemas jurídicos, entre ellos el mexicano, en relación con otro tipo de grupos en desventaja como la clase trabajadora), dado que dichas medidas podrían posiblemente evitar otras desigualdades económicas, sociales y políticas más críticas aún.

En relación con la autodeterminación, como buen defensor del individualismo, Barry sostiene la idea de que cualquier forma de asociación debe remitirse al examen de los intereses humanos. Por lo tanto, de acuerdo con las presuposiciones individualistas, la etnicidad entendida como un grupo definido por descendencia, no puede por sí sola ser una base para la asociación política dentro del Estado, ya que "no existe una conexión necesaria entre descendencia, la cual es una cuestión biológica, e interés, el cual es una cuestión de satisfacción de necesidades y propósitos humanos".³⁰ Desde este punto de vista, la realidad material de formar parte de cierto grupo étnico no llevaría en sí misma al deber normativo de otorgarle derechos especiales, como el de autogobierno, sólo porque constituye una unidad específica, que además es involuntaria.

Según Barry, a efecto de facilitar la gobernabilidad eficiente, las unidades políticas deben ser tan culturalmente homogéneas como sea posible y, como Mill, él considera que la manera congruente de proceder, siguiendo premisas individualistas, es definir las fronteras del Estado de acuerdo con la nacionalidad.³¹ Sin embargo, Gray explica cómo

por los últimos doscientos años el proyecto liberal ha sido perseguido en la mayoría de los países a través de una empresa de construcción de naciones. Los liberales clásicos del siglo diecinueve usaron el poder del Estado mo-

²⁹ KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 109-110, 113.

³⁰ BARRY, *op. cit.*, pp. 168-169. Cita de p. 169.

³¹ *Ibid.*, pp. 175, 177.

dero para debilitar o destruir las comunidades locales y las lealtades regionales. Al hacerlo ayudaron a crear al individuo autónomo. A medida que las sociedades modernas tardías se han vuelto más plurales, ni las culturas nacionales cohesivas ni el individuo autónomo que éstas posibilitaron pueden ya tomarse como dadas.³²

En consecuencia, podemos observar por qué la posición individualista liberal es insuficiente para resolver con justicia los reclamos de los grupos minoritarios, especialmente en el caso de sociedades tradicionales que no comparten los valores liberales y las formas de vida de la sociedad mayoritaria, como en el caso de los pueblos indígenas. Es necesario entonces dirigirnos al entendimiento de la diversidad cultural desde las perspectivas pluralistas.

4. El pluralismo

Con base en lo que ya se ha explicado, aunque no exista un consenso unánime, sí es posible observar que algunas de las respuestas multiculturalistas a la diversidad cultural descansan en una reinterpretación de la tradición liberal, sin sacrificar sus valores centrales de autonomía individual y libertad de elección. A pesar de ello y aunque algunos multiculturalistas son liberales, existen otras posturas pluralistas que también cuestionan el liberalismo monista y se alejan del liberalismo en cuanto a sus pretensiones universales a efecto de adoptarlo como uno de varios modos de vida posibles a través de los cuales se pueden alcanzar bienes valiosos para los seres humanos.

A este respecto, el argumento en favor de los derechos indígenas como una cuestión de justicia, solamente resalta la importancia de la posición filosófica más general que puede desprenderse de él: la del pluralismo de valores (*value pluralism*), que Gray explica como la teoría ética de que existen muchos valores inconmensurables y formas en que los seres humanos pueden florecer y, por ello, existen formas de vida valiosas diferentes e incompatibles.³³ En otras palabras, como ya se ha discutido aquí, es necesario aceptar el pluralismo cultural y político como una realidad histórica y social que implica

³² GRAY, *op. cit.*, p. 123.

³³ *Ibid.*, p. 99.

consecuencias ético-normativas en las decisiones políticas. Asimismo, conlleva una aceptación más profunda del pluralismo como la variedad de metas y fines humanos, así como de concepciones del bien que son distintas y no necesariamente empalmables.

De manera similar, Bhikhu Parekh ha argumentado que los liberales necesitan “elevarse a un nivel más alto de abstracción de lo que han hecho hasta ahora y distinguir entre un mínimo moral universal y uno liberal, insistiendo en el primero en todas las circunstancias y en el segundo cuando no viole el mínimo universal y pueda demostrarse que sea central al carácter cultural históricamente heredado de una sociedad liberal”.³⁴

Desde su punto de vista, ninguna de las teorías políticas actuales son suficientes para comprender plenamente y explicar la diversidad y la interacción cultural, así como la manera en que deben ser tratadas dentro de cada comunidad política. Por lo tanto, Parekh sugiere que

no existe un único principio en términos del cual las prácticas en disputa puedan ser evaluadas. Comenzamos con... los valores públicos operativos de la sociedad que proporcionan el contexto y el punto de orientación de todas las discusiones del tema. Dichos valores, sin embargo, no son sacrosantos y no-negociables y pueden ellos mismos ser cuestionados. El diálogo resultante, en el cual valores diferentes son traídos a un juego recíproco creativo y son balanceados y medidos, produce un consenso inherentemente tentativo que nos ayuda a decidir una respuesta generalmente aceptable acerca de las prácticas disputadas.³⁵

Por ello, él propone la teoría de la evaluación intercultural. Según Parekh, el multiculturalismo se entiende como una perspectiva de la vida humana, la cual involucra tres introspecciones fundamentales, a saber, que los seres humanos están culturalmente enraizados en el sentido de que crecen en un mundo culturalmente estructurado y aunque no están totalmente determinados por su cultura, sí se encuentran definitivamente formados por ella. En segundo lugar, las culturas particulares representan diferentes sistemas de significado y percepciones de la vida buena. Porque cada una encarna un rango

³⁴ PAREKH, Bhikhu, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. Londres, MacMillan, 2000, p. 111.

³⁵ *Ibid.*, p. 267. Las cursivas son nuestras.

limitado de las capacidades humanas y capta sólo una parte de la totalidad de la existencia humana, necesita de otras para entenderse mejor a sí misma. De ahí que ninguna cultura carezca enteramente de valor y que el diálogo entre culturas sea mutuamente benéfico. El diálogo satisface sus fines sólo si los participantes gozan una amplia igualdad de autoestima, poder económico y político y acceso a los espacios públicos. El tercer punto es que casi todas las culturas son internamente plurales y representan una conversación continua entre sus diferentes tradiciones y corrientes de pensamiento.³⁶

Por consiguiente, nos parece que estas reflexiones del enraizamiento cultural de los seres humanos, la inescapabilidad y deseabilidad de la diversidad cultural y el diálogo intercultural, y la pluralidad interna de cada cultura, proporcionan una base adecuada para entender y defender la necesidad de una estructura jurídica e institucional que facilite el acceso equitativo, en este caso, de los pueblos indígenas, al espacio público en el que haya de desarrollarse el diálogo ético y político. La perspectiva multicultural implica el juego entre dichas concepciones debido a que reconoce con razón, en nuestra opinión, que "ninguna doctrina política o ideología puede representar la verdad completa de la vida humana".³⁷

Como Connolly ha sostenido también, una posible solución para dismantelar la imagen monista de la nación es "establecer un pluralismo multidimensional en el cual el intento de cualquier grupo específico de alegar que personifica en sí mismo los valores esenciales de la nación, sea rechazado por sus múltiples grupos constituyentes que se reúnan para resistir la descabellada soberbia de tal afirmación".³⁸ Después propone reemplazar el centro autoritario de la imagen liberal de la nación con un *ethos* de compromiso que sea alcanzado a través de la negociación entre las distintas partes y diversas concepciones del bien que constituyen una comunidad plural. La cultura pública del Estado territorial mismo se vuelve pluralizada. En su opinión, sólo un espacio como éste, otorgado por el concepto de un pluralismo multidimensional, podrá tanto permitir la existencia de una densa cultura compartida como al mismo tiempo alcanzar

³⁶ *Ibid.*, pp. 336-338.

³⁷ *Ibid.*, p. 338.

³⁸ CONNOLLY, *op. cit.*, p. 192.

acuerdos entre y más allá de los grupos que conforman la comunidad.³⁹ Igualmente, una visión así releva a los constituyentes minoritarios de conformar sus convenios con un ideal imposible de la nación. Más importante, puede dar paso de una manera mucho más satisfactoria que la nación unitaria, a la posibilidad de la coexistencia pacífica entre constituyentes interdependientes, la cual es una necesidad política urgente en el mundo contemporáneo.

III. IMPLICACIONES EN POLÍTICAS PÚBLICAS

Una vez que hemos concluido que el caso de los derechos indígenas revela cuestiones de justicia que son importantes para la teoría política y que no son reducibles meramente a los reclamos de los miembros individuales de cada comunidad, el paso siguiente es contemplar cómo concretizarlos en un determinado marco constitucional y legal de una comunidad política específica.

En relación con la regulación de conflictos étnicos y la acción política, existen diferentes estrategias que han sido propuestas y/o llevadas a cabo para manejar los diversos tipos de problemas que pueden emanar de la diversidad cultural.⁴⁰ Aunque estamos conscientes de los distintos métodos, nos enfocaremos en la autonomía otorgada a los grupos étnicos a través del arreglo territorial del federalismo, porque nos parece una base más apropiada para acomodar las diferencias étnicas y culturales de los pueblos indígenas.

1. Autonomía y federalismo

Un régimen federal, según lo define Coakley, es aquél en el que la soberanía se comparte a través de una división de poderes y una distribución de competencias y jurisdicciones entre por lo menos dos niveles de gobierno (federal y provincial), los cuales se encuentran

³⁹ *Ibid.*, pp. 194-195.

⁴⁰ Para un recuento de otras medidas (aparte de la federalización) que buscan manejar las diferencias étnicas, tales como el control hegemónico, el arbitraje y el consocietarismo, véase MCGARRY, John y O'LEARY, Brendan (editores), *The politics of ethnic conflict regulation*, Londres, Routledge, 1993, pp. 23-37.

formalmente establecidos en la Constitución.⁴¹ Como explica Coakley, las peticiones de los grupos étnicos en cuanto a su relación con el Estado pueden distinguirse en varios niveles y etapas: igualdad de ciudadanía, derechos culturales, reconocimiento político institucional y demanda de secesión. En algunas ocasiones, el federalismo se ha empleado como estrategia territorial para enfrentar los tres primeros tipos de peticiones por vía de establecer la autonomía, entendida como autonormatividad, en favor de grupos étnicamente homogéneos que están concentrados en una cierta zona geográfica.⁴² En este sentido, es posible observar que el reclamo de autonomía puede ser visto por sus líderes simplemente como una manera en la cual las personas de cierta región pueden ganar poder político, independencia financiera y aceptación de sus diferencias culturales, todo esto dentro de las fronteras existentes y la unidad política del Estado.

Sin embargo, de las diferentes formas de derechos de grupo que se han mencionado, el de autogobierno presenta preguntas importantes en relación con la función integrativa de la ciudadanía, entendida como pertenencia a la comunidad política. De entrada, parecería peligroso otorgar tales derechos a las minorías nacionales porque implica tratarlas como pueblos particulares con un territorio separado, sus propios derechos lingüísticos e históricos, así como facultades de gobierno, es decir, comunidades políticas independientes. El riesgo más relevante de conceder autonomía limitada a los pueblos indígenas como minorías nacionales es la posibilidad de que ello pueda constituir el punto de inicio para las demandas de un Estado independiente y para movimientos secesionistas por parte de sus líderes. En consecuencia, tal parecería que los países multinacionales democráticos son inherentemente inestables.

Pero cabe señalar que es debatible que la identidad nacional o la ciudadanía común estén formadas por sólo una serie de valores históricos y culturales, instituciones políticas y jurídicas y objetivos socialmente compartidos. En muchos países y en la mayoría de las comunidades políticas, especialmente en la actualidad con las comunicaciones globalizadas y el intercambio económico y cultural

⁴¹ COAKLEY, John, *The Territorial Management of Ethnic Conflict*, Londres, Frank Cass., 1993, p. 15.

⁴² *Ibid.*, pp. 4-9.

masivo, tanto la identidad individual como colectiva se encuentra constituida por formas de vida y principios éticos plurales. No obstante lo anterior, si concebimos la nacionalidad, como David Miller argumenta,⁴³ como un medio para crear la confianza y el entendimiento comunes necesarios para la ciudadanía democrática liberal y como una de las fuentes de obligaciones basada en una fuerte identificación ética entre las personas, tendríamos que concluir que esta identidad común debe ser fomentada a nivel nacional y que no admitiría culturas subnacionales.

A pesar de ello, si hemos de aceptar los derechos especiales como una cuestión de justicia, esto no significa, o al menos no imperiosamente, que la nacionalidad peligrará, en el sentido de que existen ciertos valores compartidos y percepciones que sí crean una identidad nacional común, pero al mismo tiempo, existen otros elementos que diferencian a los grupos culturales, sea institucionalmente, como en el caso de las minorías nacionales, o por prácticas culturales, como en el caso de los grupos étnicos. En cualquier caso, la libertad de moverse dentro de la cultura societaria de cada persona debe ser promovida y garantizada como una cuestión de justicia, sin destruir tampoco la estimulación y la protección de vínculos comunes de identificación entre todos los miembros de la comunidad política más amplia.

Debe señalarse también, sin embargo, que es cierto que la demanda del derecho de autonomía puede en ocasiones involucrar resentimiento hacia el grupo mayoritario por actitudes y políticas discriminatorias, la negación de iguales oportunidades económicas, o la existencia de una estructura que no representa efectivamente al grupo minoritario en el proceso de toma de decisiones del Estado. Por ello, el federalismo no es una estrategia gubernamental exitosa para regular los conflictos étnicos si estamos en presencia de una sociedad profundamente dividida y, como afirma Nordlinger,⁴⁴ en el caso de divisiones territoriales claras, tal parece que el otorgamiento de autonomía parcial en ocasiones concede fuerzas adicionales para la demanda de una autonomía mayor y en el caso de

⁴³ MILLER, David, *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 184-185.

⁴⁴ NORDLINGER, Erik, "Conflict Regulation in Divided Societies", en *Occasional Papers in International Affairs*, núm. 29, enero de 1972, Harvard University, p. 32.

grupos de conflicto centralmente situados u orientados, dichas demandas pueden llevar a la secesión.⁴⁵

No obstante que estos riesgos no pueden ser descartados, consideramos que a pesar de que el federalismo no es estrictamente un proceso de regulación de conflicto en sí mismo, sino más bien un "resultado" o una "institucionalización" de otras prácticas de regulación de conflicto, sí se ha mostrado en ciertas situaciones como una manera viable y útil de estructurar y acomodar varias de estas prácticas y relaciones, como en el caso de Suiza, por ejemplo.⁴⁶

Como argumento más importante, el ignorar las minorías nacionales y negarles los derechos de autonomía podría producir un abandono peor de sus necesidades y demandas posiblemente legítimas. Por ello, aunque Kymlicka ha aceptado que "el otorgar derechos de autogobierno parecería estimular un proyecto nacionalista cuyo punto final es la independencia", también señala que "negar el autogobierno parecería estimular la alienación y el aislamiento".⁴⁷ Con este panorama, las perspectivas en favor de los Estados multinacionales estables no parecen altamente convincentes. Sin embargo, Kymlicka hace notar cómo muchas federaciones multinacionales democráticas sí han sobrevivido y se han desarrollado como en los casos de Canadá, Suiza y Bélgica.⁴⁸

Estamos de acuerdo en reconocer que no existe una fórmula absoluta y mágica adaptable a todos y cada uno de los países, máxime si

⁴⁵ De acuerdo con su análisis, las mejores prácticas de regulación de conflicto son una coalición gobernante estable entre partidos políticos, el principio de proporcionalidad, el veto recíproco, la despolitización intencional, los compromisos y las concesiones, pp. 21-29. En su estudio, podemos encontrar experiencias negativas de federalismo en algunos países africanos como Nigeria y Etiopía, p. 32.

⁴⁶ NORDLINGER, *op. cit.*, p. 31. Aun cuando NORDLINGER ve al federalismo como un sistema peligroso y sólo como un resultado y no como una práctica auténtica, él mismo admite que en el caso de Suiza, un de los más exitosos ejemplos históricos de una experiencia federalista pacífica, "las concesiones a los cantones minoritarios católicos [son expresados a través de] arreglos federales extensivos". En consecuencia, Suiza (aunque formalmente una confederación) es una federación que ha sido capaz de manejar *de iure* y *de facto* la coexistencia de 26 cantones y mitad-cantones, de los cuales 19 son de habla alemana, seis de habla francesa y uno predominantemente de habla italiana. Véase COAKLEY, *op. cit.*, p. 16 y DUCHACEK, I. D., *The Territorial Dimension of Politics*, Latham, University Press of America, 1987, pp. 307-309.

⁴⁷ KYMLICKA, Will, "Citizenship and Identity in Canada", en Bickerton, J. y A. G. Gagnon (editores), *Canadian Politics*, 3a. ed., Toronto, Broadview Press, 1999, p. 35.

⁴⁸ *Ibidem*.

los derechos culturales no son los únicos que están en juego, sino si también existen profundos problemas económicos, sociales y políticos a un nivel más general. Pero las federaciones multinacionales al menos conceden la oportunidad de resolver los inevitables conflictos que tarde o temprano surgirán en cualquier sociedad humana, de manera democrática y pacífica sin facilitar la pérdida de valiosos elementos culturales que perecen sin la protección de fuerzas más vigorosas. Por tanto, para Kymlicka,⁴⁹ un Estado multinacional estable que reconoce derechos de autogobierno a las minorías nacionales y simultáneamente promueve una ciudadanía común, no es ni una contradicción conceptual ni una imposibilidad práctica.

2. Autonomía indígena

Se ha argumentado que el reconocer el autogobierno indígena es una cuestión de justicia y puede contribuir a permitir la coexistencia pacífica sin amenazar la unidad política y la gobernabilidad. James Tully, refiriéndose al caso de Canadá, defiende el pluralismo a través de instituciones políticas plurales dentro de una confederación de naciones particulares, con el reconocimiento de las instituciones de cada una de las naciones que componen la confederación. Él aboga por el reconocimiento de la gente de las diversas naciones a las cuales pertenecen los pueblos indígenas.⁵⁰ Ello representaría también un reconocimiento político de la continuidad y significado de las naciones, sus tradiciones y su derecho. Por lo tanto, es posible observar que este tipo de pluralismo comprende múltiples instituciones y estructuras nacionales, federadas dentro de una sola confederación plural "paraguas".

Respecto de la posible desunión de la confederación a través del pluralismo jurídico, político y cultural, Tully sostiene que la presunción de que la unidad de una asociación política necesita la uniformidad de sus miembros "deriva del periodo inicial de la consolidación nacional y la centralización, donde las diferencias culturales se vivían como una amenaza a la identidad insular de cada uno y

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ TULLY, James, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 116-124, 140-152.

eran consideradas como inferiores. Una visión así no tiene cabida en el mundo de hoy". Asimismo, apunta que en el caso de Canadá, el cual en nuestra opinión puede aplicarse a otras situaciones, "los pueblos aborígenes han sufrido siglos de políticas públicas para asimilarlos o integrarlos... en el nombre de la unidad nacional". En consecuencia, coincidimos con la conclusión a la cual llega al afirmar que "debemos de tomar de estas ricas fuentes de gobierno plural, federalismo y respeto mutuo",⁵¹ ya que nos parece que el acomodo de la diversidad cultural, jurídica y política no es sólo una cuestión de justicia, sino que también podría habilitar a los miembros de una federación o confederación para discutir y decidir conjuntamente sus problemas y necesidades comunes, así como beneficiar a la mayoría no-indígena.

En el terreno práctico, se ha determinado que el federalismo como mecanismo para resolver los dilemas de un Estado multiétnico es relevante para las minorías nacionales dentro de ese Estado, mientras que no para los grupos inmigrantes, no sólo porque estos últimos raramente se encuentran concentrados territorialmente y no conformarían una mayoría dentro de una subunidad federal, sino sobre todo porque históricamente no han perseguido el tipo de separación institucional y autogobierno que el federalismo proporciona. Contrariamente, como ya se ha mencionado, las minorías nacionales se inclinan a exigir alguna forma de autonomía política y jurisdicción territorial a efecto de asegurar el libre desarrollo de sus culturas.⁵²

En el caso de las federaciones étnicas (federaciones formadas por unidades constituyentes que coinciden con grupos étnicos específicos), las presiones de dichos grupos se han enfrentado a través de la moderación del control e intervención federal y la persuasión y estimulación de mayor actividad y regulación por parte de las unidades constituyentes. Estas decisiones se han tomado por el gobierno federal en un intento de limitar las inclinaciones secesionistas y aumen-

⁵¹ *Ibid.*, todas las citas de p. 440.

⁵² KYMLICKA, Will, "Is federalism a viable alternative to secession?" en Lehning, Percy B. (editor), *Theories of Secession*, Nueva York, Routledge, 1998, pp. 120-121. En el caso de Canadá, el federalismo fue adoptado específicamente para acomodar a la minoría nacional de los franceses-canadienses en 1867. Actualmente, la provincia de Quebec (la cual es 80% francófona) tiene jurisdicción extensiva sobre materias que son cruciales para la sobrevivencia de la sociedad francófona, incluidos el control sobre la educación, la lengua y la cultura.

tar la satisfacción dentro de la federación con el fin de preservar la integridad política.⁵³ Así, si nos enfocamos en países que de hecho son Estados multinacionales (una realidad que en la actualidad ha sido oficialmente reconocida por muchos gobiernos), es posible percatarnos de la manera en la que el federalismo puede representar y ha representado una forma de prevenir conflictos probables originados por la diversidad étnica. Nos parece que el punto importante a mantener en mente, como un requerimiento tanto ético como político, es el tratar de alcanzar estos arreglos a través de un proceso de negociación que se lleve a cabo mediante un verdadero diálogo donde existan mecanismos que aseguren que cada parte esté ubicada en terrenos equitativos y sea libre de expresar su consentimiento respecto de los acuerdos sin coerción alguna.

Estas posibilidades innovadoras que ofrece el federalismo sugieren una transformación de la concepción clásica del federalismo como la construcción de una unión de varias unidades autónomas hacia una fórmula diferente, la cual, como lo expresa Duchacek, "se ocupe de la demanda de concesiones a los nuevos intereses de grupo, los cuales entonces, revestidos de autonomía, responsabilidad y dignidad puedan conformar la unión sobre una base nueva".⁵⁴ En todo caso, lo que sí parece evidente es que por lo menos teóricamente el federalismo es un medio de unir y no de separar.

Desde nuestro punto de vista, el pacto federal no sólo representa un posible curso de acción por medio del cual los reclamos étnicos pueden encararse, sino que en el caso de un arreglo federal ya existente en cierto Estado, la estructura jurídica y judicial de dicho sistema podría, al menos potencialmente, proporcionar una solución a un conflicto étnico-cultural surgido en ese Estado. En estas circunstancias, no sería cuestión de crear toda una nueva serie de instituciones, sino más bien de acomodar y distribuir competencias y facultades entre unidades territoriales reconstituidas de acuerdo con las líneas étnico-culturales, así como de reasignar recursos a las comunidades indígenas que buscan autonomía, dentro de la organización existente en el Estado. Ello legitimaría a dichas comunidades para decidir y

⁵³ En relación con el caso de Canadá, véase ELAZAR, Daniel, *Exploring Federalism*, EUA, The University of Alabama Press, 1987, p. 202.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 356.

resolver los problemas que se refieren a su conservación y bienestar de acuerdo con sus propias prácticas institucionales, valores y tradiciones, como ha sucedido recientemente en México, sin involucrar un divorcio del Estado.

En relación con el caso de México, como es sabido, el sistema federal fue adoptado en 1824 (por razones que no tuvieron nada que ver con el acomodo de grupos étnicos) y después de diversos cambios en el siglo XIX, se retomó por la actual Constitución de 1917, para quedar como una federación compuesta por entidades federativas y éstas a su vez por municipios, como las unidades territoriales y administrativas más pequeñas.⁵⁵ A pesar de ser formalmente una federación, de hecho el país históricamente ha sufrido una larga tradición de dependencia financiera y política respecto del centro. Sin embargo, en parte debido a los cambios democráticos experimentados en los últimos diez años, nuestro país ha comenzado a vivir una auténtica práctica federalista en muchas áreas. Sobre todo desde los conflictos surgidos en Chiapas en 1994 y las demandas de autonomía de grupos indígenas a lo largo del país, una de las soluciones propuestas con mayor frecuencia ha sido el acomodo e inclusión de prácticas jurídicas y judiciales alternativas dentro del sistema federal existente, a efecto de permitir una independencia real de los pueblos indígenas en relación con las decisiones que les afectan, sin poner en juego la unidad del Estado mexicano. Aunque la idea de un verdadero pluralismo cultural y jurídico es difícil de obtener en la práctica, el hecho es que constitucionalmente ya se reconoce el pluriculturalismo⁵⁶ y que en algunos estados, entre ellos Oaxaca, por ejemplo, se han logrado nuevos arreglos territoriales, administrativos y electorales (aprovechando el sistema federal) los cuales otorgan a los grupos indígenas reconocimiento oficial y autonomía jurídica en relación con una variedad de materias.⁵⁷ Los efectos de estas

⁵⁵ Artículos 115-121 y 124 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Para una explicación de la naturaleza y funcionamiento del sistema federal en México, véase VÁZQUEZ PANDO, Fernando, "El sistema jurídico mexicano a la luz de la Constitución", en *Jurídica*, Anuario, núm. 7, México, Universidad Iberoamericana, 1985, pp. 587-641.

⁵⁶ Artículo 4 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992).

⁵⁷ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (reformas publicadas en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* el 6 de junio de 1998) y Ley de Derechos de

decisiones sólo serán medidos plenamente en un futuro más lejano, sin embargo, al menos hasta ahora, se han alcanzado con la participación del gobierno y algunos líderes indígenas y, lo más importante, se han acordado e implementado de manera generalmente pacífica.

En consecuencia, nos parece que un método políticamente viable para hacer frente a la situación de los grupos indígenas en México sería el de establecer unidades autónomas que comprendieran comunidades indígenas territorialmente concentradas a través de un arreglo federal, más parecido al modelo propuesto y defendido por Kymlicka, y no una confederación de naciones particulares y separadas, como el prototipo sugerido por Tully para Canadá por ejemplo. En nuestra opinión, sería aconsejable mantener y aprovecharse del sistema federal a través de una jurisdicción territorial en contraste con otros sistemas de jurisdicción personal, entendida como una condición jurídica especial para cada miembro del grupo indígena en cuestión, en otras palabras, un sistema donde el derecho "sigue a la persona". En primer lugar, esto presentaría grandes dificultades financieras y técnicas en términos de la necesidad de un sistema jurídico y judicial en el cual cada tribunal del país se encontrara preparado para resolver en la lengua correspondiente la disputa en la cual estuviera involucrada una persona indígena, además de estar obligado a conocer a fondo el derecho de la comunidad de dicha persona.

Más aún, en relación con la justicia, en México las personas que experimentan un fuerte vínculo con cierta cultura indígena, su forma de vida y tradiciones, sus instituciones políticas y su dogmática y práctica jurídicas, son los que viven directamente en la comunidad. En este sentido, ellos son quienes ejercitan su libertad de elección en ese contexto cultural particular que dota de significado sus opciones y decisiones y las hace, por ello, dignas de protección. Asimismo, hemos ya mencionado el elemento fundamental que justifica estas medidas y en este caso dicha condición se cumple, dado que los miembros de las comunidades indígenas, no sólo en México, sino también en diversas partes de Latinoamérica, han sufrido serias desventajas

los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* el 19 de junio de 1998. Véase también COSSÍO DÍAZ, José Ramón, Fernando Franco GONZÁLEZ-SALAS y José ROLDÁN XOPA (1998) *Derechos y cultura indígena: los dilemas del debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, pp. 60-84.

económicas, sociales y políticas en relación con el resto de la sociedad en gran parte por su pertenencia a dicho grupo.⁵⁸ Finalmente, las personas que viven en o mantienen una presencia frecuente en su centro de población son los que verdaderamente han heredado la discriminación histórica por ser indígenas, debido a la relación de la etnicidad con una cultura específica, la cual es geográficamente localizable e identificable.⁵⁹

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, el planteamiento de la justicia en relación con los derechos indígenas (y con los derechos étnicos y culturales en general) no se basa en un argumento de conservatismo cultural *per se*, sino más bien en el hecho de que precisamente por su pertenencia a ciertos grupos étnico-culturales (como una de varias causas), los miembros de estas colectividades han sufrido graves desigualdades en oportunidades y recursos en comparación con la población no indígena. Desde nuestro punto de vista, esta es la razón más importante para otorgarles derechos especiales a los pueblos indígenas.

En segundo lugar, pensamos que la concepción ética y política de la diversidad cultural sostenida por las teorías pluralistas es lógica y bien argumentada, en el sentido de que, por un lado, la posición del liberalismo igualitario puede ser demostrada y defendida en relación

⁵⁸ En México, donde se hablan 37 lenguas indígenas por al menos 10,000 personas cada una, el rango de analfabetismo entre la población no-indígena es de 42%, mientras que el 63% de la población indígena es analfabeta. En comparación, existen aproximadamente 400 lenguas indígenas diferentes en toda Latinoamérica, y cada país tiene de 7 a 200 lenguas. Uruguay es el único país en el continente que es monolingüe español. La presencia de una grande población indígena en algunos países tiene repercusiones en el sistema escolar y el índice de analfabetismo. En los países donde se hablan muchas lenguas, el índice de analfabetismo es alto. En todos los países de los cuales existe información disponible, el índice de analfabetismo entre la población indígena es mucho más alto que el de la población no-indígena. Como otro ejemplo, en Guatemala, un país multilingüe con 15 lenguas, cada una con 10,000 hablantes o más, el rango de analfabetismo entre los habitantes indígenas es de 79%, comparado con 40% entre la población no-indígena. Información tomada de "Human Resources Development and Operations", *Indigenous People in Latin America: HRO Dissemination Notes*, Policy núm. 8, junio 7 de 1993, World Bank, <http://www.worldbank.org>.

⁵⁹ Cossío, *op. cit.*, pp. 42-95.

con sociedades como Estados Unidos, por ejemplo, como lo hacen Glazer⁶⁰ y Barry,⁶¹ por las condiciones históricas, sociales, económicas y políticas particulares existentes en dicho país. Sin embargo, por otro lado, nos parece que algunos de los argumentos que Kymlicka⁶² establece en favor de los derechos especiales para los pueblos indígenas, principalmente con base en las desventajas considerables experimentadas por sus miembros por su pertenencia a dichos grupos, son mucho más aplicables a México y otros países de Latinoamérica con situaciones socioeconómicas comparables en relación con sus pueblos indígenas, así como con condiciones jurídicas y políticas similares.

En consecuencia (y reconociendo que se requiere un conocimiento más profundo de dichos países para tomar una posición definitiva), nuestra apreciación es que ni el liberalismo igualitario ni el multiculturalismo liberal revisado, como se han explicado, logran aclarar adecuadamente y concluir a modo de teorías políticas generales, las circunstancias y consecuencias ético-normativas de la diversidad étnica y cultural. Por ello, el pluralismo como una teoría ética y los programas políticos que de ésta se seguirían,⁶³ nos parecen mucho más apropiados para comprender y enfrentar las diferencias culturales en las sociedades modernas. La teoría del pluralismo contribuye a un mejor entendimiento de la realidad mexicana y a resolver las situaciones que vive actualmente en relación con los grupos indígenas y sus demandas de justicia.

En tercer lugar, la autonomía otorgada a nivel jurídico, político, administrativo y financiero a unidades territoriales más pequeñas dentro de un arreglo federal es una de las posibles formas de aliviar tensiones entre el o los grupos étnicos mayoritarios y los minoritarios que reclaman reconocimiento específico y derechos particulares. En el caso de que la presunción sea que los grupos étnicos o culturales minoritarios efectivamente tienen un fundamento ético para desafiar el sistema existente, entonces un arreglo federal, con

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 123-138.

⁶¹ *Op. cit.*, 2001, pp. 212-221, 305-317.

⁶² *Op. cit.*, 1995, p. 113.

⁶³ En relación con el ideal político de *Modus Vivendi* para lograr la coexistencia pacífica entre diferentes formas de vida, véase GRAY, *op. cit.*, pp. 68, 105-139.

una clara distribución de competencias (entre los niveles local y federal de gobierno) y divisiones estrictas de poder, podría ser un medio de canalizar conflictos entre grupos étnicos o entre grupos étnicos y el grupo mayoritario, sin hacer que peligre injustamente la identidad de ninguno de ellos. Asimismo, le proporcionaría al grupo minoritario el marco jurídico necesario para ejercitar ciertos derechos civiles y políticos que representan los instrumentos requeridos para su sobrevivencia dentro de la sociedad dominante. Una vez que esta cuestión de justicia haya sido atendida, si esas culturas no sobreviven o voluntariamente se asimilan al grupo mayoritario y desaparecen (al menos en sus características distintivas), la disyuntiva ética respecto de cuáles políticas públicas adoptar habría sido resuelta.

Respecto de los pueblos indígenas, concretamente en el caso de México, la autonomía establecida en favor de las comunidades o municipios mayoritariamente indígenas a través de un sistema federal, en sí misma no garantiza el desarrollo ni preserva su cultura amenazada. Sin embargo, es una buena herramienta que puede ser usada especialmente en los casos donde ya existe una estructura jurídica y política de federalismo, la cual solamente implicaría un nuevo acomodo geográfico de las unidades constituyentes más pequeñas para coincidir con las comunidades indígenas que ya están territorialmente concentradas. Por lo tanto, la autonomía es sólo un medio de obtener otras cosas que son exigidas por la justicia, como el remedio de disparidades económicas, la reducción de la discriminación y la inclusión social y participación política sobre una base de igualdad de los miembros de cada grupo indígena en la sociedad mayoritaria, sin que sean forzados a abandonar su propia identidad.

Actualmente existen en Latinoamérica un gran número de pueblos indígenas que no se asimilaron a la comunidad mayoritaria y que presentan una gran oportunidad de evaluación y análisis a efecto de enriquecer las teorías de habla inglesa sobre la diversidad cultural o incluso modificarlas o desmentirlas. Pero lo que definitivamente nos parece una tarea inevitable e impostergable, si han de tomarse en serio los derechos culturales y los pueblos indígenas, es incorporar estos casos al área de estudio. México, Guatemala, Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile, Perú y Brasil presentan números muy importan-

tes de grupos indígenas.⁶⁴ Sería deseable además que existiera un verdadero conocimiento y con ello intercambio de ideas entre los pensadores anglosajones, asiáticos y africanos con los autores, juristas, políticos e indígenas latinoamericanos a efecto de lograr un aprendizaje recíproco y un entendimiento más pleno y profundo de la diversidad cultural en toda su amplitud, así como de su tratamiento, condición actual a nivel mundial y consecuencias para las sociedades y para la filosofía política del futuro.

En nuestra opinión, sería útil tomar en consideración a los grupos indígenas de México y los otros países mencionados, dado que presentan un inmenso rango de posibilidades y situaciones a ser investigados y examinados. Constituyen una especie de "laboratorio viviente" respecto de la experiencia de los gobiernos y los pueblos indígenas en estos países, los cuales han sobrevivido y se han relacionado con la cultura dominante de una manera muy diferente que los encuentros en Estados Unidos y Canadá. Adicionalmente, la teoría política latinoamericana acerca de esta materia podría contribuir a dar luz a algunos de los temas e inquietudes comunes que enfrentan los grupos étnicos y culturales minoritarios en diversos países del mundo.

Desde nuestro punto de vista, ésta es la mejor vía para construir una teoría válida y plausible. De lo contrario, probablemente estaremos en presencia de una serie de principios que sean coherentes y aplicables sólo en relación con problemas locales y regionales y no como una contribución importante a la teoría política en general. Ésta, ahora más que nunca, necesita explicar congruentemente un mundo interrelacionado y dinámico, así como ofrecer respuestas a las expresiones repetidas de sufrimiento humano y a las demandas de justicia elevadas por los miembros de grupos indígenas, étnicos y culturales.

⁶⁴ Para una descripción detallada de la situación de los pueblos indígenas en estos países, véase STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, 1988, El Colegio de México.

TERRITORIO Y PODER A FINES DEL ANTIGUO RÉGIMEN EN ESPAÑA Y LAS INDIAS

Rafael ESTRADA MICHEL¹

SUMARIO: I. *La Guerra de Sucesión y sus consecuencias*. II. *Las posteriores reformas borbónicas*. III. *Los corregidores ante la reforma intencional*. IV. *La intendencia en América*. V. *Las piezas del rompecabezas peninsular*. 1. *La antigua Corona de Castilla y sus divisiones internas*. 2. *La situación de los antiguos reinos de la Corona de Aragón: intentos fallidos de "devolución de fueros"*. 3. *Especial referencia a la subsistencia de Navarra como "reino de por sí"*. VI. *Las piezas del rompecabezas americano*. 1. *Naturaleza, definición y expresión del vínculo de las Indias con la Monarquía*. 2. *El todo y las partes*. 3. *Concepciones territoriales de los ministros ilustrados. La "idea americana" de Aranda*. VII. *El gobierno de los territorios hispánicos*. 1. *Circunscripciones y organización territorial y/o provincial a fines del siglo XVIII. Las provincias "marítimas"*. 2. *El gobierno local y la dualidad municipio-señorío*. VIII. *Consideraciones conclusivas: de nuevo sobre la estructura de la monarquía hispánica y los límites de la centralización*.

El momento preconstitucional que antecede a la Constitución de Cádiz parece extenderse a —cuando menos— un siglo: el XVIII. Afirmar esto, desde luego, implica cuestionar la naturaleza del Antiguo Régimen, término que, a nuestro entender, designa precisamente al momento preconstitucional o, si se quiere, prerrevolucionario. El problema está en que el periodo del Antiguo Régimen español parece

¹ El presente trabajo constituye el preliminar de un proyecto de investigación más amplio que, bajo la dirección de la profesora titular de Derecho constitucional, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, y del catedrático de Historia del derecho, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, realiza el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

ser más un momento interconstitucional que uno estrictamente preconstitucional. Al menos así lo veían varios de sus más conspicuos protagonistas, quienes no dudaban en apelar a la resurrección de esquemas medievales para justificar sus posturas ante reformas que parecían ineludibles.

En tal virtud, las preguntas que se formularon obsesivamente los doceañistas pueden reducirse a una sola: ¿cuándo se llevó a cabo el desconocimiento de la auténtica *Constitución histórica* de España (mejor aun: de las Españas)? ¿En qué momento se produce la invasión del despotismo que terminó con la antigua edad áurea de tolerancia y desarrollo? Y es que la pregunta central se restringe a su mínima expresión cuando lo que se busca es definir qué es lo que debe entenderse por *Constitución histórica* hispánica. La cuestión parece haber estado en el aire, a uno y otro lado del Atlántico, durante todo el Setecientos y las consecuencias del planteamiento pueden apreciarse con toda claridad al despuntar el siglo XIX: “la situación de base de que se parte (en 1809), común a una gran parte de los españoles, es la conciencia de una legalidad constitucional violada por el absolutismo monárquico y el despotismo ministerial. El problema de 1809 seguía siendo el mismo que preocupara años atrás a Jovellanos (en su discurso de ingreso en la Academia de la Historia). ¿Cuál era, en qué consistía la *Constitución histórica* española? ¿Cuáles de las innumerables leyes, vigentes o no, eran las propiamente constitucionales?”²

En realidad, las respuestas que se dieron al importante interrogante distaron mucho de ser científicas y tuvieron que ver, más bien, con la pertenencia del absolvente a uno u otro grupo de intereses. En este sentido, mientras que para algunos la antigua e histórica *Constitución* de los pueblos de España hacía radicar su sustancia en el reconocimiento de la realidad plural de la Monarquía (y aquí nos referimos no solamente a los intentos reivindicatorios de los reinos integrantes de la Corona de Aragón, sino al desarrollo del pensamiento indiano criollo de corte crecientemente autonomista), para otros la *Constitución*, entendida —pese a su historicidad— en un sentido dinámico, aseguraba el tránsito a la modernidad, esto es, a la

² ARTOLA GALLEGO, Miguel, *Los orígenes de la España contemporánea*, 2a. ed., IEP, Madrid, 1975, I, p. 383.

perfecta configuración de la nación española en un sentido unitario y uniforme. Este último es el pensamiento que a grandes rasgos podemos caracterizar como liberal y que, sujeto a ciertas transformaciones de envergadura nada despreciable, terminará por imponerse en Cádiz. En cualquier caso, en un orden menos ideológico y más práctico, parece incontestable que “a la heterogeneidad y pluralismo característicos del ordenamiento del Estado en los siglos XVI y XVII, sucedió en el XVIII un rígido proceso uniformizador de signo castellano”.³

Al acercarse al pensamiento de la época, da la impresión de que, según se tuviera una u otra idea de España, se acusaría de traicionar la “auténtica” *Constitución histórica* a una u otra dinastía reinante: a la casa de Austria, si se sostenía la idea nacional; a la de Borbón, si el concepto era pluralista y particularizante. Ni aun las cabezas más poderosas de varias centurias se abstuvieron de participar en el deslinde de responsabilidades no obstante que, por su extranjería y por la perspectiva que brinda el transcurrir de los años, pudieron haber guardado cierta imparcialidad. Carlos Marx, por ejemplo, no duda en culpar a los Habsburgo:

Si después del reinado de Carlos I la decadencia de España, tanto en el aspecto político como social, ha exhibido esos síntomas tan repulsivos de ignominiosa y lenta putrefacción que presentó el Imperio Turco en sus peores tiempos, por lo menos en los de dicho emperador las antiguas libertades fueron enterradas en una tumba magnífica. En aquellos tiempos Vasco Núñez de Balboa izaba la bandera de Castilla en las costas de Darién, Cortés en México y Pizarro en el Perú; entonces la influencia española tenía la supremacía en Europa y la imaginación meridional de los iberos se hallaba entusiasmada con la visión de Eldorados, de aventuras caballerescas y de una monarquía universal. Así la libertad española desapareció en medio del fragor de las armas, de cascadas de oro y de las terribles iluminaciones de los autos de fe.⁴

No estamos, en consecuencia, frente a una conciencia uniforme que haya visto en el despotismo ministerial borbónico la causa ex-

³ ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 4a. ed., Edición del autor, Madrid, 1988, p. 633.

⁴ MARX, Carlos, “La España revolucionaria”, artículo publicado en *The New York Daily Tribune* el 9 de septiembre de 1854, en MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *España Revolucionaria*, Ed. Vanguardia Obrera, Madrid, 1990, p. 15.

clusiva del desconocimiento del orden constitucional hispánico. El despotismo no debió entenderse como concepto restringido a los ministros ilustrados sino que, para muchos, incluyó el accionar de los validos del periodo austriaco. Así, la *Constitución histórica* tendría que buscarse en tiempos anteriores al advenimiento de las dinastías. Casi imperceptiblemente, la mirada se posó en el Medioevo.

La Corona de Castilla, con un territorio más extenso y más densamente poblado que el de Aragón y una homogeneidad casi total en lo político (frente a la dispersión aragonesa, caracterizada por la división de la Corona en reinos diferenciados y poseedores de instituciones de gobierno independientes⁵) se vio beneficiada con la incorporación de los terrenos indianos a partir del siglo XVI.⁶ La menor fuerza con que contaba la idea pactista de lo político, así como la postración de las instituciones medievales castellanas que habían servido para contener al poder regio, dio lugar a una mayor facilidad de gobierno para el rey español en Castilla, situación que contrastaba con la prevaeciente en sus reinos de Aragón. No es extraño que, tras diversos intentos que se localizan en el periodo que se ha dado en llamar de los Austrias menores, y aprovechando una coyuntura propicia, la monarquía española se decante por la homogeneización territorial y administrativa sobre la base del modelo de los reinos castellanos, decisión que habrá de resultar determinante en el preconstitucionalismo al que nos hemos venido refiriendo. Y es que si el problema “netamente político” para las partes integrantes de la monarquía era, como señala Tomás y Valiente, “¿cómo defendió cada reino su propio derecho frente a un rey que se consideraba absoluto?”⁷ para el monarca radicaba, a nuestro entender, en cómo hacer entender a cada entidad te-

⁵ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María, *El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del derecho)*, 6a. ed., Edición de los autores, Madrid, 1990, p. 424: “regían en las Coronas de Castilla y Aragón principios jurídico-públicos diferentes, modos distintos de entender el poder político, que se habían traducido en la primera de ellas en la fusión política de los reinos hasta entonces incorporados, con la consiguiente uniformidad institucional y jurídica —a salvo, un cierto grado de autonomía en los territorios vascos—, en tanto que en la segunda un sistema federal garantizaba la persistencia de las instituciones y del derecho de cada reino”.

⁶ ESCUDERO, *Curso...*, p. 634.

⁷ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 263.

rritorial —diferenciada y orgullosa de su especificidad— que era (o debía ser) idéntica a las otras en una cosa: en la forma y organización de su sujeción al soberano.

La monarquía hispánica se entendía, en principio, como un conjunto de Coronas: las de Castilla y Aragón, desde tiempos de los Reyes Católicos, y la de Portugal entre los años 1580 y 1640.⁸ “El monarca, en cuanto titular del poder estatal, ejercía su soberanía sobre los diferentes reinos integrados en las Coronas y oficialmente se titulaba rey de cada uno de ellos y señor de Vizcaya y príncipe de Cataluña. Pero su poder no era uno y el mismo en cada territorio, porque cada reino conservaba su personalidad jurídico-política, su constitución y dentro de ellas los límites al poder del rey eran distintos... España era una comunidad de naciones”.⁹

Por ello ha dicho J. H. Elliot que la española era “una monarquía formada por territorios reunidos bajo un solo gobernante como resultado de arreglos dinásticos y de casualidades y que conservaban sus instituciones y sus formas de gobierno de una manera que no tenía precedentes... Las distintas provincias se hallaban unidas solamente por el hecho de compartir un solo monarca, cuyos poderes y funciones variaban de una a otra... Mientras que en Castilla era casi un monarca absoluto, en Valencia o en los Países Bajos era un gobernante con poderes muy limitados. Lo que podía hacer con plena capacidad de soberanía en México, regido por las leyes de Castilla, posiblemente no podría hacerlo en Aragón o Sicilia”.¹⁰ Más allá de

⁸ DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *El Antiguo Régimen: los Reyes Católicos y los Austrias*, tomo III de la Historia de España dirigida por Miguel ARTOLA, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 83, señala que, con el ascenso de FELIPE II al trono lusitano los portugueses “no tenían que temer que la nueva situación representara la pérdida de la personalidad nacional de Portugal, que siguió siendo un reino independiente de Castilla en todo los aspectos” creándose “para su gobierno un Consejo de Portugal”, al tiempo que califica a la obtención de la unidad peninsular como “el acontecimiento más importante y el éxito más espectacular de la política filipina”.

⁹ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 282. La situación es susceptible de encuadrarse cronológicamente: “los Reyes Católicos se plegaron a los moldes constitucionales de sus diversos reinos y señoríos. En principio, los Austrias actuaron de forma parecida; no reclamaron los mismos derechos en Castilla que en Aragón, en Vizcaya que en Nápoles, Canarias o las Indias”. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...*, p. 99.

¹⁰ Citado por GACTO FERNÁNDEZ *et al.*, *El derecho...*, p. 428. Para DOMÍNGUEZ ORTIZ (*El Antiguo Régimen*, p. 100) “las dificultades para llegar a una comprensión total del fenómeno (que equipara a la monarquía con el Estado) dimanaban de la persistencia de víncu-

que los conceptos (comunidad plurinacional, monarquía basada en la unión personal) puedan ser discutidos, la naturaleza heterogénea de la organización hispana parece incontestable, aunque no al exagerado grado que propone H. Kamen:

El 'imperio' de Felipe (V) nunca había sido un imperio como tal, y los españoles normalmente usaban el término 'monarquía'. En esencia, era una confederación de Estados que cubría el globo. El gobierno tenía su sede en Madrid, la principal ciudad de los reinos castellanos, que ocupaban las dos terceras partes de España y que sumaban las tres cuartas partes de su población. La Corona de Castilla incluía en su área política unidades completamente autónomas, como el reino de Navarra y las comunidades vascas de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava. 'Autonomía' en este periodo significaba aceptar la autoridad final del Rey, pero manteniendo todos los asuntos locales separados del control castellano, conservando las leyes del propio territorio, moneda, Cortes y puestos aduaneros... Los restantes reinos de España estaban agrupados en la Corona de Aragón, formada por tres principales territorios reales, el de Aragón, el de Cataluña y el de Valencia, junto con las Islas Baleares. Aunque asociados con Castilla desde el reinado de Fernando e Isabel en el siglo XV, los reinos de Aragón eran totalmente autónomos de Castilla y también lo eran los unos de los otros. Además, el rey de España gobernaba otros extensos territorios fuera de la Península que eran todos ellos, en cierta medida, autónomos. En Italia incluían el ducado de Milán... y los reinos de Nápoles y Sicilia, además de la isla de Cerdeña. En la Europa del norte, España controlaba las provincias de los Países Bajos del sur, con su capital en Bruselas. Además de estos territorios, la Corona española gozaba de extensas colonias que no disfrutaban de autonomía política y eran gobernadas directamente por el rey: las Islas Canarias, todo el sur y centro de América, las Islas Filipinas y un puñado de ciudades fortificadas de la costa de África".¹¹

La descripción presenta evidentes problemas, y es que resulta difícil no caer, en este campo, en el fango de los conceptos indeterminados. En el plano general, ¿qué es lo que hacía que la organización de la monarquía española no fuera la de un imperio? En cuanto a puntos específicos, ¿puede hablarse de completa autonomía para las

los personales de vasallaje y de la propia configuración de la monarquía, que no era un cuerpo unitario sino un conjunto de territorios dotados de constitución y personalidad propias, entre los cuales el rey era el único vínculo político".

¹¹ KAMEN, Henry, *Felipe V. El rey que reinó dos veces*, Ediciones Temas de hoy, Madrid, 2000, p. 30.

provincias vascongadas respecto de la Corona castellana? ¿Es en todo momento absoluta la distinción de sus leyes, de su moneda y de sus "Cortes", respecto de las del resto de la Corona de Castilla? No, desde luego. Y, en relación con las Indias (más allá de que no se explica la omisión de la América septentrional, que por cierto enviaría como tal diputados a las Cortes de 1810),¹² ¿realmente puede hablarse de "colonias" sometidas al rey cuando sabemos que, merced simplemente a los condicionantes de distancia, los gobiernos de los entes indianos gozaban de gran capacidad de maniobra autónoma, sin contar el hecho de que jamás se les dio el tratamiento de tales? No. Y sirve como muestra un caso concreto en el que no sólo la "colonia" no era tal, sino que ni siquiera el gobierno general del virreinato podía presumir de un control total sobre sus componentes, como afirma la profesora Josefina Z. Vázquez:

Varios elementos permiten poner en duda que existiera un Estado centralizado, tanto desde Madrid como desde México... el control de los reinos de ultramar era obstaculizado tanto por la distancia de la metrópoli como por las dimensiones territoriales del virreinato, carentes de comunicaciones eficientes. Esto, sumado a la densa orografía, favoreció la formación de intereses locales, representados por los municipios en las capitales provinciales.¹³

Sea de ello lo que fuere (y sin eludir los cuestionamientos, que de una u otra forma tendremos que abordar en el desarrollo del presente trabajo), es indispensable comprender que cuando hablamos de "Monarquía hispánica" nos hallamos frente a una sociedad de corte

¹² El asunto tiene más implicaciones de las que se advierten a simple vista, dado que parece olvidarse con frecuencia que España ejerció soberanía sobre territorios que constituyen actualmente estados de la Unión Angloamericana y que fueron arrebatados a México en 1847, además de que buena parte de los territorios que constituyeron el virreinato de la Nueva España y las provincias internas de Oriente y Occidente forman parte de lo que geográficamente se conoce como Norteamérica. Con todo, aun encontramos afirmaciones como la siguiente: "a España le era preciso evitar otro enfrentamiento directo que pusiese en peligro sus dominios de ultramar, desde Río Grande hasta la Patagonia". FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel, *Jovellanos, el patriota*, Espasa Fórum, Madrid, 2001, p. 72. El destacado es nuestro.

¹³ VÁZQUEZ, Josefina Zoraida, "El contexto histórico del constituyente de 1824", en GALEANA, Patricia (comp.), *México y sus constituciones*, FCE/AGN, México, 1999, p. 81. Cfr. GUERRA, François Xavier, *México: del antiguo régimen a la revolución*, FCE, México, 1988, I, pp. 41-43.

estamental que "es el reino de la diversidad de condiciones, de la multiplicidad de situaciones, cada una de las cuales se expresa en la posesión de un fuero privilegiado",¹⁴ en el cual la ley, tanto para las personas como para los territorios, carece de generalidad, provocando una situación en la que "cada reino conserva, cuando menos, su derecho privado y, en ocasiones, incluso el público, que limita el campo de validez de la ley y que se expresa en el concepto de *naturalidad*, ser natural de, adquirir carta de naturaleza, que significa estar sometido a un determinado derecho".¹⁵

En tal esquema el pactismo, entendido como el conjunto de los medios o instrumentos propios y exclusivos de cada uno de los reinos para defenderse de lo que consideraran atentados del derecho regio contra sus derechos propios o "leyes fundamentales", se traducían frecuentemente en resistencias contra la política real (principalmente en materias militares y de política exterior). La menor efectividad de las herramientas que para este efecto existían en Castilla (contrástese, como propone Tomás y Valiente, el "obedézcase pero no se cumpla" con la potente Constitución "Poc valdría" de Cataluña) provocó que el peso fiscal de los proyectos internacionales de la monarquía recayera sobre los reinos que conformaban tal Corona hasta que, para el siglo XVII, la situación era ya insostenible. Es tal vez esta realidad la que lleve a Ortega a afirmar que "hay razones para ir sospechando que, en general, sólo cabezas castellanas tienen órganos adecuados para percibir el gran problema de la España integral".¹⁶ Ante la falta de apoyo por parte de los otros reinos la monarquía se comprende "que la lógica interna del absolutismo conduce a la unificación del derecho. Si todas las leyes de España fuesen iguales, el monarca gobernaría con mayor facilidad y su poder sería mayor. Siempre y cuando, naturalmente, esas leyes fuesen las de Castilla".¹⁷ Ha surgido, más allá de la tendencia unificadora, la "tentación castellanizante".¹⁸

¹⁴ ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 95.

¹⁵ *Ibidem*. Cursivas en el original.

¹⁶ ORTEGA Y GASSET, José, *España invertebrada. Bosquejos de algunos pensamientos históricos*, Edición de Diálogos con la Luna, Madrid, 1999.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 283.

¹⁸ *Idem*, p. 179. "... la monarquía alteró la continuidad de algunos de los sistemas regnicolas, desencadenando una contundente política de unificación del derecho. El centralismo borbónico se apoyó en una política de expansión del derecho de Castilla".

I. LA GUERRA DE SUCESIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

Pretensiones de uniformidad son localizables en más de una etapa del desarrollo de la monarquía católica. Pero las circunstancias prevalecientes al despuntar el siglo de las luces resultaron, para el ideal unitarista, especialmente fecundas: "los principios centralistas, la concepción uniformista del Estado, el sistema de gobierno personal y la supremacía de la voluntad del rey sobre los otros órganos legisladores y sobre la ley configuraron el ambiente en el que se había formado el nuevo rey (Felipe V de Anjou), que llegaba a una España en la que esas mismas ideas no eran extrañas, pero no se habían llevado a la práctica plenamente por la propia estructura del Estado y porque el contrapeso de otros poderes y las tradiciones autonómicas de determinados reinos lo habían impedido o dificultado".¹⁹ Ya Felipe II había procurado aproximar las cortes aragonesas a las castellanas y había logrado el debilitamiento de la institución del Justicia Mayor que en más de una forma constituía un freno para las pretensiones regias de corte unificador. Lo propio puede decirse de Felipe IV quien, guiado por su valido el Conde-Duque de Olivares, programó la creación de un impuesto monárquico único, extendiendo a Aragón el sistema fiscal de los castellanos así como, en otro ámbito, su sistema de servicio militar.²⁰ Pero será Felipe V quien encuentre la coyuntura más propicia para atacar frontalmente al particularismo.

Será la Guerra de la Sucesión española lo que proporcionará al primero de los Borbones en gobernar la Península la oportunidad de llevar a cabo los planes de uniformidad "a la castellana" que el Conde-Duque no había alcanzado sino a esbozar en su *Gran Memorial* de 1624. Y es que la Corona de Aragón (más bien: los territorios que la conformaban), al enfrentarse a Felipe V y apoyar las pretensiones

¹⁹ GACTO *et al.*, *El derecho...*, p. 504.

²⁰ En conocida admonición contenida en su *Gran Memorial* de 1624, OLIVARES proponía a FELIPE IV tener "por el negocio más importante de su Monarquía el hacerse rey de España; quiero decir, señor, que no se contente V. Majd. con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense con consejo maduro y secreto por reducir estos reinos de que se compone España al estilo y leyes de Castilla, sin ninguna diferencia...". En ELLIOT, John H. y DE LA PEÑA, José F., *Memoriales y cartas del Conde Duque de Olivares*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1978, I, p. 96.

del archiduque Carlos de Austria,²¹ dio pie a la abrogación de su régimen particular, a la castellanización de sus instituciones y —acaso— a la creación, por efectos de un proceso de fusión y no de absorción, de la Corona de España, única, homogénea y centralizada, al parecer en estado de perpetua realización.²²

Desde el principio, la creación de la Nueva Planta aragonesa (llamada así en su conjunto por extensión de la denominación que se dio a la situación en el decreto que creó la Audiencia catalana) se concibió como punición. Así, todavía en plena guerra, en el decreto del veintinueve de junio de 1707 Felipe V asegura que “por la rebelión que cometieron” los reinos de Aragón y Valencia habían perdido “todos los fueros,²³ exenciones y libertades que gozaban, y que con tan liberal mano se les habían concedido... particularizándolos en esto de los demás Reynos de esta Corona”, no sólo en razón del “dominio absoluto” que sobre tales reinos correspondía al soberano, sino también en virtud “del justo derecho de la conquista” derivado de la toma de acciones en contra de la infidelidad y felonía que había implicado la ruptura del juramento de lealtad realizado para con su real persona.²⁴

²¹ “... la crisis sucesoria abierta a la muerte de CARLOS II provocó nuevas situaciones tensas; no fueron estas de orden separatista, fantasma muchas veces invocado en vano y en falso; se trató de una cuestión sucesoria. Cataluña no aceptó de buen grado a FELIPE V, y en 1705 manifestó sus preferencias por el archiduque CARLOS DE AUSTRIA, entendiéndose sin duda que la garantía de su peculiar ordenamiento jurídico y de su conciencia nacional quedaría más firmemente asegurada en manos del archiduque austriaco, que no en poder de un Rey heredero de la tradición centralista y unificadora de la monarquía francesa y de su dinastía borbónica... Pronto los restantes territorios de la Corona de Aragón secundaron la actitud de Cataluña... FELIPE V, como consecuencia de la victoria y como represalia contra la oposición bélica de los territorios de la Corona de Aragón, procedió a la extirpación de sus ordenamientos jurídicos. Lo que no hizo FELIPE IV ante una rebelión separatista (la catalana de 1640), lo llevó a cabo el primer rey de la dinastía Borbón tras una querrela dinástica”. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 371.

²² DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...*, p. 45, señala que “la Administración tardó mucho en aceptar el nombre de *España* en su acepción vulgar y corriente, y la dilatada titulación de los monarcas austriacos sancionaba el hecho de que el Estado español era una construcción iniciada por los Reyes Católicos, cuyos trabajos avanzaron muy lentamente en los siglos XVI y XVII, que recibió un notable impulso con el primer Borbón y adquirió su forma casi definitiva con la constitución de 1812; después sólo recibió algunos retoques hasta la remodelación completa de que ha sido objeto con el Estado de las Autonomías”.

²³ Mismos que, en el caso de Aragón, el propio FELIPE V había jurado en septiembre de 1701. Cfr. KAMEN, *Felipe V*, p. 24.

²⁴ *NOVR*, III, 3, 1.

Con todo, a pesar de la naturaleza eminentemente penal de la determinación, el rey (que por entonces aún luchaba por consolidar su dinastía²⁵) confesaba, dentro de sintomático paréntesis, sus intenciones ideológicas y de gobierno:

(así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo).²⁶

Lo que permitiría distribuir los cargos públicos en una forma nacional y ajena a criterios patrimonial-localistas:

Pudiendo obtener por esta razón mis fidelísimos vasallos los Castellanos oficios y empleos en Aragón y Valencia, de la misma manera que los Aragoneses y Valencianos han de poder en adelante gozarlos en Castilla sin ninguna distinción.²⁷

Y reorganizar las funciones de justicia y gobierno, buscando su uniformidad en toda la monarquía:

Que la Audiencia de Ministros que se ha formado para Valencia, y la que he mandado que se forme para Aragón, se gobiernen y manejen en todo y por todo como las dos Chancillerías de Valladolid y Granada.²⁸

Un mes después, al declarar la subsistencia de los fueros y privilegios de los “buenos vasallos” aragoneses y valencianos (no de los reinos, por supuesto), Felipe V tendría la oportunidad de dejar muy en claro sus ideas en la materia que podríamos llamar “constitucional-territorial”:

No entendiéndose esto en cuanto al modo de gobierno, leyes y fueros de dichos Reynos, así porque los que gozaban, y la diferencia de gobierno fue

²⁵ TOMÁS Y VALIENTE (*Manual...*, p. 39) señala que el jurista Melchor de MACANAZ (1670-1760) en el *Informe* que dio a FELIPE V en 1713 sobre el antiguo gobierno de Aragón, Valencia y Cataluña... “escribía Historia del derecho para defender derechos del rey frente a los reinos”. No debe olvidarse que MACANAZ, oriundo de Murcia “demostraría ser el teórico y arquitecto del nuevo régimen de la Corona de Aragón”. KAMEN, *Felipe V*, p. 86.

²⁶ *NOVR*, ley cit.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Loc. cit.*

en gran parte ocasión de las turbaciones pasadas, como porque en el modo de gobernarse los Reynos y pueblos no debe haber diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes a todos para la conservación de la paz y humana sociedad: y porque mi Real intención es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes, en que son más interesados Aragoneses y Valencianos.²⁹

Si bien Aragón recuperaría, por decreto del tres de abril de 1711, la aplicabilidad de su derecho civil (lo que no ocurriría en Valencia), la Nueva Planta quedaría consolidada al extenderse a Mallorca por decreto del veintiocho de noviembre de 1715 y a Cataluña por decreto del dieciséis de enero de 1716 mismo que, a pesar de versar sobre la nueva conformación de la Real Audiencia del Principado, mantuvo la vigencia del derecho privado catalán.

La extensión y afianzamiento de la nueva situación fue posible merced a los términos en que se presentó la paz europea al terminar la Guerra: se aseguró la Corona de España a Felipe V y las potencias aliadas (a cambio de importantes concesiones: no solamente Sicilia, Menorca y Gibraltar, sino los derechos de importación de esclavos en Indias y el anual *navío de permiso* que los ingleses podrían remitir a la América meridional) renunciaron a la defensa de los fueros y privilegios catalanes. Con la caída de la ciudad condal el once de septiembre de 1714 no sólo sucumbieron en definitiva las aspiraciones de los Habsburgo a conservar la Corona española, sino que se hizo posible la nueva conformación político-administrativa de la Península siempre sobre la base de la ineludible necesidad de afirmar el poder regio, máxime cuando éste había sido discutido en una guerra que había involucrado a prácticamente toda la Europa occidental. Como han señalado los profesores Gacto, Alejandro y García Marín, “la pérdida de los territorios españoles en Europa (consecuencia de los Tratados de Utrecht y Rastadt) y la consolidación del monarca borbónico en el trono imponían una nueva organización política y administrativa uniforme y equiparable a la de otros países europeos contemporáneos”.³⁰

La Nueva Planta fue, ante todo, una reestructuración administrativa: lo que Gonzalo Anes ha llamado extender a Aragón “el régimen

²⁹ NOVR, III, 3, 2.

³⁰ GACTO et al., *El derecho...*, p. 505.

de las audiencias y de los corregimientos”.³¹ Régimen uniforme y generalizado tomado del castellano no solamente por haber permanecido Castilla, con singular dedicación y en contra de la que parecía ser la opinión de la mayoría de los territorios peninsulares, del lado de Felipe V, sino por significarse la organización castiza como más acorde con las pretensiones unitaristas del nieto de Luis XIV para quien “unificar equivalía a castellanizar”.³²

Con el decreto de Nueva Planta para el gobierno de Cataluña “se implantaba allí una real audiencia, que presidiría un capitán general,³³ al mando de las armas del Rey en el Principado. Éste fue dividido en corregimientos, al modo de Castilla. La universidad de Barcelona fue trasladada a Cervera y concedida a los jesuitas, en premio

³¹ ANES, Gonzalo, *El Antiguo Régimen: los Borbones*, tomo IV de la Historia de España, Alfaguara, dirigida por Miguel ARTOLA, Alianza Editorial/Alfaguara, Madrid, 1979, p. 344.

³² TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 374. Si bien no debe dejarse de lado que, como ha apuntado H. KAMEN, “el nuevo régimen alteró las constituciones de Castilla varios años antes de que destruyera aquellas de Aragón. Lo sucedido en Castilla no implicaba una amenaza a la cultura autóctona, e incluso fortaleció el poder estatal castellano; por tanto, no se ha reconocido la relevancia de lo que pasó. Pero se producían grandes cambios y a los castellanos no les gustaban”. Dentro de los “grandes cambios” son de señalarse la desaparición práctica del sistema austriaco de consejos y la creación de un “gabinete consultivo ocupado por franceses”. *Felipe V...*, pp. 69-71. Ello no obsta para que sea cierto que “Castilla disponía, ya en el momento de ascender al trono la casa de Borbón, de un sistema administrativo ampliamente desarrollado y organizado, cuyas principales partes integrantes eran la autoridad central organizada colegialmente (consejos), los corregidores como funcionarios distritales y las autoridades municipales que les estaban subordinadas”. PIETSCHMANN, Horst, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España*, FCE, México, 1996, p. 36.

³³ “Comandante General de mis Armas”. NOVR, V, 9, 1. Más allá de la nomenclatura, lo importante es que, como señala ESCUDERO (*Curso...*, p. 777) “los antiguos virreinos fueron convertidos en provincias, nombrándose para cada territorio un *capitán general* como gobernador, el cual asumió la suprema autoridad política y militar. Este capitán general debía actuar en armonía con el órgano colegiado de la Audiencia, formando así, como se dijo entonces, una especie de ‘cuerpo místico’ de gobierno. Al iniciarse la centuria, España aparece dividida en doce *capitanías generales*, que ahora se llaman *de provincia*, de las que siete corresponden a la Corona de Castilla (Andalucía, Canarias, Castilla la Vieja, Extremadura, Galicia, Costa de Granada y Guipúzcoa), cuatro a la de Aragón (Aragón, Cataluña, Mallorca y Valencia) y una a Navarra”. En cualquier caso, hay que reconocer en el comandante general a la “figura central del sistema, que estaría al frente del gobierno militar, político y económico de Aragón” y de “la reorganización de su anterior Audiencia autónoma, que quedaría desde entonces sometida a la autoridad militar del Comandante” quien “sustituía a la anterior figura del lugarteniente o virrey, y era representante del rey”. GACTO et al., *El derecho...*, pp. 507-511.

a su fidelidad. No se modificó, en cambio, el derecho civil ni el penal y subsistieron también los gremios, colegios notariales y el consulado del mar.³⁴ Además de imponer la utilización del castellano para la sustanciación de las causas en la Audiencia,³⁵ “cesaron las prohibiciones de extranjería, porque se pretendía que, en todo el reino, las dignidades y honores se confiriesen recíprocamente a los vasallos ‘por el mérito y no por el nacimiento en una u otra provincia de ellos’”,³⁶ punto este último de la mayor importancia y que, en cierto modo, habrá de marcar la trayectoria de la monarquía española en las décadas siguientes. De esta forma Felipe V daba cumplimiento a lo que anunciaba con sólo iniciar el decreto: que tocaba a su soberanía establecer el gobierno del Principado.³⁷

Mención aparte merece el mandato de que “ha de haber en Cataluña Corregidores”,³⁸ distribuidos en un buen número de ciudades y villas, correspondiendo la designación de los nuevos funcionarios al Rey (si bien, en los lugares no mencionados expresamente dentro del Decreto, la Audiencia nombraría Bayles bianuales), como también sería regia la nominación de los regidores en Barcelona y en las principales localidades del Principado.³⁹ La uniformidad quedaba con ello cimentada y el poder real, consolidado. Lo mismo sucede en el resto de los territorios de la antigua Corona aragonesa:

El cambio institucional se produce no sólo en las instancias generales o superiores, sino también en las territoriales. Instituciones tradicionales, como los bayles generales de distrito valencianos o los de districtu de Aragón fueron sustituidos por los corregidores castellanos.⁴⁰

Lo propio puede predicarse de Mallorca en donde la consabida intención soberana de “honrar y premiar indistintamente todos mis

³⁴ ANES, *El Antiguo Régimen...*, p. 348.

³⁵ NOVR, *ley cit.*

³⁶ ANES, *El Antiguo Régimen...*, *Loc. cit.*; NOVR, *ley cit.*

³⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 373; NOVR, *ley cit.* Los corregidores “de tipo castellano” se verían llamados a sustituir a “los antiguos vegueres”. GACTO *et al.*, *El derecho...*, p. 511.

³⁸ *Idem*, p. 55.

³⁹ *Loc. cit.*

⁴⁰ GARRIGÓS PICO, Eduardo, *La organización y administración territorial en el Antiguo Régimen*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, I, p. 194.

vasallos según el mérito de cada uno, y emplearlos como juzgare más conveniente” y la declaración de cesación de “las costumbres y leyes que hablan de extranjería”⁴¹ han llegado a considerarse abrogaciones implícitas de la situación de la isla como reino independiente,⁴² si bien ésta conservaría su propio derecho civil. De las cuestiones de gobierno y justicia quedaría encargada la Audiencia, presidida por el comandante general de las armas reales (sin voto en asuntos jurisdiccionales) mientras que “lo que mira a Hacienda” correspondería a un intendente o a la persona que el Rey nombrare.⁴³ Al Rey competiría la nominación de los “Jurados que rijan y gobiernen lo económico y político” de las ciudades de Palma y Alcudia y a la Audiencia la de los encargados del resto de los lugares de la mayor de las Baleares, eliminándose la “contingencia del sorteo” implicada en el tradicional sistema de “sac i sort”.⁴⁴

La Nueva Planta significó también la disolución del Consejo de Aragón o, por mejor decir, su fusión con el de Castilla, por decreto del quince de julio de 1707. El Consejo aragonés “había perdido su razón de ser con la desaparición de la autonomía de aquellos reinos”⁴⁵ o, más bien, con la desaparición de aquellos reinos en cuanto tales.⁴⁶ De esta manera, en Mallorca, “las apelaciones, que antes se interponían al Consejo de Aragón, se interpondrán y admitirán en adelante para el Consejo de Castilla”.⁴⁷ Buen ejemplo que ilustra que la situación no volverá a ser la misma no sólo en los territorios de la antigua Corona de Aragón, sino en la Península toda. Un preciso y conciso resumen es el que proporciona Gonzalo Anes:

⁴¹ Numeral 7 del Real decreto de 28 de noviembre de 1715. NOVR, V, 10, 1.

⁴² GARRIGÓS, *La organización...*, I, p. 195, siguiendo en esto la *Historia de Mallorca* de Pere XAMENA.

⁴³ NOVR, *ley cit.*

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ KAMEN, *Felipe V...*, p. 89.

⁴⁶ No debe olvidarse que con las reformas “se estaba alumbrando una nueva estructura política de España, que comenzaba a superar su configuración como conjunto de reinos dotados de autonomía política, jurídica y cultural, vertebrados entre sí en la medida en que se vinculaban bajo una misma monarquía, y se perfilaba como un Estado unitario, constituido como un solo reino, integrado por una pluralidad de provincias o regiones históricas, desprovistas de sus anteriores señas de identidad nacional”. GACTO *et al.*, *El derecho...*, p. 514.

⁴⁷ NOVR, *ley cit.*

Al abolir los decretos de nueva planta la organización jurídico-pública de Aragón, Valencia, Mallorca y Cataluña, estos países perdieron su carácter de virreinos con estructura político-administrativa propia y fueron convertidos en distritos administrativos análogos al territorio de Castilla. Sólo subsistió el virreinato de Navarra. Para sustituir a los virreyes en los territorios que dejaban de ser virreinos nombró Felipe V capitanes generales-gobernadores, jefes del ejército en sus demarcaciones, representantes del rey en las mismas y autoridades supremas. Estos distritos fueron denominados capitanías generales, a las que se fueron adaptando, en el marco geográfico, los distritos judiciales de las chancillerías y audiencias... Los antiguos virreinos fueron organizados como provincias, y el régimen de gobierno conjunto de capitán general y audiencia se fue imponiendo en el resto de España... Así, pues, el territorio español estaba dividido en provincias y capitanías generales, con sus respectivas audiencias: Castilla la Vieja, Granada, Sevilla, Extremadura, Galicia, Asturias, Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y Canarias.⁴⁸

Las Cortes castellanas adquieren un carácter general y nacional pero continúan con su declive y, con su falta de reunión, terminan por perder poder normativo. "Finalmente, las Cortes de Castilla fueron totalmente olvidadas, y convocadas sólo una vez durante los años de la guerra, en abril de 1709, para tomar el juramento al heredero, el príncipe Luis. El rey no necesitaba ni su aprobación ni su dinero".⁴⁹ Este hecho, como ha visto con claridad Horst Pietschmann, se relaciona directamente con la capacidad centralizadora del poder del rey: "en la medida en que, en el curso del tiempo, se reforzó el esbozado desarrollo de la autoridad real y progresó la centralización de la administración, fue perdiendo significado e influencia el poder representativo, las llamadas Cortes".⁵⁰

Y dado que, en definitiva, fueron las reformas del primer Setecientos "las que hicieron posible que el sistema absolutista se consolidara en España, al eliminar muchas de las instituciones que suponían un freno o cortapisa al ejercicio de una política estatal centralizadora y uniformista",⁵¹ el pactismo toca a retirada y el absolutismo regio comienza a entrar en una etapa de plenitud. El rey lo-

⁴⁸ ANES, *El Antiguo Régimen...*, pp. 313-314.

⁴⁹ KAMEN, *Felipe V...*, p. 72.

⁵⁰ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 33.

⁵¹ GACTO et al., *El derecho...*, p. 513.

gra "transformar la constitución jurídico-política de la España de los Reyes Católicos y de los Austrias",⁵² sin necesidad de apelar a *Constitución histórica* alguna, lo cual tal vez pueda explicar las continuas apelaciones al fondo constitucional histórico que realizarán en el transcurso de los siglos XVIII y XIX no solamente los nostálgicos del foralismo sino incluso quienes, desde un acendrado jacobinismo, mantendrán la necesidad de consolidar el sentimiento nacional a partir de una perspectiva política centralista aunque desvinculada del despotismo dieciochesco. Paradojas de la historia: la etapa borbónica, tan obsesionada con la modernidad, cargará como ninguna otra con el sambenito de "Antiguo Régimen" aun cuando no pueda desconocerse que con las reformas de Felipe V "se iniciaría el camino hacia la unificación política y jurídica nacional del siglo XIX".⁵³

II. LAS POSTERIORES REFORMAS BORBÓNICAS

La Nueva Planta distó de alcanzar apoyo unánime durante el siglo XVIII, incluso dentro de los círculos oficiales. Reinando Carlos III el llamado *partido aragonés* encabezado por el conde de Aranda, secretario de Estado, "presidente del Consejo Supremo de España y capitán general de Castilla la Nueva" que mereció la consideración de Voltaire —el filósofo le dedicó una encomiástica referencia en el *Dictionnaire philosophique* por ver en él al español que, con justicia, libraría al mundo del "monstruo" de la Inquisición "ya que otro español le hizo nacer"—⁵⁴ propugnó, sin distanciarse de posiciones reformistas e ilustradas, por el restablecimiento de la Antigua Planta aragonesa, en abierta disputa con los postulados centralistas del *partido de los golillas*, el de los condes de Floridablanca y Campomanes, que se daba perfecta cuenta de que la Nueva Planta no significaba —ni se acercaba siquiera a ello— la última y definitiva etapa en el proceso de cohesión y afianzamiento de la España nacional. "Cuando en tiempos de Carlos III los aragoneses se sintieron postergados por la propensión del monarca —dado el trasfondo económico-político del momento— a favorecer a los *golillas*, los representantes más conspi-

⁵² TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 374.

⁵³ GACTO et al., *El derecho...*, p. 506.

⁵⁴ VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, F. Sempere, editor, Valencia, s/f, II, p. 25.

cuos del partido aragonés añoraron, quizá con más fuerza, el disfrute de los privilegios que había abolido el decreto de nueva planta. El deseo de Aranda de restablecer 'los usos y costumbre aragoneses' que llevaba implícita la adhesión a lo que podríamos denominar 'monarquía pactada', de la que eran partidarios los miembros del partido aragonés, contó siempre con la oposición de los *golillas*".⁵⁵ Ello explica que lo que parece haber sido una victoria para Floridablanca contribuya a la creación del fuerte "sentimiento antifuerista" que "corre paralelamente a los intentos políticos de unificación del país" y que "en 1808 aparecerá como un sentimiento unánime, incluso en las provincias exentas".⁵⁶

La disputa partidista nos sirve también para recordar que, aun entre los ilustrados, existían discrepancias importantes en torno a lo que debía de ser (y a lo que había sido) la *Constitución* de la monarquía española, cuando menos en lo que respecta al aspecto territorial. Se podía perfectamente ser un partidario decidido de las reformas carloterceristas en aspectos como el de la consolidación del regalismo y el de la modernización económica del país y, sin embargo, colocarse en una posición contraria al pensamiento territorial del ilustre Borbón. A ello hay que aunar los descontentos populares, los motines y las sublevaciones que se presentan en diversos puntos de la monarquía y que, aun sin poder imputarse en exclusiva a un espíritu contrario a la uniformidad, sirven para distinguir una centuria de gran inquietud. Así, si bien las *machinadas* vascas de 1718 y 1766 "fueron luchas de las clases bajas rurales y urbanas contra los comerciantes y los diezmeros de la burguesía mercantil",⁵⁷ no hay que olvidar que los intereses burgueses contra los que se luchaba popu-

⁵⁵ ANES, *El Antiguo Régimen...*, p. 383.

⁵⁶ ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 30, destacando que "el enfrentamiento entre derecho común y derecho foral es la versión española de la distinción genérica entre el *ius commune* (el derecho justinianeo) y los *statuta o ius municipale*" y que "la desaparición por los decretos filipinos de los órganos creadores de un derecho foral del reino de Aragón contribuye a anquilosar éste, alejándose paulatinamente de las realidades que había de considerar. La enseñanza obligatoria del derecho real en sustitución del romano en todas las universidades de la monarquía y la extensión de aquél como derecho común subsidiario, y la promulgación durante todo el siglo de órdenes complementarias, modificadoras de los derechos forales o generalizadoras de otros, tanto castellanos como procedentes de países fueristas, son fenómenos que contribuyen a un proceso de unificación que tendrá su culminación en Cádiz".

⁵⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 568.

larmente poseían un innegable afán unificador: buscaban la supresión de las aduanas interiores y la regulación aduanal de los puertos con objeto de fortalecer el mercado local. En cualquier caso, las tensiones se hallarán inevitablemente presentes en el momento de instrumentar las diversas reformas del siglo XVIII, mismas que han sido caracterizadas con el nombre de *borbónicas* y que constituyen un cuerpo heterogéneo y disperso pero no inconexo, al menos en lo que a teleología se refiere.

Destaca dentro de las *borbónicas*, en el ámbito de la estructura territorial, la reforma que trajo consigo el establecimiento de intendencias. En un primer momento la institución tomó el cariz de organización extraordinaria para tiempos de guerra. Felipe V designó superintendentes generales militares "encargados de la administración de los ejércitos, de la organización de la Hacienda y de la asignación de los gastos públicos en las provincias",⁵⁸ que iba sometiendo a su poder. Debe asumirse, sin embargo, que el carácter castrense de la figura no fue óbice para la producción de importantes consecuencias en lo provincial: "en 1718 la España peninsular fue dividida en 18 intendencias. El deseo de formar unidades con cierta homogeneidad de población y superficie llevó a agrupar diversas provincias: ...Álava y Vizcaya con Burgos, Guipúzcoa con Navarra... Por la misma razón se señala por vez primera una nueva provincia: la Mancha, con capital en Ciudad Real. Progresivamente se fueron recortando las competencias de los intendentes y su número, hasta el punto que en 1724 puede darse por suprimida esta organización".⁵⁹ La resolución de 1718 (primera ordenanza de intendentes del cuatro de julio) había establecido la denominación de "intendente de provincia y de ejército" que no llegó a cristalizar. A pesar de ello, y del relativo fracaso de este primer intento, el establecimiento de los intendentes de provincia en España ha sido señalado como la más importante entre las reformas de Felipe V en el ámbito de la administración territorial,⁶⁰ lo cual, según hemos visto, no resulta poca cosa.

⁵⁸ ANES, *El Antiguo Régimen...*, p. 315.

⁵⁹ BURGUEÑO, Jesús, *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, CEC, Madrid, 1996, p. 22 y ss.

⁶⁰ Cfr. PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 37.

No será sino hasta la promulgación de la ordenanza de intendentes-corregidores del trece de octubre de 1749,⁶¹ cuando la institución alcance un carácter definitivo y ordinario. "En 1749, bajo el reinado de Fernando VI, se procedió a la reinstauración de las intendencias, pero en esta ocasión se establecieron 'en cada una de las provincias del Reyno'. Se alude, por tanto, a los reinos de la antigua Corona de Aragón y a las provincias castellanas representadas por ciudades con voto en Cortes... En total se trata de 25 intendencias peninsulares y de 2 insulares... a finales del siglo XVIII, España puede considerarse dividida en 34 provincias".⁶² Coincide en la interpretación Calero,⁶³ para quien las intendencias "se correspondían con las provincias re-

⁶¹ NOVR, VII, 11, 24.

⁶² BURGUEÑO, *Geografía...*, *Loc. cit.*, contrastando con la situación a principios del siglo XVIII en que "la España peninsular contaba con 4 territorios forales, 21 provincias con representación en las Cortes de Castilla y 3 reinos en la Corona de Aragón: un total de 28 provincias" y coincidiendo con la división recogida por FLORIDABLANCA en 1785 que "comprendía las provincias siguientes: Galicia, León, Zamora, Toro, Salamanca, Valladolid, Palencia, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Álava, Guipúzcoa, Vizcaya, Encartaciones de Vizcaya, Navarra, Islas de Gran Canaria, Extremadura, Madrid, Toledo, La Mancha, Cuenca, Guadalajara, Aragón, Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Murcia, Jaén, Córdoba, Sevilla, Granada, Nuevas Poblaciones de Sierra Morena, Nuevas Poblaciones de Andalucía". CALERO AMOR, Antonio María, *La división provincial de 1833. Bases y antecedentes*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, p. 16, quien recoge el listado de *España dividida en provincias e Intendencias y subdividida en Partidos, Corregimientos, Alcaldías mayores, Gobiernos políticos y militares, así Realengos como de Órdenes, Abadengo y Señorío. Obra formada por las relaciones originales de los respectivos Intendentes del Reyno, a quienes se pidieron de Orden de S.M. por el Excmo. Sr. Conde de Floridablanca, y su Ministerio de Estado en 22 de marzo de 1785. Con un nomenclátor de los pueblos del Reyno, que compone la segunda parte. En la Imprenta Real. Madrid, MDCCLXXXIX*, apuntando que "es la 'división de FLORIDABLANCA', incorrectamente llamada así, pues el ministro de CARLOS IV no hizo en realidad ninguna división de provincias sino que tan sólo ordenó consignar y catalogar las existentes, enumerando los núcleos de población que pertenecían a cada una de ellas e indicando su situación jurídica".

⁶³ Y difiere, en cuanto al número, ESCUDERO (*Curso...*, p. 777) para quien la Ordenanza de 1749 "dispuso la constitución de veintiocho intendencias o provincias, repartidas de la forma siguiente: cuatro de ejército o militares en los territorios de la Corona de Aragón, una en Navarra, otra en Canarias y veintidós en la Castilla peninsular. De estas últimas, dieciocho fueron propiamente de provincia y cuatro de ejército para las zonas de Andalucía, Extremadura, Castilla la Vieja y Galicia. A la entrada del siglo XIX persistían las mismas intendencias, formando una red provincial que servirá de base para la elección a diputados en las Cortes de 1812. Estas elecciones se realizaron sobre treinta y dos provincias. Como MARTÍNEZ DIEZ ha señalado, tal número provenía de las veintiocho anteriores, con el añadido de las tres provincias vascas y de Asturias, la cual se había segregado de León". Benjamín GONZÁLEZ ALONSO en *El corregidor castellano. 1348-1808*, Estudios de Historia de la

presentadas por ciudades castellanas con voto en Cortes, más Ciudad Real —desgajada de Toledo—, Canarias y, en 1717, Cádiz, junto con los reinos de la Corona de Aragón y el de Navarra".⁶⁴ Siguiendo el hilo argumentativo es imposible dejar de concluir que la figura intendencial cumple una función de enorme importancia en la configuración del mapa provincial español, aun cuando se requiera realizar algunos ajustes, como por ejemplo contabilizar dentro de las provincias al Principado de Asturias que carecía de intendencia propia. En todo caso, como afirma Burgueño, la intendencia en tanto que "innovación administrativa, de signo inequívocamente centralizador, acabó consolidando la provincia como demarcación para la administración periférica del Estado".⁶⁵

Hecho indudablemente significado en el proceso uniformador, dado que "la provincia como demarcación de ámbito inferior al regional tiene su origen en la Corona de Castilla; en la Corona de Aragón el término era exclusivamente sinónimo de reino o principado" por lo que la doble función provincial castellana en materia fiscal y representativa —lo político y lo judicial se reservaba a los corregidores— se extendería con la reforma a la totalidad de los territorios peninsulares, asumiéndose que "la existencia de una provincia debe vincularse a la presencia de unas clases dirigentes urbanas que persiguen la consolidación de su ciudad como polo organizador de un amplio territorio".⁶⁶ Aún más importante para los efectos de este estudio: la ordenanza de intendentes habla de múltiples provincias dentro de un solo reino, regido por una sola Corona,⁶⁷ todo lo cual se afirma sin

Administración/Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970, p. 283, habiendo analizado la lista de *personas que actualmente sirven las Intendencias establecidas y que quiere S.M. las ejerzan con los Corregimientos de las Ciudades en donde residan, según su Real Decreto...* firmada por el Marqués de LA ENSENADA en dos de diciembre de 1749, concluye que en efecto para 1749 las intendencias castellanas de ejército eran cuatro (Sevilla, Extremadura, Zamora y Galicia) y las de provincia dieciocho (Madrid, Burgos, León-Asturias, Granada, Córdoba, Toledo, Valladolid, La Mancha, Murcia, Segovia, Jaén, Cuenca, Salamanca, Palencia, Toro, Ávila, Soria y Guadalajara).

⁶⁴ CALERO, *La división...*, p. 23

⁶⁵ BURGUEÑO, *Geografía...*, *Loc. cit.*

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ "Para que mi Real intención tenga su debido efecto, mando, se restablezca en cada una de las provincias del Reino una Intendencia, a la cual vaya unido el Corregimiento de la capital; y al cargo de los Ministros, que para ello nombrare, las cuatro causas de Justicia, Policía, Hacienda y Guerra; a cuyo fin los que las ejercieren serán personas de grado, auto-

dejar de reconocer que no llegó a estar "claro el concepto de provincia, por lo que es confusa y equívoca la denominación de territorios, y casi nunca coincidente la enumeración de éstos. Por ejemplo, la 'provincia' de Galicia aparece en la mal llamada 'división' de Floridablanca compuesta de otras siete entidades llamadas también 'provincias': Betanzos, La Coruña, Lugo, Orense, Mondoñedo, Santiago y Tuy. Numerosas entidades eran llamadas simultáneamente provincias, reinos o intendencias, y entidades menores de la categoría de 'partidos' eran también denominadas 'provincias'".⁶⁸

A cada "provincia del reino" correspondió una intendencia a la cual quedaría ligado el corregimiento de la capital. Más allá de ello se experimentarían notables transformaciones: "las atribuciones de los intendentes quedaron perfiladas en la ordenanza de 1766, limitándose a los asuntos de guerra y hacienda, en tanto que los corregidores quedaban encargados de las funciones de justicia y gobierno".⁶⁹ Mas, por encima de todo, el intendente sería el encargado de una de las actividades más caras al ideario ilustrado: la de fomento.⁷⁰ Representaba en su provincia al superintendente general de Hacienda y, en consecuencia, se ocupaba de la dirección de las cuestiones relativas a las rentas reales. Vigilaba la recaudación de las contribuciones, emprendía estudios e investigaciones con objeto de promover el desarrollo y felicidad de la provincia y velaba por la subsistencia de las tropas a su cargo. Por supuesto, los intendentes eran funcionarios de designación real, "auténticos hombres de confianza del go-

alidad, representación y celo, cual corresponde al desempeño de esta importante confianza; reservando el elegir y nombrar los que estimare convenientes, dándoles la jurisdicción y facultades necesarias, con respectiva subordinación y dependencia de los Tribunales superiores según la naturaleza de los casos y cosas, y conforme están distinguidas por las leyes...". *NOVR, ley cit.* Las cursivas son nuestras.

⁶⁸ CALERO, *La división...*, p. 18.

⁶⁹ BURGUEÑO, *Geografía...*, *Loc. cit.* Cfr. *NOVR*, VII, 11, 26.- Separación de los Corregimientos e Intendencias para que no se embarace ni confunda la administración de justicia. 13 de noviembre de 1766.

⁷⁰ "Siendo importantísimo y del privativo encargo de los Intendentes Corregidores el fomentar en los pueblos capaces y a propósito las fábricas de paños, ropas, papel, vidrio, xabón, lienzo, la cría de sedas, establecimiento de telares, y los demás artes y oficios mecánicos por la mucha gente que ocupan y mantienen, por lo que habilitan los naturales, y enriquecen al Reyno; les mando y encargo, apliquen a este fin todas su atención, y a que se executen y cumplan con la mayor exactitud y puntualidad las órdenes generales y particulares que por mi Real Junta de Comercio se les comunicaren". *NOVR*, VII, 11, 24, párrafo 23.

bierno, actuando como agentes comprometidos con el movimiento ilustrado de modernización del país".⁷¹

III. LOS CORREGIDORES ANTE LA REFORMA INTENDENCIAL

Sebastián Martín-Retortillo, al analizar el estado de la organización administrativa a fines del siglo XVIII, sostiene el "carácter centralizado" de la misma concretado a través del "complejo sistema de corregidores, intendentes, intendentes-corregidores". A su entender, "el corregidor es, en tal sentido, la pieza clave de la organización periférica del Estado. Representa a la autoridad real y, al mismo tiempo, preside el correspondiente Cabildo municipal. Son las dos facetas que principalmente lo configuran... Bien entendido... que el corregidor es autoridad delegada del rey y el jefe de la administración municipal; y que si ostenta esta segunda condición es, precisamente, por ostentar la primera".⁷² No escapa a su análisis la importancia centralizadora del hecho de que la figura del corregidor haya sido objeto de una regulación "genérica y uniforme" y concluye constatando, dentro de la dialéctica del Antiguo Régimen, la existencia "de un auténtico y muy fuerte proceso centralizador".⁷³ Todo a partir del corregimiento y de su relación con la estructura intencional, misma que, con su establecimiento, determinó un buen número de cambios en la constitución y funcionamiento de la añeja figura castellana.

La intendencia borbónica se hallaba subdividida en partidos, coincidentes en territorio con las merindades y corregimientos del austracismo. El partido, a su vez, se fraccionaba en alcaldías mayores, encabezadas por un delegado del corregidor a título de teniente o alcalde mayor. De hecho, los "vicios que habían ido acumulando las autoridades, particularmente los corregidores y alcaldes mayores",⁷⁴ han sido vistos como causantes del mal funcionamiento de la adminis-

⁷¹ BURGUEÑO, *Geografía...*, *Loc. cit.*

⁷² MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coordinador e introductor), *Descentralización administrativa y organización política*, tomo I: Aproximación histórica (1812-1931), Ed. Alfaguara, Madrid, 1973, p. 34.

⁷³ *Idem*, p. 41.

⁷⁴ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, Gisela, *La Intendencia en España y en América*, Universidad Central de Venezuela/Consejo de desarrollo científico y humanístico, Caracas, 1966, p. 37.

tración hispánica que trató de ser paliado con la institución intendencial, por lo que no resulta aventurado calificar al intendente peninsular de órgano controlador de un cierto tipo de funcionarios menores que había logrado superar el cambio de casa reinante y traslaparse a la nueva situación.

En cierto modo el intendente vendrá a complementar, como herramienta de uniformidad, a la institución de los corregidores que desde tiempos de los Reyes Católicos⁷⁵ había venido siendo “el instrumento del absolutismo monárquico en España de la que se sirvió la Corona para seguir con su política centralizadora”⁷⁶ y, siendo especialmente claro el desarrollo de la corregiduría bajo Carlos III, su control quedaría confiado a un funcionario de mayor grado aunque “en la práctica, el intendente no era otra cosa que un corregidor con plenos poderes extendidos al nivel de la provincia”,⁷⁷ lo que de inmediato lo colocaba por encima de los encargados de demarcaciones más limitadas, como si se tratase de un intermediario entre ellos y la Corona: “el concepto de intendente es inseparable del de provincia: en cada una de ellas el intendente es la autoridad superior, y, por consiguiente, los corregidores que ejerzan su oficio en lugares integrados en tal provincia le están subordinados”.⁷⁸

No se reduce a ello, sin embargo, la transformación experimentada en el ámbito municipal durante el siglo de las luces. Se significan, en tal proceso, dos vertientes distintas: “la primera de ellas se refiere a las alteraciones que se van fraguando a lo largo del siglo XVIII en el régimen jurídico de la figura del corregidor, oficial del rey en las ciudades, y que determinarán el nacimiento de un representante ‘profesionalizado’”,⁷⁹ mientras que la segunda buscaba una mayor

⁷⁵ TOMÁS Y VALIENTE (*Manual...*, p. 313) señala que “los Reyes Católicos promulgaron en Sevilla el 9 de junio de 1500 una famosa Pragmática... sobre los Corregidores. Tales normas fueron desde entonces la base reguladora de esta importantísima institución. No es extraño, por tanto, que mereciera los comentarios directos y minuciosos de dos juristas: el de Francisco de AVILÉS... y el de Pedro NÚÑEZ DE AVENDAÑO (ambos pertenecientes al *Mos Italicus*)”.

⁷⁶ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 31.

⁷⁷ *Idem*, p. 52.

⁷⁸ GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...*, p. 248.

⁷⁹ MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, Carmen, *Bayona en Andalucía. El Estado bonapartista en la prefectura de Xerez*, CEC/Junta de Andalucía; Consejería de Cultura y Medio Ambiente, Madrid, 1991, p. 169.

participación de los vecinos en el ámbito del abasto municipal a lo que se encaminó, con poco éxito, “la creación, mediante el Auto Acordado de 5 de mayo de 1766, de dos nuevas figuras: el síndico personero y los diputados del común”.⁸⁰ Sin negar su importancia, es de señalarse que estos cambios no implicaron la pérdida para el corregidor de su carácter de agente del rey y primera autoridad municipal. Continuaba siendo juez en primera y segunda instancia y presidente del ayuntamiento, encargado principalísimo del mantenimiento de la seguridad y el orden público. Lo que ocurre es que tendrá ahora como intermediario entre sí mismo y el rey más que a un funcionario —el intendente— a toda una nueva forma de entender la función pública, esto es, a la categoría ilustrada del “fomento”. Ello explica tanto su profesionalización como su sometimiento, por virtud de Real Cédula de 21 de abril de 1783, a un estricto escalafón que divide a los corregimientos en varias categorías según fuesen de primera clase o entrada, de segunda o ascenso y de tercera o término.

IV. LA INTENDENCIA EN AMÉRICA

En Indias la intendencia presenta matices específicos a los que es necesario referirse con cierta profundidad. La primera de las intendencias en el Nuevo Mundo fue solicitada a Esquilache por el gobernador de Cuba y concedida por real instrucción el 31 de octubre de 1764, correspondiendo al titular de ella, exclusivamente, el conocimiento de las causas de hacienda y guerra. La ordenanza con que se acompañó a la real instrucción se elaboró en concordancia con las peninsulares de 1718, 1749 y del 17 de diciembre de 1760, pero “contemplando todas aquellas modificaciones que exigían las condiciones particulares de la región”.⁸¹

Polémica la hubo desde el principio. Con objeto de hacer frente a tal hecho, la Corona se sirvió de visitadores encargados de dictaminar acerca de la posibilidad de una efectiva aplicación de la institución en Ultramar. Resultado de una de aquellas visitas es un documento cuyo título resulta en sí mismo sumamente revelador del trasfondo

⁸⁰ *Idem*, p. 170.

⁸¹ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La intendencia...*, *Loc. cit.*

ideológico que prevalecía entre el grupo gobernante. Nos referimos al *Informe y Plan de Intendencias que conviene establecer en las provincias de este Reino de Nueva España*, obra de José de Gálvez datada en 15 de enero de 1768, en cuyo cuerpo la propuesta intencional aparece como compatible con la heredada división de los reinos y provincias pertenecientes a la monarquía española.

El *Plan* de Gálvez se hacía eco de la protesta metropolitana en contra de la corrupción imperante en los corregimientos y las alcaldías mayores. Sugería el establecimiento en el virreinato septentrional de once intendencias, correspondiendo a la de México la calidad de intendencia general y de ejército. Buscaba uniformar "el sistema público y económico con el de la Matriz de que resultará, entre otras muchas utilidades que acreditará el tiempo, la de entenderse después fácilmente este gobierno con el Superior de España, y no tener que aprender aquí los que vienen a servir empleos unas reglas opuestas y al menos bien distintas de las que allá se observan",⁸² al tiempo que el virrey contaría, por fin, con funcionarios provinciales honestos y eficaces que le permitirían gobernar eficientemente "las dilatadas provincias de un Imperio inmenso".⁸³

A pesar de que todos los oficiales del reino quedarían "sometidos al virrey como Jefe superior y Superintendente de rentas",⁸⁴ la intendencia no recibió buena acogida por parte de virreyes novohispanos como el arzobispo Alonso Núñez de Haro⁸⁵ y Antonio María de Bucareli y Ursúa.⁸⁶ Todos estos factores coadyuvaron a que la figura no se consolidara en el Anáhuac sino hasta el año de 1786 en que se aprueba la Real Ordenanza de intendentes para el virreinato, instru-

⁸² *Informe y Plan de Intendencias para el reino de Nueva España presentado por el Visitador D. José de Gálvez y el Virrey Marqués de Croix, y recomendado por el Obispo de Puebla y el Arzobispo de México*. En NAVARRO GARCÍA, Luis, *Intendencias en Indias*, Consejo superior de investigaciones científicas/Escuela de estudios hispano-americanos de Sevilla, Sevilla, 1959, apéndice II, p. 169.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La Intendencia...*, p. 38. El *Plan* se refiere al virrey, en este punto, como "Supremo Jefe del Reino". En NAVARRO, *Intendencias...*, apéndice II, p. 170.

⁸⁵ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 260. NÚÑEZ DE HARO fue señalado como eterno enemigo de los criollos por el patriota mexicano fray Servando Teresa de MIER. Su oposición, en tal virtud, podría servir para solidificar la tesis de H. PIETSCHMANN en torno a la calidad de la intendencia como forma de reivindicar a las incipientes burguesías locales.

⁸⁶ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La Intendencia...*, p. 39.

mento que resultará fundamental para el desarrollo de la figura no solamente en México sino en el resto del continente.

Visita similar a la de Gálvez emprendió José Antonio Areche en Perú, Chile y el Río de la Plata en 1776, mismo año en que se estableció en Venezuela la primera de las intendencias sudamericanas,⁸⁷ la cual Gisela Morazzani reputa como análoga a la cubana pero "notablemente reforzada",⁸⁸ y que resultaría exitosa pues en aquellas tierras, a diferencia de las mexicanas, "se estrenaba nueva organización, no había problemas de intereses preexistentes".⁸⁹ En 1777 Manuel Ignacio Fernández es designado intendente en las provincias del recién creado virreinato del Río de la Plata, lo que supone el inicio de un importante proceso que culminará con la división del territorio en ocho intendencias y dos gobernaciones militares por Real Ordenanza del año 1782, "verdadero código de 276 artículos sobre la materia, que recibió un complemento de 15 resoluciones en 1783".⁹⁰ La intendencia sería, por primera vez en América, una intendencia de ejército y provincia, por lo que no se restringiría al intendente a conocer de las causas de guerra y hacienda, sino que tendría facultades también en las de policía y justicia. En lo sucesivo "el jefe de la provincia cabeza del virreinato o capitán general es un *intendente general de ejército y provincia*, en tanto que los de las restantes del mismo distrito son sólo *intendentes de provincia* con título de *gobernador intendente*. Comparado el sistema con el anterior, lo que había sido mera acumulación de oficios de gobierno, justicia o guerra en una persona, aparece ahora institucionalizado al crearse un cargo o 'empleo' que en sí mismo abarca la competencia de los distintos ramos, y que presenta la novedad de unir también las funciones de Hacienda, que siempre se habían mantenido separadas".⁹¹

En contraste con la intendencia peninsular es necesario destacar que con la americana se buscó no sólo el control sino la paulatina

⁸⁷ Y no de las "continentales", como la reputa MORAZZANI, pues en 1764 se había creado la intendencia de Luisiana. Cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*. UNAM, México, 1994, p. 214.

⁸⁸ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La Intendencia...*, p. 40.

⁸⁹ DOUGNAC, *Manual...*, *Loc. cit.*

⁹⁰ *Idem*, p. 215.

⁹¹ GARCÍA-GALLO, Alfonso, "La evolución de la organización territorial de las Indias", *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, p. 882.

eliminación de los corregimientos y alcaldías mayores. Y es que en las Indias la situación de abuso⁹² había alcanzado rasgos alarmantes: "mal retribuidos, los corregidores... cedían con facilidad a la tentación de querer enriquecerse rápidamente a costa de sus vasallos; ellos y los curacas (caciques) cobraban dos veces el tributo, haciendo dos padrones, uno para su propio uso y ganancia, otro para la Real Hacienda".⁹³ No es extraño que entre la variedad de medidas que tomó Túpac Amaru en la rebelión que encabezó en el Perú (1781) estuviese —alegando el caudillo haber recibido supuestas órdenes reales— la de declarar extinta la corregiduría. En consecuencia, "fue política de la Corona que se fueran reemplazando por los intendentes —o sus representantes, los subdelegados—, los corregimientos y alcaldías mayores según fueran vacando. Por ejemplo, así se dispuso para Nueva España respecto de las alcaldías mayores o corregimientos de Valladolid (Michoacán), Guanajuato, San Luis Potosí y Zacatecas. Se procuró que, en general, los antiguos corregimientos fueran gobernados por representantes —subdelegados— del intendente",⁹⁴ todo lo cual nos muestra la peculiar flexibilidad que poseía la institución intendencial y su adaptabilidad a los diferentes intereses regios, siempre condicionados por la diversidad no sólo de las circunstancias sino de los propios análisis que recaían sobre ellas. De hecho, en la misma línea de pensamiento, es digno de destacarse que la gran diferencia que existe entre la intendencia peninsular y la indiana se presenta indudablemente condicionada por el hecho de que, fuera del de Navarra, en la España europea no quedaban virreyes, por lo que el intendente pudo depender directamente del rey, en tanto que en Amé-

⁹² No sólo: también de reivindicación de localismos, tal como señala VÁZQUEZ ("El contexto...". *Loc. cit.*): "como sabemos, el gobierno español se ejercía en la Nueva España en tres niveles: el central de Rey y sus consejos, el virreinal y el local de los municipios. La Corona trató de controlar a los municipios, mediante los corregidores, sus representantes en los municipios, pero por la necesidad de ingresos los cargos municipales se pusieron en venta, convirtiéndose en propiedad, sobre la que había el derecho de traspasarlos como herencia a los descendientes, lo que permitió a las élites locales consolidar su poder. A esto se superpuso la compleja organización política dividida en reinos, gubernaturas, audiencias y, desde 1786, en intendencias y provincias internas; todo esto agudizó el fuerte regionalismo que se había generado".

⁹³ PÉREZ, Joseph, *Los movimientos precursores de la emancipación en Hispanoamérica*, Alhambra, Madrid, 1977, p. 112.

⁹⁴ DOUGNAC, *Manual...*, pp. 219-220.

rica los intendentes "estaban supeditados en lo gubernativo, económico, guerra y Real Hacienda al virrey, representante de la Corona y máxima autoridad en el virreinato, o al gobernador y capitán general, a quien como jefe de la provincia debíanle respeto y sujeción".⁹⁵

Establecido el régimen intendencial en buena parte de la América española un "tercer paso" que señala Morazzani consistió en homogeneizar el sistema, a lo cual se abocó el propio José de Gálvez ya como Secretario de Estado en el Despacho Universal de Indias. Así, por ejemplo, la intendencia venezolana habría de ceñirse a los términos de la Real Ordenanza rioplatense, mientras que la intendencia establecida en Luisiana tendría que ajustarse a la Ordenanza novohispana. El proceso homogeneizador coincide en tiempo con el relativamente tardío establecimiento de la intendencia en los virreinos de Nueva Granada (1783) y del Perú (1784), en las islas de Puerto Rico y Filipinas (también en 1784) y en los territorios centroamericanos de San Salvador, Chiapas, Nicaragua y Comayagua (1785); tendrá su mejor arma en la Ordenanza para la Nueva España de 1786, misma que llegará a sustituir a la del Río de la Plata en la calidad de referente y modelo de la institución para ambas Américas hasta la aparición, en 1803, de la Instrucción General de Intendencias Americanas, intento de uniformidad que alcanzará un éxito bastante menor debido a la confusión que provocaba su falta de concordancia con otras disposiciones, problema que trató de resolverse apelando a la suspensión y hasta a la derogación de parte de la normatividad derivada de la propia Instrucción. Es este hecho lo que autoriza a afirmar que las intenciones homogeneizadoras de la institución intendencial indiana llegarán prácticamente intactas a las Cortes Extraordinarias de Cádiz. También su atractivo para un buen número de hispanoamericanos: a instancias del diputado cubano Andrés de Jáuregui, se aprobó en Cortes la creación de dos intendencias más para Cuba "como medio de proporcionar un mejor servicio y administración de las rentas de la isla",⁹⁶ mientras que Rafael de Zufriátegui solicitaría, como medida de protección militar, el establecimiento de una en Montevideo.⁹⁷

⁹⁵ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La Intendencia...*, p. 103.

⁹⁶ BERRUEZO LEÓN, María Teresa, *La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, prólogo de José Luis ABELLÁN, CEC, Madrid, 1986, p. 262. *Cfr.* DS 26-II-1812, p. 2826 y ss.

⁹⁷ *Idem*, p. 182.

No fue la heterogeneidad un rasgo exclusivo de la intendencia india: la propia conformación territorial de las Indias acusó cierta falta de uniformidad como consecuencia de la aplicación de las reformas borbónicas. Y ello básicamente porque el régimen intencional alcanzó solamente a algunas provincias mientras que en el resto se conservó el antiguo sistema de los "gobiernos políticos y militares" que en buena medida se mantenía intacto desde el siglo XVI. "Existe en consecuencia una doble organización territorial: la de las provincias regidas por un gobernador que es comandante general, y la de aquellas otras a cuyo frente figura un intendente, que acapara la suprema gestión de todas las materias de gobierno, justicia, hacienda y guerra",⁹⁸ situación que no podía satisfacer a los uniformismos de signo ilustrado y, más adelante, liberal: el "vivo deseo" que expresaba Carlos III al inicio de las Ordenanzas rioplatense y novohispana en orden a "uniformar el gobierno de los grandes imperios que Dios me ha confiado, y poner en buen orden, felicidad y defensa mis dilatados dominios de las dos Américas" no alcanzaría una cabal realización y quedaría en calidad de asignatura pendiente.

Cabe ahora preguntarse cuál fue el significado, en el imaginario territorial, de la institución intencional. Pietschmann se pronuncia, analizando el caso concreto del virreinato de la Nueva España, por dejar de ver en la intendencia un mero instrumento centralizador de corte francés: "de ninguna manera, sin embargo, debe concluirse que por el nombre, el sistema de intendencias se exportó a la Nueva España desde Francia pasando por España... En oposición al intendente francés, el novohispano no tenía la responsabilidad de subordinar

⁹⁸ ESCUDERO, *Curso...*, p. 779. Alfonso GARCÍA-GALLO señala que la heterogeneidad en la aplicación de la figura intencional provoca que "a diferencia de la época anterior, no todas las provincias tengan la misma organización. Hay algún distrito de gobierno superior, como es el virreinato de Nueva Granada, donde se mantiene en todo él la organización antigua, sin que los intentos de introducir las intendencias lleguen a prosperar. En otros, como el virreinato de Buenos Aires, hay provincias donde se establecen intendencias: v. gr., Montevideo, Misiones, Mojos y Chiquitos; en el reino de Guatemala, en parte de la provincia no las hay, y sí en el resto de ella, como San Salvador y Chiapa; en las Provincias internas del Norte de la Nueva España, Nuevo México y la Baja y Alta Californias no se integran en ninguna intendencia. Y aún en una misma provincia, hay ciudades o comarcas que quedan fuera de la intendencia; así, p. ej., en la de Honduras, la plaza y puerto de San Fernando de Omos permanece como 'Gobierno político y militar'." *Vid.* GARCÍA-GALLO, "La evolución...", p. 881.

a cualquier autoridad citadina (*sic*) o de otro tipo (a) los organismos de la autoridad central, expresión de la voluntad del monarca. Por tanto, no fue un instrumento destinado a centralizar y a unificar internamente al reino".⁹⁹ No lo fue, al menos formalmente, agregaríamos.¹⁰⁰ En cualquier caso, para el novohispanista —que con acierto ha denunciado la existencia del nada francés antecedente de las superintendencias de la época habsburgo— el ideario ilustrado español más que buscar obsesivamente y a título de petición de principio la centralización del reino trataba de hallar la solución más adecuada en orden a lograr un alto grado de eficiencia administrativa.¹⁰¹ Si esto se lograba manteniendo e incluso robusteciendo el autogobierno de las aristocracias locales, la potestad mayestática no opondría reparo alguno.

Posición heterodoxa, ciertamente, fundada en argumentos muy atendibles aunque acaso localistas en extremo. Para el autor de referencia, la centralización novohispana es un proceso que puede observarse desde fechas cercanas a la Conquista y bastante anteriores al iluminismo. "Los funcionarios de los niveles de provincia, distrito y locales perdieron cada vez más sus poderes, para cedérselos a las autoridades centrales del virreinato... Esta expansión de los poderes del virreinato y de la Audiencia de México también se puede ver claramente en la creciente extensión geográfica de su jurisdicción. A principios del siglo XVIII también las provincias del norte del virreinato quedaron subordinadas a la Audiencia de la capital, mientras que la Audiencia de Guadalajara se mantenía limitada a casi los

⁹⁹ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, pp. 239-240.

¹⁰⁰ Aunque las formas provincialistas también se guardaron en la Francia dieciochesca, según afirma TOCQUEVILLE en *El Antiguo Régimen y la Revolución*, 2a. reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1993, I, p. 79: "del mismo modo que la administración central no tiene en realidad más que un agente en París, tampoco tiene más que un agente en cada provincia. En el siglo dieciocho aún se encuentran grandes señores que ostentan el nombre de gobernadores de provincia... Se les siguen concediendo honores, pero no poder. En realidad es el intendente quien posee todos los poderes del gobierno".

¹⁰¹ En el mismo sentido Joseph PÉREZ (*Los movimientos...*, p. 99) para quien la reforma de las intendencias trataba únicamente de "dar mayor eficacia a la administración y de acrecentar y sanear las rentas del Estado". Sin embargo, el autor reconoce (p. 17) que el final del autogobierno municipal fue un agravio para los criollos americanos y que no hubo más paliativo que la figura del "cabildo abierto", con lo cual se aleja de la postura de PIETSCHMANN que ve en las subdelegaciones intencionales una posibilidad de autogobierno eficaz de los notables locales.

mismos territorios que se le habían asignado a finales del siglo XVI".¹⁰² La situación de creciente centralización mantuvo un desarrollo sostenido de forma tal que "si se compara la anterior organización del virreinato con la nueva delimitación de 1786-1787, se verá que la diferencia era menor de lo que en un principio parecía".¹⁰³

Siguiendo el hilo conductor de esta sugerente interpretación, la Ordenanza de Intendentes para la Nueva España de 1786 lejos de buscar el exterminio de los incipientes autogobiernos locales trató de transformarlos y promoverlos procurando que la administración de las localidades se convirtiera en un instrumento al servicio de la utilidad común. En tal sentido debe encuadrarse la concebida desaparición de los corregidores y alcaldes mayores que "tuvo el significado de una modificación de la política del gobierno, que cambiaba una administración local y distrital estatizada por una administración exclusiva de los locales honorables".¹⁰⁴ Un esfuerzo, pues, descentralizador en cierto grado, por lo que no resulta clara la posterior afirmación que señala que el objetivo de los reformistas ilustrados, con el visitador José de Gálvez a la cabeza, era el de "unificar la organización burocrática de la Nueva España con la de la metrópoli".¹⁰⁵ ¿Dónde está la "confianza en los locales notables" en la organización intendencial de la Península? ¿Dónde el esfuerzo descentralizador? ¿Requería la España peninsular de descentralización semejante? Pietschmann responde a estos reparos afirmando que los conceptos de centralización y descentralización tienden a ser arbitrarios, y haciendo votos por la producción de nociones más asépticas que dejen de lado cualquier tipo de prejuicio. Ello —desde luego— no deja de ser necesario,¹⁰⁶ pero precisamente muestra con mayor fuerza la disparidad de condiciones existente entre la España europea y la ultramarina, como confiesa el propio autor: "si las resoluciones de la Ordenanza de 1786 efectivamente hubiesen sido expresión de esfuerzos centralizadores, entonces la anterior organización habría tenido que ser descentralizada... (en reali-

¹⁰² PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 116.

¹⁰³ *Idem*, p. 130.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 187.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 199.

¹⁰⁶ Como lo es también tener presente la distinción existente entre "centralización" y "uniformidad".

dad) el virreinato de la Nueva España estaba mucho más centralizado que la metrópoli".¹⁰⁷

Afirmación semejante conlleva el riesgo de olvidar que, a raíz de la desvirtuación de los corregimientos americanos, comenzó a operarse lo que Josefina Vázquez ha caracterizado como una "federalización clandestina" y que de hecho constituyó la situación que el proyecto dieciochesco de modernización trató —en buena medida infructuosamente— de contrarrestar: "el objetivo verdadero era controlar el aparato administrativo desde la metrópoli y sacar provecho de 'las colonias' de ultramar. En la práctica, la nueva división de intendencias fortaleció los intereses regionales y pretendía responder a la integración de los mercados locales y de las redes comerciales que se habían constituido; junto a las reformas fiscales y comerciales, las intendencias contribuyeron a desarticular la vida económica, política y administrativa del virreinato",¹⁰⁸ dándole un cierto ropaje legal a la 'federalización' vigente al tiempo que, desde Madrid, se pretendía dirigirla.

Creemos, por tanto, que resulta más exacto ver en la creación americana de intendencias tanto un esfuerzo centralizador como uno descentralizador, tal como señaló en su momento Navarro García. Descentralizador "sólo en cuanto que el virrey dejaba de tener directamente el ejercicio de sus omnímodas facultades sobre toda la masa de la población y de las numerosas Justicias Superiores",¹⁰⁹ pero centralizante si "se conseguía la estricta observancia de la Ley"¹¹⁰ en todo el virreinato, ley por virtud de la cual las autoridades provinciales dejarían paulatinamente de responder frente al virrey para colocarse en situación de franca y directa dependencia jerárquica respecto de las autoridades metropolitanas. Al menos tal parece haber sido la intención última de Gálvez para quien "el meridiano político de Salta, Arequipa o Durango dejaría de estar en Buenos Aires, Lima o México para pasar directamente por Madrid".¹¹¹ No hay que olvidar que "las intendencias iniciaron el proceso de fragmentación de las grandes provincias de la antigua división y restaron también auto-

¹⁰⁷ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 242.

¹⁰⁸ VÁZQUEZ, "El contexto...", p. 82.

¹⁰⁹ NAVARRO, *Intendencias...*, p. 97.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Idem*, p. 98.

mía a los municipios, al ponerlos bajo el control de los intendentes, en un modelo parecido al que establecería más tarde el centralismo".¹¹² Con todo, no deja de parecer apresurada la fórmula "descentralización en los reinos, centralización en el Imperio colonial" por cuanto que, como ya hemos señalado, el virrey conservó —a pesar de que pueda sostenerse válidamente que tal no era la intención de los promotores de la intendencia, Gálvez a la cabeza— su situación de preeminencia en el enorme distrito de su superior gobierno.

De entre todo el caos de pretensiones y concepciones una cosa puede sacarse en claro: al lado de la ilustrada búsqueda del mejoramiento de la organización burocrática figura la intención de mantener unido al imperio español. Existe —y esto es lo que verdaderamente nos concierne— cierta idea de "Imperio" y cierta conciencia de la necesidad de su modificación ordenada al mantenimiento de su cohesión. "Los estadistas ilustrados del reinado de Carlos III no sólo planeaban la creación de un espacio económico cerrado compuesto por España y sus colonias, sino que querían lograr una unión de todas las partes del imperio español en un Estado nacional unitario, fortificado internamente como Gran España (al que se llamó 'cuerpo unido de Nación')... El sistema de intendencias se transformó en el más importante instrumento para alcanzar estos objetivos".¹¹³ Ante la relatividad de su éxito, los esfuerzos por la conservación del Imperio se multiplicarán, aunque la clara conciencia de lo que bien podría llamarse "necesidad de lo nacional" se irá difuminando con suficiente rapidez como para desaparecer por completo en el corto espacio de unas cuantas décadas. En este proceso deben enmarcarse, en ulteriores tiempos, las peticiones formuladas por el virrey, conde de Revillagigedo, en el sentido de reforzar, dentro del sistema intencional, la autoridad virreinal, así como los proyectos autonómicos del intendente José de Ábalos,¹¹⁴ del conde de Aranda y de

¹¹² VÁZQUEZ, "El contexto...", *Loc. cit.*

¹¹³ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 302.

¹¹⁴ Por representación a CARLOS III de fecha veinticuatro de septiembre de 1781, el intendente ÁBALOS proponía una "oportuna y cuerda división del Imperio, la creación de 'monarquías particulares separadas' de España. Convendría desprenderse de las provincias comprendidas en los distritos a que se extienden las Audiencias de Lima, Quito, Chile y La Plata, como asimismo de las Islas Filipinas y sus adyacentes, erigiendo y creando de sus extendidos países tres o cuatro diferentes monarquías. Príncipes de la familia real serían los

Manuel Godoy y la propuesta descentralizadora formulada en 1806 por el intendente de Puebla, Manuel Flon, que "no sólo veía en la descentralización un medio para mejorar el funcionamiento de la administración, sino antes que nada una forma de frenar los esfuerzos tendientes a una posible independización".¹¹⁵

Centralización aparte, es evidente que "las intendencias existieron porque el rey quería modernizar la organización de sus dominios, uniformarlos y promover su bienestar, amén de mejorar los ingresos fiscales y las condiciones de defensa".¹¹⁶ En tal virtud nos parece que la noción que más tiene que ver con el "imaginario territorial" (esto es, con el "Imperio", la "Monarquía" o el "cuerpo de nación") es la de uniformidad. De que la Corona tenía clara conciencia de lo gradual que tendría que ser el proceso no puede caber duda si se repara en los diversos cuerpos normativos que lo encauzaron en cada tiempo y en cada lugar. El intendente no sustituyó a las autoridades superiores en ninguna de las partes de la monarquía. Convivió, allí donde los había, con los virreyes, como lo hizo con los gobernadores que procedían de la Nueva Planta peninsular. Si se le iba a terminar por conceder plenos poderes para actuar en su demarcación como único y absoluto representante del monarca es algo que no podemos saber. "Los Borbones no suprimen en América las instituciones creadas por los Austrias, pero instalan al lado de aquéllas otros cuerpos paralelos que concentran cada día más la realidad del poder... El método es siempre el mismo: no se suprimen las instituciones heredadas de los Austrias, pero poco a poco, se les va cercenando el poder efectivo con la progresiva instalación de una administración más personalizada, más moderna, que goza de toda la confianza de la Corona".¹¹⁷ El hecho es que en lo que pudo conocer-

soberanos de aquellas naciones, que quedarían unidas a España por lazos sentimentales, comerciales y políticos muy estrechos. Éste es, además, el verdadero interés de España; separada de aquellos territorios, podrá consagrar todas sus energías a sus problemas propios". PÉREZ, *Los movimientos...*, p. 139. Las cursivas son nuestras. En parecidos términos se presentan las propuestas de ARANDA y de GODOY, que tendremos ocasión de analizar más adelante. En todo caso, es necesario tener en cuenta que, como señala PÉREZ, estos proyectos "no tuvieron la menor influencia en la política oficial seguida por España en América", *idem*, p. 141.

¹¹⁵ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 296, nota 105.

¹¹⁶ DOUGNAC, *Manual...*, p. 218.

¹¹⁷ PÉREZ, *Los movimientos...*, pp. 7-8.

se de su desarrollo la figura intendencial se mostró formalmente respetuosa del resto de las autoridades locales, lo cual contribuye a replantear su concepción como herramienta de consolidación del poder central permitiéndonos verla, con mayor exactitud, como lo que fue: un instrumento de fomento que se significó también como un factor importante en la configuración y pretendida uniformización territorial de las Españas. En este sentido la intendencia “ejercía dobles funciones. De una parte, permitía al virrey tener en la mano, con mayor facilidad, el gobierno del desmesurado territorio de su jurisdicción. De otra, centralizaba efectivamente la vida de toda la Provincia en la de su Capital, residencia del Intendente, creando una serie de vínculos entre ésta y todo su distrito”,¹¹⁸ con lo que la configuración provincial de las Américas se colocó en una posición de franca y definitiva consolidación.

Organismos que colaboraron con el intendente en la labor de fomento y promoción fueron las Juntas provinciales, claro antecedente de las Diputaciones provinciales doceañistas. Creadas por decreto del cinco de abril de 1780, se hallaban conformadas “por el Intendente y el contador, un regidor o capitular del Ayuntamiento, nombrado por éste y por el administrador general de rentas, ‘los cuales citando y

¹¹⁸ NAVARRO, *Intendencias...*, *Loc. cit.* Parece inexacto, sin embargo, afirmar que “la división territorial en Intendencias sirvió de base a la de todas la Repúblicas americanas” por cuanto que se olvida el importante papel que en tal configuración jugó la división en distritos de Audiencia, aunque lo sostenido por Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ (*El Antiguo Régimen...*, p. 237) en el sentido de que “el actual mapa de Hispanoamérica reproduce más bien las fronteras de las audiencias que las de los virreinos” deba sujetarse a revisión (baste considerar que en Centroamérica, con una sola Audiencia en Guatemala, existen hoy cinco Estados independientes). La afirmación de NAVARRO es de cualquier forma oscura pues no se alcanza a comprender si se refiere a la conformación misma de las Repúblicas en sí o a su división interna. En este último caso, es incontestable que las intendencias novohispanas sirvieron como base para la creación de los estados federados en la Unión mexicana (1823-1824), recordando siempre que el virreinato septentrional resintió una división intendencial más acusada que los meridionales. En cuanto a la relación dialéctica intendencia-provincia, el ejemplo constitucional venezolano (único anterior a Cádiz) puede resultar particularmente descriptivo: “en Venezuela se produce la elaboración, el 5 de julio de 1811, del Acta de Independencia, que firman 42 diputados de siete provincias: Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo; faltan los representantes de Coro, Maracaibo y Guayana”. VILLABONA BLANCO, Ma. Pilar, “Aproximación al estudio comparativo de las Constituciones de Venezuela y Cádiz, 1811-1812”. *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, edición al cuidado de Juan CANO BUESO, Parlamento de Andalucía/Tecnos, Madrid, 1989, p. 782.

oyendo en conferencia cuando lo tuvieren por conveniente al Procurador Síndico y al Personero...’, se congregaban para examinar detenidamente las reformas que habrían de introducirse con acuerdo a la población, su producción, comercio e industrias, conjugando, en lo posible, el alivio de los vasallos con las obligaciones de la Corona”.¹¹⁹ De suerte desigual, las Juntas llegaron a intervenir en todo lo referente al gobierno, dirección y administración de las rentas reales (instrucción general del cuatro de octubre de 1799) hasta que la instrucción general del 30 de julio de 1802 las declaró extintas, con lo que se retornó al sistema de las Juntas informativas semanales en las que simplemente se daba cuenta al intendente de la marcha de la administración en la demarcación. Este tipo de Juntas se denominará “de gobierno” en las principales Ordenanzas intendenciales americanas (Río de la Plata, Nueva España y general) y se desenvolverá hasta llegar a constituir organismos de mayor envergadura, como la Junta Superior de Real Hacienda, con jurisdicción sobre todo un virreinato. Más limitado al ámbito provincial resultará el sistema de Juntas de Hacienda cubano creado el 27 de febrero de 1812 (esto es, tan sólo unos cuantos días antes de la promulgación de la Constitución de Cádiz) a imagen del de las Juntas peninsulares de 1780.

El fugaz —pero importante— paso de las Juntas provinciales por el universo administrativo español adquiere relevancia cuando se lo contrasta con el caso francés. En la Francia prerrevolucionaria, concretamente en 1787, “se puso junto al intendente una asamblea provincial que vino a ser el verdadero administrador del país”.¹²⁰ El hecho tuvo gran influencia en el plano de la aplicación de la legislación administrativa —ya para entonces de profundo sentido revolucionario—, en el de la centralización y, en última instancia, en el del estallido político de la Revolución: “una legislación tan contraria a la precedente y que cambiaba de forma tan completa no sólo el orden de los asuntos, sino la posición relativa de los hombres, tuvo que ser aplicada a la vez en todas partes y también en todas partes más o menos del mismo modo, sin ningún respeto a las costumbres anteriores ni a la situación particular de cada provincia. ¡Hasta tal punto el espíritu unitario de la Revolución se había adueñado del viejo go-

¹¹⁹ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La Intendencia...*, p. 83.

¹²⁰ TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen...*, I, p. 195.

bierno al que iba a derribar!"¹²¹ ¿Es que el poder central no podía confiar sino en organismos unipersonales para impulsar las reformas administrativas sin que tal impulso se tradujese en una Revolución política? ¿Por qué fueron estas Juntas, aun con su naturaleza provincial, instrumentos para la centralización política? ¿Tienden las asambleas, por naturaleza, al espíritu revolucionario? ¿Se dio cuenta de ello la potestad regia española y por eso hizo desaparecer las Juntas provinciales? ¿Qué retraso significó tal desaparición en la total centralización de España, supuesto que ésta haya sido realmente deseada?

Pues no lo sabemos de cierto pero resulta curioso que con ocasión del alzamiento contra Napoleón en 1808 se hayan constituido Juntas provinciales "elegidas sobre la base del sufragio universal" y que precisamente a ellas les haya sido confiada en un principio la tarea revolucionaria, si bien, como afirma Marx, "el pueblo, al designar estas autoridades, no pensó en limitar sus atribuciones ni en fijar término a su gestión. Naturalmente, las Juntas sólo se preocuparon de ampliar las unas y de perpetuar la otra. Y así, estas primeras creaciones del impulso popular, surgidas en los comienzos mismos de la revolución, siguieron siendo durante todo su curso otros tantos diques de contención frente a la corriente revolucionaria cuando ésta amenazaba desbordarse".¹²² No menos significativa será la inclusión de la figura de las diputaciones provinciales en el texto de la revolucionaria Constitución de Cádiz.

V. LAS PIEZAS DEL ROMPECABEZAS PENINSULAR

1. La antigua Corona de Castilla y sus divisiones internas

Al analizar la división territorial de lo que fue hasta principios del siglo XVIII la Corona de Castilla, deben tomarse en consideración los siguientes rasgos distintivos:

- La debilidad del cuerpo político provincial.
- La consecuente importancia de la vida municipal.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² MARX, *España...*, p. 27.

- La marcada significación de las ciudades con voto en Cortes en el proceso de división y clasificación territorial.
- El carácter tributario de tal división, derivado de la asunción castellana de la carga fiscal que representaron los proyectos internacionales de la monarquía.

A diferencia de Aragón y de Navarra, tierras forales y virreinales, lo provincial castellano en cuanto régimen de administración territorial es difícilmente reconocible. En razón de ello "entre el poder central y el local, o los señoríos en su caso, se da en Castilla un vacío casi absoluto, sólo atenuado por la existencia de ciertas demarcaciones o *provincias*, de naturaleza financiera, así como por la consolidación de los corregimientos municipales. Éstos llegan a configurar un distrito de confuso alcance, más amplio que el estrictamente local y menor que las circunscripciones territoriales antes conocidas",¹²³ sin que pueda asimilarse al cuerpo de provincia. No había, pues "nada verdaderamente sólido entre los municipios y el poder central; existían reinos: de León, de Toledo, de Sevilla... pero esta titulación ostentosa no encerraba ninguna realidad, no eran unidades administrativas a ningún nivel".¹²⁴

Ajeno, pues, a reivindicaciones provincialistas se desenvuelve en buena medida el proceso formativo de la Corona de Castilla, con todo lo que ello podía significar para la consolidación del poder regio, resultando perfectamente localizables en tiempo y espacio los primeros brotes provincianos frente a una Corona que presentaba ya para entonces un grado notable de cohesión, según ha concluido José María Portillo tras estudiar la obra de Juan Antonio Llorente: "la diferencia fundamental que distingue a las provincias vascas dentro de la monarquía, esto es, su carácter de 'cuerpos políticos de provincia', tiene un datable y concreto origen: 'hasta el siglo XIV no se distinguieron de las provincias castellanas en la menor cosa sustancial'. No existiendo cuerpo político de provincia eran las ciudades o villas los esenciales elementos pre-provinciales, al igual que en Castilla, 'gobernándose independientemente de sus comarcas'. La distinción posterior la cifra Llorente en una posterior evolución diferen-

¹²³ ESCUDERO, *Curso...*, p. 775.

¹²⁴ DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...*, p. 110.

ciada: lo que en Castilla se destruye en las provincias se mantiene (los fueros) aprovechándose la consolidación de privilegios para alcanzar su territorialización 'y he aquí todo el principio de las distintas formas de gobierno que se notan entre unos y otros vasallos'".¹²⁵

De esta manera, el distingo radica en la mayor o menor fuerza del pactismo y de la posibilidad de defensa frente a actitudes desaforadas por parte de un absolutismo real en franco ascenso. Por ello es que lo que se reivindica al finalizar el Antiguo Régimen son propuestas en el sentido de, por ejemplo, concebir históricamente una supuesta no incorporación del señorío de Vizcaya a la Corona castellana, sucediéndose en su gobierno los reyes de Castilla más por derecho de sangre que por otra cosa, con lo cual Vizcaya garantizaría la conservación de su *Constitución* señorial. Con ello se reivindicaba, de paso, el carácter de cuerpo provincial existente "desde los siglos más remotos".¹²⁶

La vida territorial, sin embargo, se halló en sus orígenes igualmente marcada por la pre-provincialidad en todos los territorios de la Corona castellana, lo que de inmediato nos lleva a la segunda de las características que hemos señalado. Es lo municipal lo que destaca y lo que configura el ámbito de intermediación entre los intereses populares y los regios, a grado tal que —tercera y cuarta características— serán las ciudades con voto en Cortes las entidades que fungirán como base para la nueva división que los requerimientos tributarios hacían ya impostergable.

Con la mirada puesta en los proyectos exteriores y en las responsabilidades que conllevaba la impresionante extensión del ámbito de influencia castellana llevada a cabo durante los siglos XV y XVI, surge "en esa centuria una nueva división, de carácter fiscal, que según el censo de 1591 comprendía un total de cuarenta circunscripciones: de ellas, treinta y dos *provincias* nominales, y otras ocho que

¹²⁵ PORTILLO VALDÉS, José María. "Momento preconstituyente, debate constitucional: las provincias exentas y la monarquía hispana en la crisis del Antiguo Régimen". *Materiales...*, p. 652. Las citas son de LLORENTE, Juan Antonio, *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas en que se procura investigar el estado civil antiguo de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y el origen de sus fueros*, Madrid, 1806-1808.

¹²⁶ Vid. PORTILLO, "Momento...", p. 653, donde se analizan los argumentos de Francisco de ARANGUREN Y SOBRADO en su *Demostración del sentido verdadero de las autoridades de que se vale el doctor D. Juan Antonio Llorente*, Madrid, 1806.

lo eran de hecho, con independencia de las Provincias Vascongadas que por no contribuir al servicio de millones quedan al margen de tal reparto".¹²⁷

El proceso, a grandes rasgos, puede sintetizarse según lo propone Antonio Calero: "a medida que se impone el poder absoluto de los monarcas de la Casa de Austria, con Carlos V y en especial con Felipe II, las funciones y poderes de las Cortes de Castilla van quedando progresivamente reducidas a las de aceptar los impuestos que propone el rey; la forma de cobrarlos sería la que, poco a poco, daría lugar a la delimitación del territorio de las futuras provincias: los encargados de hacerlo serían los municipios de las dieciocho ciudades con voto en Cortes, y los cobrarían cada uno en el distrito que les correspondiera".¹²⁸ Cabe decir que ni Navarra —con su peculiar situación de incorporación respecto de la Corona— ni las provincias vascongadas sufrieron ninguna alteración en su configuración territorial, esto es, en su naturaleza corpóreo-provincial.¹²⁹

Así es que si las provincias castellanas pueden alegar un lejano origen en los reinos y entidades territoriales que se unieron para dar cuerpo a la Corona, parece incontestable que su brote inmediato se halla en este proceso que privilegió a las ciudades de voto en Cortes como núcleo de la división: "los cuarenta distritos fueron agrupados en torno a las dieciocho ciudades con voto en Cortes. Algunas —Soria, Madrid, Granada, etcétera— encabezaron su única *provincia*, mientras otras como Burgos, Zamora o Toledo figuran al frente de *provincias* diversas. En todo caso esa concentración de uno o varios distritos bajo las ciudades con voto en Cortes, dio paso a un sistema global de dieciocho *provincias* convertidas luego en veintiuna cuando Santiago de Compostela, Extremadura y Palencia logran acceder a la asamblea".¹³⁰

El carácter de la división debe asumirse como de estricto orden financiero, lo que trajo consigo una notable desigualdad en las di-

¹²⁷ ESCUDERO, *Curso...*, p. 776.

¹²⁸ CALERO, *La división...*, p. 20.

¹²⁹ Aun cuando "la unión de Navarra con Castilla tuvo como consecuencia la desmembración de sus tierras septentrionales: Laburdi, Zuberoa y Baja Navarra, en total poco más de dos mil kilómetros cuadrados sobre los cuales reinaron los Borbones que hasta la Revolución se titularon 'Reyes de Francia y de Navarra'". DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...*, p. 117.

¹³⁰ ESCUDERO, *Curso...*, *Loc. cit.* Cursivas en el original.

menciones y en el volumen poblacional de las distintas provincias. Son elementos a considerar, además, “la no aplicación de la división en *provincias* a los territorios de las Órdenes Militares, articulados a su vez en otras circunscripciones llamadas *alcaldías mayores* o *gobernaciones*” y “la heterogeneidad de su marco geográfico respecto al que hoy es propio de provincias del mismo nombre”.¹³¹

En este estado de cosas, si aún hacia fines del XVIII —y a pesar de todos los esfuerzos encaminados a dar un vuelco a la situación— es cierto que “en el terreno político España encerraba dentro de sus fronteras nacionales una serie de estados diversamente organizados, con una legislación particular, y que participan en los gastos nacionales con contribuciones de distinta importancia”, también lo es que “Castilla, país fuertemente centralizado desde mucho tiempo atrás, tenía, igualmente, una clara vocación centralista, se sentía llamada a unificar el país en torno suyo mediante la extensión de su derecho, frente a los derechos forales subsistentes en los restantes territorios unidos bajo la misma Corona. Aunque en esta época ya no tengan sino un significado histórico, la componen dieciocho provincias (Ávila, Burgos, Cuenca, Extremadura, Guadalajara, León, Madrid, La Mancha, Nuevas Poblaciones de Sierra Morena, Palencia, Salamanca, Segovia, Soria, Toledo, Toro, Valladolid, Zamora, Islas Canarias), seis reinos (Córdoba, Galicia, Granada, Jaén, Murcia, Sevilla o Andalucía) y un Principado (Asturias)”, siendo la división provincial castellana “de una total desproporción”,¹³² e incluso caótica.

2. La situación de los antiguos reinos de la Corona de Aragón: intentos fallidos de “devolución de fueros”

Hemos analizado en apartados anteriores la situación a que quedaron reducidos los reinos de la antigua Corona de Aragón tras el establecimiento de la Nueva Planta. Ahora bien, durante el siglo XVIII se presentaron algunas peticiones de devolución de fueros que, por su importancia en la configuración del imaginario territorial de una monarquía que comenzaba a ser plenamente española, es necesario estudiar.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 27.

Las voces inconformes se hicieron oír incluso antes de la terminación de la Guerra de Sucesión¹³³ y acompañaron el desenvolvimiento de todo el dieciocho aragonés, pero por su sistemática y difusión destaca el *Memorial de Greuges* presentado en 1760 a Carlos III por diputados a las Cortes del reino que él mismo había convocado.

Por principio de cuentas, en el *Memorial* se reconoce la sana intención de Felipe V al establecer una situación que beneficiaría al cuerpo monárquico entendido como un todo, pero se denuncia la falta de operatividad de tales propósitos en razón, primordialmente, de los daños que se causaron a partes significadas del propio cuerpo:

Al principio de este siglo el señor Phelipe V, que esté en gloria, tuvo por conveniente derogar las leyes con que hasta entonces se habían gobernado los Reynos de la Corona de Aragón, mandando que en adelante se gobernasen con las de Castilla, sin duda con el recto fin y con la inteligencia de que esta igualdad y uniformidad entre las partes había de ceder en gran beneficio del cuerpo de la monarquía. Se descubre a primera vista en esta providencia la equidad y el zelo del bien público, pero son imponderables los males que en su ejecución han padecido aquellos Reynos contra la piadosa intención del glorioso padre de Vuestra Majestad.¹³⁴

De todo ello no podía culparse a las instancias centrales, de cuya buena fe no cabía dudar, aunque bien podía deslizarse una disfrazada denuncia tanto de su precipitación como de su falta de conocimiento de las circunstancias locales:

Era muy arduo el negocio y muy inminente el peligro de causar gravísimos perjuicios, porque si cualquier novedad en el gobierno, aun la más útil se considera arriesgada y siempre trastorna, ¿quanto había de trastornar una entera mudanza del antiguo gobierno de aquellos Reynos? Para ejecutarlo

¹³³ KAMEN, *Felipe V...*, p. 88: “... dos de los principales ciudadanos de Valencia, ambos leales a FELIPE V, Pere Lluís BLANQUER, el *jurat en cap*, y Josep ORTI, el secretario de la Diputación, en septiembre de 1707 hicieron un llamamiento para la restauración de los fueros, siendo inmediatamente encarcelados y trasladados dos días después a prisión en Pamplona”.

¹³⁴ *Memorial de Greuges de 1760. Projecte de Constitució de l'estat català de 1883. Memorial de Greuges de 1885. Misstage a la Reina Regent de 1888. Bases de Manresa de 1892*, Textos Jurídics Catalans, Estudi introductorio Josep A. GONZÁLEZ CASANOVA, Lleis i costums VI/1, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1990, p. 3. Se ha respetado la ortografía castellana que aparece en el original.

con acierto se necesitaba de mucho tiempo y de una superior práctica inteligencia. Por más sabios, íntegros y zelosos que fuesen, como en verdad lo fueron, los Ministros a quienes la Majestad del señor Phelipe V encargó el establecimiento del nuevo gobierno, no tubieron bastante tiempo, ni aquel experimental conocimiento que se requería, para juzgar qué novedades eran útiles y las que no podían dexar de ser dañosas al público y a la real autoridad.¹³⁵

Al tiempo que se señalan las bondades de las antiguas leyes aragonesas para el mantenimiento de ciertas cualidades mayestáticas y se cuestiona la falta de coherencia que había significado el respeto al derecho civil propio de tres reinos y su abrogación en el cuarto:

Pero luego se conoció que la general abolición de aquéllas leyes (las de Aragón) perjudicaba a la regalía, dando mayor extensión a la ynmunidad y jurisdicción eclesiástica de la que permitían los fueros de la Corona de Aragón y, en consecuencia, declaró Su Majestad que no debían entenderse derogados en esta parte. También declaró no ser su voluntad privar a los particulares de las gracias y privilegios que por sus servicios les concedieron los progenitores de Vuestra Majestad. Y quiso asimismo que en lo civil se guardasen las leyes municipales de los Reynos de Aragón, Cataluña y Mallorca, no alcanzándose la razón por qué esta providencia no ha de entenderse al Reyno de Valencia que también tenía sus propias leyes municipales.

Señalado el fondo general que subyacía en su oposición a la Nueva Planta, los diputados dirigen sus argumentos a denostar la actuación de las figuras castellanas que les habían sido traslapadas y aun de aquellas que como innovación de fomento habían sido creadas para el gobierno general de la monarquía:

Muchas son, Señor, las causas del poco respeto que haora merecen los magistrados de las ciudades. Los corregidores tienen mayores facultades que tenían antes los justicias, que podían llamarse compañeros de los jurados, y los yntendentes tienen tantas privativas que es mui poca, o ninguna, la autoridad de los regidores. Las audiencias con qualquier motivo se ingieren en el gobierno económico de las ciudades mudando las antiguas reglas.¹³⁶

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Idem*, p. 4.

Para solicitar a continuación una contrarreforma que significara la vuelta al benéfico gobierno tradicional de los pueblos:

... lo cierto es, Señor, que del buen gobierno inmediato de los pueblos depende principalmente su felicidad y la de toda la monarchía. Aunque tengamos la dicha de que Vuestra Majestad sea Rey y padre de sus vasallos, y aunque sus primeros ministros sean mui celosos, no siéndolo los corregidores y regidores de los pueblos, las más benignas providencias se inutilizan. Pero, si estos son buenos como deven serlo, las órdenes más rigurosas se executan con tal suavidad y prudencia que se hacen poco sensibles...¹³⁷

Sin que ello implicase menoscabo alguno para la idea que de la monarquía española se habían formado los Borbones:

La diferencia del gobierno y de las leyes municipales de los Reynos de España ni se oponen en un ápice a la soberanía de Vuestra Majestad, ni a la unión entre sus vasallos, ni a la verdadera política...¹³⁸

En cuanto a la dotación de empleos las quejas y los argumentos son muy parecidos a los de los criollos americanos, sin embargo de que

Gracias a Dios, Señor, y gracias a Vuestra Majestad por las muchas apreciables honras que en el corto tiempo de su feliz Reynado ha dispensado a nuestros paisanos, a tres ha nombrado Vuestra Majestad por sus embaxadores, a uno ha elegido Virrey de la Nueva España...¹³⁹

Pues la fusión del Consejo de Aragón con el de Castilla había propiciado situaciones que no se consideraban tolerables:

Puede ser que este ley (*la de Toro en 1367, que dividía las plazas en el Consejo de Castilla por igual entre todos los reinos castellanos*), como otras mui justas y provechosas, no se haia observado con todo rigor. Sin embargo, vemos que en el Consejo Real ay dos ministros hijos de Galicia, dos de Asturias, dos de Navarra, cinco de Andalucía y Murcia, catorce de los otros Reynos de Castilla y uno sólo de los quatro Reynos de la Corona de Aragón, y muerto éste, como Vuestra Majestad no lo remedie, según las señas no habrá ninguno...¹⁴⁰

¹³⁷ *Idem*, p. 5.

¹³⁸ *Idem*, p. 6.

¹³⁹ *Idem*, p. 9.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 14.

Por cuanto que —muy interesante— constituían violaciones al espíritu mismo con que se habían expedido los decretos de Nueva Planta:

Se discurrió que convendría la distribución recíproca de los empleos entre los españoles, sin respecto a que hubiesen nacido en esta o en la otra provincia, para conciliar y unir los ánimos de todos y asegurar más la pública quietud y el real servicio. En verdad no hubiéramos tenido motivo de sentimiento si se hubieran distribuido los premios con igualdad y del modo que el señor Felipe V creyó sería ventajoso a sus vasallos de la Corona de Aragón, habilitados para los empleos de Castilla de que estaban excluidos...¹⁴¹

Otra exigencia, en apariencia contradictoria, radica en que los magistrados civiles y eclesiásticos sean oriundos del reino sobre del cual ejercen su magisterio.

¿Es todo esto suficiente para probar un ánimo de reivindicación nacionalista, según parece pretender González Casanova en su estudio introductorio?¹⁴² ¿Qué hay detrás de este tipo de intentos devolutorios? ¿Se trata de una simple reivindicación de puestos en el gobierno o hay algo más? (pienso en un repudio al uniformismo o al cuerpo político de la monarquía). ¿Era la Nueva Planta realmente insoportable para los vasallos aragoneses o bastaba con una mejor aplicación de sus preceptos para contentar a todos?

Lo cierto es que no se presentan ambiciones independentistas, como las había habido en 1640, y que tampoco se cuestiona en sí la pretensión de sistematizar el ejercicio territorial del poder en la monarquía. Lo que puede apreciarse es, si no plena aceptación, resignación suficiente frente a la nueva situación, al lado de un intento por mejorar para los antiguos reinos aragoneses ciertas cuestiones —más bien de matiz— en lo referente a la aplicación de las medidas. En otras palabras: se propugna por una monarquía plurirregnicola (que no plurinacional, al menos en el sentido con que actualmente dotamos a la palabra “nación”) en que se mantenga el respeto por la soberanía

¹⁴¹ *Idem*, p. 17.

¹⁴² *Idem*, p. XV. “L’originalitat del Memorial de 1760 rau, al meu entendre, en el fet que s’anticipa, amb arguments molt semblants, a les formulacions, tant federals como regionals nacionalistes, del segle XIX pel que fa a la no contradicció d’un Estat plurinacional, que es correspon amb la plausibilitat d’unes nacions diferenciades sense Estat propi, però integrades en el si d’u mateix Estat comú, considerat com a propi per cadascuna d’elles”.

del rey que, aun gobernando de idéntica forma en cada una de las partes integrantes de su Estado —repárese en que no se reivindica una vuelta al antiguo estado de cosas que implicara, por ejemplo, la reconstitución del Consejo de Aragón— mantenga un buen número de beneficios a determinados vasallos que, teóricamente al menos, debían ser iguales a los demás. Se aprecia, pues, que más que expresar un desacuerdo en lo referente al “imaginario territorial”, los intentos devolutorios de fueros se derivan de exigencias prácticas y de tentativas de *realpolitik* para mejor colocar a las provincias orientales en el seno de una monarquía que había sufrido transformaciones definitivas e inapelables.¹⁴³

3. Especial referencia a la subsistencia de Navarra como “reino de por sí”

Desde las Cortes de Burgos que, en 1515, dotaron de forma legal a la ocupación llevada a cabo en 1512 por Fernando el Católico, Navarra

¹⁴³ En contra de esta apreciación, LLUCH, Ernest. *Las Españas vencidas del siglo XVIII. Claroscuros de la Ilustración*, Crítica, Barcelona, 1999, para quien (el desarrollo de los argumentos en pp. 69-85) “se trataba de devolver a toda España o al menos a una parte el sistema vigente antes de 1714” bien entendido que, en su concepto, no sólo la Corona de Aragón —que, en palabras de Juan AMOR DE SORIA, autor de la *Via Fora*, “asegurada de las promesas de la Gran Bretaña... perdió su libertad, sus privilegios y su antiquísimo ser”— fue derrotada en la Guerra de Sucesión, sino todas las Españas austracistas, incluidas la ultramarina y la castellana sujetas “a un absoluto despotismo, sin Cortes y con unos tributos multiplicados”. Nos parece que, sin embargo, el intento foralista de AMOR DE SORIA —en el que LLUCH basa buena parte de su argumentación— es demasiado radical como para caracterizar de manera absoluta las reacciones de todo un siglo. En la censura a la *Via Fora* se le acusó de tener “el firme propósito de sacar la casa de Borbón y todas sus raíces de la España y de las Indias, dejando a las Cortes Generales de los Reinos la libre deliberación que no tuvieron después de la muerte del Rey CARLOS II y que por sus propias Leyes debieron ejercitar libremente en el más grave punto de la sucesión a estos Reinos”. En efecto, AMOR DE SORIA proponía, como fórmulas para “salir de la decadencia” el “restablecimiento de las Cortes generales en su autoridad y Libertad antigua” siendo “competencias de las Cortes... nombrar a los Reyes (con lo que el testamento de CARLOS II por sí mismo resultaba inválido). establecer las leyes fundamentales y modificarlas”. Más moderado, el censor eclesiástico de AMOR, Miguel MONGE, “coincide con la necesidad del restablecimiento de las Cortes Generales y de los antiguos fueros y leyes fundamentales de los diversos reinos”. Ahora bien, si todo esto debe interpretarse como apología del austracismo, ¿cómo es que AMOR DE SORIA concibe a la derrota de Villalar —infringida por un Habsburgo— como “el último suspiro de la libertad castellana”? ¿Se trataba, más bien, de pugnar por una nueva etapa de preeminencia aragonesa dado que “desde FERNANDO EL CATÓLICO no hay igualdad entre las dos Coronas”?

se significó por mantener un régimen especial caracterizado por el mantenimiento de su situación como reino en sí mismo a pesar de su incorporación formal “en plano de igualdad”¹⁴⁴ a la Corona de Castilla. Por decirlo así, se trata de una incorporación castellana realizada a la manera aragonesa.

El régimen especial del que hablamos implicó el respeto por los instrumentos navarros de defensa foral, así como la conservación de su “capital, Virrey, Cortes”,¹⁴⁵ Consejo y régimen jurídico: una “constitución estamental de libertades, pero con la peculiaridad de que había estado funcionando hasta la crisis misma de la monarquía”,¹⁴⁶ esto es, con la especificidad de que la Guerra de Sucesión había transcurrido sin dejar huella en su planta. En otras palabras: en pleno siglo XVIII se mantenía como uno de los cuatro reinos cristianos bajomedievales que, junto a Portugal, Castilla y León, Aragón y el musulmán de Granada, habían configurado “el mapa de la Península en la segunda mitad del siglo XV”.¹⁴⁷

No resulta raro, en consecuencia, que, a la manera de sus compañeros al servicio de la Junta Central, Benito Ramón de Hermida conciba su *Breve noticia* de las Cortes de Navarra como un rastreo de la pista constitucional que “desde una perspectiva moderada, cabía restablecer con el objeto de seguir residiendo constitucionalmente en ella”.¹⁴⁸ Desde una visión cercana al moderantismo anglófilo —tan caro a más de un miembro de la Central— se consideraba que, junto con las vascongadas, Navarra “mostraba el último vestigio de aquella antigua libertad gótica custodiada desde la resistencia norteña a la invasión árabe y consolidada en el tronco constitucional pirenaico aragonés. Como no podía ser de otra forma respondiendo a tales parámetros, la constitución navarra se distinguía por mostrar la actividad de un cuerpo político formado por el monarca y los brazos estamentales en unas Cortes que constituían la pieza esencial de funcionamiento del sistema”.¹⁴⁹

¹⁴⁴ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 272.

¹⁴⁵ DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...*, *Loc. cit.*

¹⁴⁶ PORTILLO VALDÉS, José María, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. CEPC/BOE. Colección Estudios Políticos, Madrid, 2000, p. 275.

¹⁴⁷ GARRIGÓS, *La organización...*, I, p. 34.

¹⁴⁸ PORTILLO, *Revolución...*, *Loc. cit.*

¹⁴⁹ *Ibidem*.

Con todo, el problema ideológico no podía tardar en surgir, por cuanto que el respetado foco de resistencia y de conservación de las antiguas libertades poseía como *Constitución* la de un reino independiente, incompatible con los proyectos de dotar a la monarquía española de un mayor grado de cohesión.

“Reino de por sí” dividido como Aragón en merindades,¹⁵⁰ Navarra era, además, la tierra del respeto al señorío y por ello es que, más allá del estatus territorial, el apoyo popular a la situación de antigua planta se hacía sentir poco hacia fines del Antiguo Régimen: “bien claro tenían los navarros qué significaba la Constitución (de Cádiz), y por eso la apoyaban. No era el viejo sistema foral (señorial) el régimen idílico que la historiografía navarra ha supuesto, ni los navarros eran tan ciegos como para no darse cuenta de ello”.¹⁵¹

En lo territorial, sin embargo, la ausencia de revolución continuaba siendo benéfica para el reino. El régimen la favorecía y, de paso, aprovechaba para dejar en claro que la intervención en las definiciones geográficas constituía una prerrogativa mayestática, como lo muestra “la agregación a Navarra de las localidades guipuzcoanas de Hondarribia e Irun, decretada en septiembre de 1805 y vigente hasta agosto de 1814... Este trasvase de pueblos, aunque limitado en extensión, tenía una importante significación estratégica y política, por cuanto el Estado demostraba su autoridad y primacía sobre las provincias forales del modo más fehaciente: alterando su misma delimitación territorial”, episodio que se enmarca en la “política de cercenamiento del régimen foral vasco emprendida por Godoy...”¹⁵² a pesar de que, según reporta Artola, tras sus intentos de organización castrense en Vizcaya, el favorito se había visto obligado a abandonar la política centralista en razón de los alborotos de la Zamacolada acaecidos en 1804.¹⁵³

Por todo ello, y a pesar de que “no hubo, pues, ninguna Navarra antiliberal que rechazó por impía y centralista la Constitución de Cádiz” sino que “muy al contrario, existió un sector importante de navarros que se jugó la vida por defender la revolución e imponer el

¹⁵⁰ GARRIGÓS, *La organización...*, I, p. 35.

¹⁵¹ DEL RÍO ALDAZ, Ramón. “La Constitución de 1812 en la Navarra del trienio liberal: una ilusión rota”. *Materiales...*, p. 663.

¹⁵² BURGUEÑO, *Geografía...*, p. 62 y ss.

¹⁵³ ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 30.

régimen constitucional, mientras que los partidarios del viejo sistema no fueron el pueblo navarro, sino, lógicamente, las clases que lo habían sometido en el Antiguo Régimen",¹⁵⁴ parece lógico que los partidarios de la monarquía pluralista en aquende y allende el mar hayan visto en Navarra la situación territorial ideal que debía de compartirse con el resto de partes integrantes de lo hispánico.

VI. LAS PIEZAS DEL ROMPECABEZAS AMERICANO

1. Naturaleza, definición y expresión del vínculo de las Indias con la monarquía

Más allá de las diversas teorías acerca del origen de la incorporación de América a la Corona de Castilla,¹⁵⁵ nos importa destacar que ésta efectivamente se llevó a cabo —para los tiempos de la reina Juana se

¹⁵⁴ DEL RÍO, "La Constitución...", p. 686.

¹⁵⁵ ESCUDERO (*Curso...*, p. 646) señala que son tres las principales posiciones que al respecto se han sostenido. En primer lugar, la de Juan MANZANO, según la cual las Indias se concedieron por el pontífice a cada uno de los Reyes a título personal, derivándose la posterior y total incorporación a Castilla de un "acto de liberalidad y visión política" de FERNANDO EL CATÓLICO. Al respecto, cfr. MANZANO MANZANO, Juan, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Cultura Hispánica, Madrid, 1948, y la réplica a Florentino PÉREZ EMBID contenida en *La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los Reinos castellanos*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, edición especial del AHDE, núm. 26, Madrid, 1951. Una segunda teoría es precisamente la de F. PÉREZ EMBID que se funda en una supuesta determinación de las Cortes celebradas en Valladolid, año de 1518, cuya versión escrita no ha llegado al presente. Para la tercera posición, la de Alfonso GARCÍA-GALLO, los términos de la incorporación se hallan condicionados por el hecho de que la reclamación portuguesa por la violación al tratado de Alcáçovas (1479) no podía enderezarse sino contra Castilla, Corona firmante del mismo, por lo que el contrargumento interpretativo del instrumento jurídico tenía que poseer un origen castellano por operación del principio *Res inter alios acta*: "los posibles derechos que los Reyes Católicos podían alegar sobre las tierras descubiertas por COLÓN, sólo a título de monarcas castellanos podían ser esgrimidos frente a Portugal, que era quien los discutía". GARCÍA-GALLO, Alfonso, "La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias. En torno a una polémica", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972, p. 478. El artículo se había publicado en la REP, núm. 50, Madrid, 1950, pp. 178-195. Por su parte, Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ (*Manual...*, p. 32) señala que "la total incorporación de las Indias a la Corona castellana se produce cuando muere FERNANDO (EL CATÓLICO) en 1516 y deja por testamento a JUANA (LA LOCA) como heredera universal de sus estados" y, al tiempo en que afirma que la postura de GARCÍA-GALLO se halla "basada en el derecho público castellano", califica a la de MANZANO como "más civilista".

hallaba plenamente consumada—¹⁵⁶ así como explicar su naturaleza y sus implicaciones, dado que indudablemente "determinó consecuencias importantísimas en el campo del derecho. En efecto: era doctrina unánimemente defendida por juristas como Bártolo, Baldo, Mateo de Aflictis, Burgos de Paz, Azevedo y después también por tratadistas del derecho indiano, que los territorios de infieles, al ser adquiridos por algún príncipe cristiano, tenían que quedar incorporados a los viejos reinos por vía de accesión, considerándose que los territorios (en este caso las Indias) que accesoriamente se unen o incorporan con otros (en este caso Castilla), se tienen y juzgan por una misma cosa y se gobiernan por las mismas leyes y gozan de los mismos privilegios del reino a quien se agregan".¹⁵⁷ Ello, como señala García-Gallo, se debe a que la población de los reinos incorporados se encarga a una comunidad de vasallos castellanos sobre la que ha de ejercerse un poder real que se entiende como preexistente y que no puede alegar potestad soberana alguna del tipo *legibus solutus* para conculcar privilegios ya consolidados entre los hijos de Castilla: "la incorporación a la Corona de Castilla de los territorios americanos y el establecimiento en ellos de una población castellana, supone desde el primer momento la integración de ésta en la comunidad política que forma dicha Corona y así, a las ciudades de México en 1530 y de Cuzco en 1540, como 'cabezas de los reinos' de Nueva España y del Perú, se les concede asiento en las Cortes de Castilla",¹⁵⁸

¹⁵⁶ "Por Donación de la Santa Sede Apostólica, y otros justos y legítimos títulos somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y porque es nuestra voluntad, y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enajenación de ellas. Y mandamos que en ningún tiempo puedan ser separadas de nuestra Real Corona de Castilla, desunidas, ni divididas en todo o en parte, ni sus ciudades, villas ni poblaciones, por ningún caso ni a favor de ninguna persona" afirmaba CARLOS V en septiembre de 1519, confirmándolo su madre doña JUANA en Valladolid al año siguiente. *RLRI*, tomo II, III, 1, 1.

¹⁵⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 330.

¹⁵⁸ GARCÍA-GALLO, "El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América", *Los orígenes...*, p. 731. La cursiva es nuestra. La afirmación de GARCÍA-GALLO resulta excesivamente contundente, según prueban los trabajos de Guillermo LOHMANN VILLENA, "Las Cortes en las Indias" y de Demetrio RAMOS, "Llamamientos a ciudades de Indias para Cortes de Castilla en el siglo XVII", ambos en *Las Cortes de Castilla y León (1188-1988)*, *Actas de la Tercera Etapa del Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León, 26 al 30 de septiembre de 1988*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1990. Los asientos hispanoamericanos en las Cortes castellanas fueron más bien una quimera.

lo cual "tiene su origen y fundamento de la vulgar doctrina que nos enseña que los Reinos y Provincias que se adquieren de nuevo, pero uniéndose e incorporándose accesoriamente a otras antiguas, se han de gobernar, regir y juzgar por unas mismas leyes".¹⁵⁹

Para Dougnac Rodríguez "la incorporación de las Indias a la Corona castellana no significa que éstas pasen a ser colonias, o sea, territorios de inferior calidad jurídica, dependientes de Castilla e incorporadas a su reino. Son bienes de realengo, propiedad pública de la monarquía sobre la que ésta tiene un dominio primordial, radical, originario o eminente, de derecho público, sin matices civiles".¹⁶⁰ Esta afirmación, coincidente con la postura de los criollos de los siglos XVIII y XIX, parte —es evidente— de una determinada concepción de la monarquía hispánica: "la Corona es un *ente político supraestatal* en cuyo seno se agrupan, bajo la dirección de un mismo soberano, diversos reinos, señoríos, principados, etcétera, que tienen en común la persona del monarca y, eventualmente, algunos órganos".¹⁶¹ Se ofrecen, como ejemplo, los dominios peninsulares de la propia Castilla: "en la Corona castellana se encontraban entre otros los reinos de Castilla, León, Granada, Navarra (incorporada a la Corona castellana por decisión de Fernando el Católico), etcétera".¹⁶²

Mas, en concreto, ¿frente a qué figura político-jurídica estamos? ¿Un conjunto de reinos confederados merced a la unión personal? ¿Un Imperio colonial, sin más? Por la primera solución parecen decantarse dos iconos del patriotismo criollo: Juan de Solórzano Pereira y Servando Teresa de Mier. Para el primero (1575-1655), jurista, catedrático de Salamanca, oidor de la Audiencia de Lima y consejero de Indias, éstas eran, por sí mismas: "un imperio, que abraza en sí tantos reinos y tan ricas y poderosas provincias. O, por mejor decir, de una monarquía la más extendida y dilatada que se ha conocido en el mundo".¹⁶³

¹⁵⁹ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de, *Política indiana*, Compañía Ibero-americana de publicaciones, Madrid/Buenos Aires, s/f, IV, p. 263.

¹⁶⁰ DOUGNAC, *Manual...*, pp. 32-33.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Loc. cit.*

¹⁶³ Citado por David A. BRADING, *Orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, FCE, México, 1998, p. 239. Juan de SOLÓRZANO llega a hablar de la "Monarquía de las Indias" como si quisiese referirse a un ente distinto de la monarquía española. SOLÓRZANO, *Política indiana...*, IV, p. 247.

Partiendo de un hecho incontrastable —el de que "las Indias no fueron consideradas como territorios coloniales sino como reinos en pie de igualdad con todos los que integraban la inmensa monarquía"—,¹⁶⁴ Solórzano reconocía la autonomía que, de facto, gozaban las Américas y señalaba que los funcionarios más poderosos en éstas, los virreyes del Perú y de la Nueva España "tienen y ejercen el mismo poder, mano y jurisdicción que el Rey que los nombra... que no hay cosa en las provincias que por ellos no se despache" siendo su categoría tan elevada que "en Francia raras veces se suele conceder tan gran dignidad a quien no sea hermano o hijo del Príncipe o designado para sucesor del Imperio".¹⁶⁵

Podría parecer, en consecuencia, que con sólo reconocer la soberana potestad del rey la administración virreinal cumplía con sus obligaciones para con la monarquía y podía dedicarse a gobernar con un alto grado de libertad: "eran los virreyes quienes distribuían las encomiendas cuando quedaban vacantes, nombraban a la mayoría de los corregidores, emitían concesiones de tierras a colonos españoles, confirmaban todos los nombramientos eclesiásticos hechos por los obispos, actuaban como presidentes de las Audiencias de justicia en sus capitales, supervisaban a los oficiales de la real hacienda y enviaban el excedente de los ingresos a España; y como capitanes generales eran responsables de la defensa del reino. No es de sorprender que Solórzano los comparara con los procónsules del imperio romano. Pero aunque en todas las ocasiones ceremoniales eran tratados como si fuesen reyes, estaban obligados a observar las leyes de las Indias y de Castilla, sin poder para suspender su operación o perdonar a delincuentes; 'que en nada pueden, ni deben proceder de potestad absoluta'",¹⁶⁶ aun cuando fueran auténticas "imágenes" de los reyes, destacándose que es con los mismos monarcas con quienes "más propiamente los podemos asimilar" por encima de figuras como la del prefecto pretorio, la del sátrapa persa, el baxae turco, el legado *á Latere* del Sumo Pontífice e incluso la del propio procónsul romano.¹⁶⁷

¹⁶⁴ DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...* p. 237.

¹⁶⁵ SOLÓRZANO, *Política indiana...*, pp. 199-216, 223.

¹⁶⁶ BRADING, *Orbe indiano...*, p. 248.

¹⁶⁷ SOLÓRZANO, *Política indiana...*, IV, p. 199.

Siguiendo el hilo de estas consideraciones podía afirmarse, como hizo Solórzano, que los cargos del gobierno local debían de recaer en naturales del país, esto es, en criollos, dado que la propia Corona castellana reconocía “la fidelidad de nuestros vasallos y los trabajos que los descubridores pasaron”¹⁶⁸ para el descubrimiento y población de las Américas, y que los criollos se entendían como causahabientes de sus ancestros los conquistadores. El rey encarga a los virreyes que “a los hijos de estos los tomen por criados y los acomoden porque... sienten mucho los dichos beneméritos que otros hombres recién llegados a aquellas tierras y sin haber hecho ni ser para hacer en ellas servicios algunos, les lleven y disfruten los premios, oficios y honores que ellos por los suyos o por los de sus pasados dexaron adquiridos y merecidos”.¹⁶⁹ El argumento posee una notable carga de austracismo anterior a la Nueva Planta y coadyuva con fuerza a la consideración de las Indias como reinos confederados que mantenían, frente a los otros, ciertos derechos que debían traducirse en beneficios especiales para sus naturales.

Las reflexiones de Solórzano serán llevadas al extremo en el umbral de la independencia hispanoamericana por el padre Servando Teresa de Mier (1763-1827), dominico novohispano perseguido por el gobierno y por el Santo Oficio, secularizado en Roma e integrante de la insurgencia mexicana. Nuestro autor sostenía que “las Américas tenían una Constitución dada por los Reyes de España, de la cual eran en su virtud reinos independientes aunque confederados con ella por medio de su Rey en cuanto Rey de Castilla, quien por lo mismo debía gobernarlos como si sólo fuese Rey de ellos pero en calidad de Emperador de las Indias”,¹⁷⁰ juicio al que llegó después de un ejercicio tendente a encontrar la verdadera *Constitución* de las Indias tal como en la Península lo procuraron personajes de tanta significación como Jovellanos, Martínez Marina o Capmany quienes, en el concepto de Mier, sacaron “del polvo del olvido, donde las había sepultado el despotismo de tres siglos, las Constituciones de

Castilla, Aragón, Valencia, etcétera, dando a conocer también la de Navarra, que a pesar de fieros golpes aún estaba vigente”.¹⁷¹ El libro XIV de su tratado sobre la *Historia de la Revolución de Nueva España, antiguamente Anáhuac* será considerado por él mismo la culminación del empeño por lo que a la España americana se refiere y ejercerá notable influencia en criollos hispanoamericanos de la talla de Simón Bolívar, para los cuales la situación de coloniaje en que se encontraba el Nuevo Continente procedía de una desvirtuación de la antigua *Constitución* indiana caracterizada por su estructura confederada y por la situación de autonomía que gozaban los elementos nativos de cada reino o fracción territorial integrante de la monarquía.

La *Constitución* de las Américas provenía de una serie de “pactos onerosos” que la Corona había firmado con los conquistadores del siglo XVI. Los habitantes de las Indias se consideraban causahabientes de tales pactos. Incumplidos éstos por los soberanos —bien fuera excluyendo a los criollos de los puestos eclesiásticos y civiles que en derecho les correspondían, bien deshaciéndose de porciones territoriales a favor de potencias extranjeras,¹⁷² bien impidiendo la debida representación política de los reinos ultramarinos, bien, en suma, desconociendo la igualdad que correspondía a cada reino en la estructura de la monarquía católica— la conclusión era evidente: rescisión del pacto por incumplimiento o, traducido a términos políticos, independencia absoluta.

No poca influencia tuvieron en estas ideas los acontecimientos y el pensamiento de la revolución usamericana ya que, como bien vio don Manuel García-Pelayo, “al violar el Rey el pacto que le une a sus súbditos americanos, ha perdido toda pretensión a la lealtad de ellos, y, por consiguiente, las colonias se convierten en estados independientes... Aparte del triunfo del principio nacionalista frente al derecho histórico, y aunque como derivación del mismo, la Declara-

¹⁷¹ *Idem*, p. 481.

¹⁷² Punto interesante éste, pues como ha mostrado ARTOLA (*Los orígenes...*, I, p. 118) con base en las *Partidas* (Ley 5a, título 15, partida II) formaba parte de la Constitución de la monarquía toda: “desde el siglo XIII, aun dejando de lado el sentimiento unitario neogótico de que dio patentes muestras el reino astur-leonés, encontramos en las *Partidas* referencias explícitas al carácter inalienable o indivisible del reino. ‘Según fuero antiguo, no debía de enajenarse ni dividirse; esto por tres razones: por mayor honra y utilidad del señor, por la del mismo pueblo y por su guarda y la del Rey’” si bien a la disposición puede dársele una lectura más señorial que política.

¹⁶⁸ RLRI, ley cit.

¹⁶⁹ SOLÓRZANO, *Política indiana...*, IV, p. 207.

¹⁷⁰ MIER, Servando Teresa de, “Idea de la Constitución dada a las Américas por los Reyes de España antes de la invasión del antiguo despotismo”, *Fray Servando Teresa de Mier, selección y prólogo de Héctor PEREA*, Ed. Cal y Arena, colección Los Imprescindibles, México, 1998, p. 480.

ción (de Independencia de los Estados Unidos, 1776) contiene simultánea y explícitamente una doctrina del imperio: que las colonias formaban parte de él únicamente por un acto voluntario¹⁷³, aunque es reconocible en Hispanoamérica una buena dosis de originalidad derivada, sin duda, al concepto que de la monarquía española se tenía. Considérese simplemente el repudio criollo experimentado hacia la palabra “colonia” mismo que entre los anglosajones no parece existir.

2. El todo y las partes

¿Qué son, pues, las Indias, más allá de territorios incorporados a la Corona de Castilla? Un conjunto heterogéneo de organismos políticos que se ha caracterizado de diversas formas, todas ellas partícipes de un cierto grado de ambigüedad: “habrá en el señorío de las Indias constituido por diversos reinos —se lo llamará ‘estado’ en varias disposiciones de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*— un Rey, el de Castilla”.¹⁷⁴ Difícilmente puede irse más allá de esta fórmula dado que la monarquía no parece haber puesto especial empeño en definir con exactitud la relación que vinculaba entre sí a sus componentes. La parcial indefinición era conveniente: en momentos difíciles permitía desahogos autonomistas sin que ello implicara pérdida de control por parte de la Corona. Caso concreto es el del Acta del Ayuntamiento de México fechada el 19 de julio del iniciático y difícil año de 1808, en la que consta que los miembros del cabildo a pesar de referirse a la ciudad de México, en detrimento de Madrid, como “metrópoli y cabeza del reino” mantienen ese mismo reino “con todo cuanto le pertenece de hecho y de derecho, a nombre y disposición de su legítimo soberano el señor Carlos IV” y de sus sucesores de la casa de Borbón en su rama española.¹⁷⁵

¹⁷³ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 1a. reimp. de la ed. de 1984, introd. de Manuel ARAGÓN, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 332.

¹⁷⁴ DOUGNAC, *Manual...*, *Loc. cit.*

¹⁷⁵ Acta del Ayuntamiento de México, en la que se declaró se tuviera por insubsistente la abdicación de Carlos IV y Fernando VII hecha en Napoleón: que se desconozca todo funcionario que venga nombrado de España: que el Virrey gobierne con la comisión del Ayuntamiento en representación del Virreinato, y otros artículos. (Testimonio). En TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1995)*, 19a. ed., Ed. Porrúa, México, 1995, p. 7.

Lo cierto es que el rey de Castilla se denominaba Rey de las Indias y no de cada una de sus partes integrantes en particular, como sí podía serlo de León, Granada, Toledo, Galicia, Sevilla, Córdoba, Jaén o Algeciras.¹⁷⁶ Solórzano atribuye el hecho no sólo a una buena dosis de pereza enumerativa sino a la “excelencia y grandeza” de América misma que provocaba que “nuestros Católicos y poderosos Reyes cuando quieren reducir a breve compendio los títulos de los muchos Reynos y dictados de que gozan por la Divina Clemencia, se contentan en llamarse *Reyes de las Españas y de las Indias*”.¹⁷⁷ Motivaciones aparte, el hecho es que encontramos referencias al “reino de las Indias”,¹⁷⁸ como si de un todo se tratase.

El problema es que la denominación no es, ni con mucho, la única ni la más aceptada. Constantemente se habla de las partes integrantes del universo indiano como “reinos” diferenciados entre sí e incluso encontramos afirmaciones tan sorprendentes y crípticas como la de José de Gálvez en su *Informe y Plan de Intendencias* de 1768: “esta importante y dilatada monarquía de la Nueva España...”.¹⁷⁹ Además, la realidad física y social imponía la diferenciación, así se

¹⁷⁶ “Ya en tiempo de los Reyes Católicos, desechando la idea de fundir las Coronas de Castilla y de Aragón en una Corona de España para evitar que una de las Coronas aparezca como superior a la otra aquellos acuerdan que los títulos que integran una y otra se entremezclen, comenzando con los de Castilla... Con esta mezcla de los títulos de ambas Coronas, estas pierden su identidad, incluso como estructuras políticas intermedias que agrupan a varios Reinos y señoríos, pues estos quedan en una relación directa con el Rey... Sólo en lo administrativo los antiguos Consejos de cada Corona continúan ocupándose de los asuntos de todos los territorios que la integraban”. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1967, I, núm. 1208, p. 671.

¹⁷⁷ SOLÓRZANO, *Política indiana...*, IV, p. 248. Y es que “mientras políticamente se va afirmando la unidad de la *Monarquía*, de hecho en ésta se van perfilando dos partes: *España y las Indias*. Y así, como *Reyes de España y de las Indias* se consideran desde FELIPE II los propios monarcas españoles” sin que se precise “si lo que se incluye bajo el nombre de *Indias* o *Estado de las Indias* se concibe como una unidad... o como un conjunto de *Reinos y provincias* diferentes, como oficialmente se les denomina”. GARCÍA-GALLO, *Manual...* I, no. 1235, p. 688. *Cursivas* en el original.

¹⁷⁸ Cfr. MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *Las Intendencias...*, p. 95. En su *Gran Memorial*, el Conde-Duque de OLIVARES se refiere al “imperio de las Indias”. Cfr. ELLIOT y DE LA PEÑA, *Memoriales...*, I, p. 93.

¹⁷⁹ *Informe y plan de Intendencias para el reino de Nueva España presentado por el visitador D. José de Gálvez y el Virrey Marqués de Croix, recomendado por el obispo de Puebla y el arzobispo de México de fecha de 16, 20 y 21 de enero de 1768*. Vid. NAVARRO, *Intendencias...*, apéndice II, p. 165. El destacado es nuestro. Cuando se refiere al gobierno de la Península ibérica, GÁLVEZ habla de la “Monarquía Capital”.

tratase de un hecho externo al terreno de las formas y de la nomenclatura: "por el desconocimiento de las condiciones especiales existentes en los territorios recién descubiertos, la Corona conscientemente renunció a una legislación detallada en muchas de las áreas administrativas, y transfirió su reglamentación a las autoridades coloniales con el fin de que se ajustara lo más posible a las condiciones locales".¹⁸⁰ Doble dimensión de lo que Tomás y Valiente ha caracterizado como el "particularismo de las leyes de Indias": concesión de amplias facultades reglamentarias para las autoridades de la Corona en los territorios de Ultramar y legislación peninsular frecuentemente circunscrita a fracciones indianas cada vez más delineadas, lo que significó que la gran mayoría de las normas se dictaran "con vigencia limitada a una provincia o a un lugar determinado, siendo muy pocas las que se emitieron con carácter general para todas las Indias",¹⁸¹ pues, como sostenía Solórzano, "no hay ley que convenga a todas las provincias".¹⁸²

Si estas circunstancias pueden parecer insuficientes para sostener con total convencimiento la validez de la teoría de los "reinos indianos confederados" a que ya nos hemos referido, no lo son para denunciar la "creciente descentralización del derecho indiano" que "es consecuencia, en parte, de este fenómeno diferenciador al que acabo de hacer referencia... El Consejo de Indias fue siempre el órgano centralizador de la política y de la legislación real. Pero dada la enorme distancia desde la corte hasta los diferentes puntos de la América hispana, es claro que las autoridades reales residentes en Indias, sin discutir la superior jerarquía del Consejo, tuvieron que asumir, dentro de un creciente proceso de descentralización, facultades normativas".¹⁸³ Este último hecho explica el surgimiento de un nuevo elemen-

¹⁸⁰ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 68, nota 33.

¹⁸¹ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, *Loc. cit.*

¹⁸² El capítulo XVI del Libro V de la *Política indiana* va encaminado a justificar la diferenciación legislativa seguida por el Consejo de Indias.

¹⁸³ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, *Loc. cit.* GACTO *et al.*, por su parte, (*El derecho...*, p. 492) apuntan que "esta fecundidad del derecho indiano (del proveniente del Rey) conecta con la descentralización que en él se opera progresivamente: sin perjuicio de que los órganos creadores del derecho en la Península sigan legislando, la dificultad y la lentitud que la distancia y el desconocimiento de la realidad imponen a este procedimiento dan paso a una cierta descentralización, de forma que tanto las audiencias como los virreyes asumen la función de dictar disposiciones de gobierno y ordenanzas, y lo mismo hacen las ciudades".

to diferenciador: el derecho indiano criollo, normatividad que proviene de vasallos de la Corona pero que no tiene pretensiones de extenderse a toda la monarquía, ni siquiera a todas y cada una de las Indias.

En esta virtud, el todo —Ultramar— se hallaba dividido en partes reconocibles y diferenciadas. Tenemos, en primer lugar, a los reinos indianos: "en una ley de la época de Carlos II, se dice que los *reinos americanos* se dividen en provincias mayores y provincias menores".¹⁸⁴ Pero, ¿qué se requería para que un territorio fuera considerado un "reino"? Pietschmann ofrece algunos lineamientos, vinculando la categoría de "reino" a la "...dimensión territorial, la situación de la población prehispánica y al rango de los que conquistaron la región y fundaron entidades administrativas, aunque no se pueda explicar en qué consiste la diferencia entre las designaciones de provincia y reino".¹⁸⁵ Así, no resulta exacto afirmar que las provincias fuesen, sin más, las demarcaciones territoriales en que se subdividían los reinos de Indias. Habrá todavía que profundizar mucho más en las nociones de "reino" y de "provincia" para, entre otras cosas, determinar si la calidad de "reino indiano" equivalía a la de los reinos peninsulares.

Pero, además, las fracciones territoriales hispanoamericanas (llámense "reinos" o "provincias") se hallaban regidas de maneras diversas, lo que también contribuyó tanto al pluralismo como a la configuración territorial en sentido estricto. Escudero señala la existencia de un "hilo conductor" que marcará la reorganización general del conjunto administrativo indiano emprendida en la segunda mitad del siglo XVI. Este "hilo conductor" consistió "en diferenciar la actividad administrativa propiamente dicha, de la correspondiente a cuestiones de justicia, guerra o hacienda. Se fijan así los cinco *distritos de gobierno superior*, por entonces existentes, y que corresponden a Nueva España, Perú, Santo Domingo, Guatemala y Nueva Granada, a los cuales se equipara en Extremo Oriente el de Filipinas".¹⁸⁶

¹⁸⁴ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 82. La cursiva es nuestra. Concretamente, la ley de referencia dice así: "para mejor y más fácil gobierno de las Indias Occidentales están divididos aquellos reinos y señoríos en provincias mayores y menores, señalando las mayores que incluyen otras muchas, por distritos a nuestras Audiencias Reales, proveyendo en las menores gobernadores particulares, que por estar más distantes de las Audiencias, las rijan y gobiernen en paz y justicia". *RLRI*, tomo II, V, 1, 1.

¹⁸⁵ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 87.

¹⁸⁶ ESCUDERO, *Curso...*, p. 779.

Por *gobierno superior* hemos de entender “una esfera de alta dirección y supervisión de la actividad administrativa general y de los órganos encargados de ella”.¹⁸⁷ Ahora bien, dos de los *distritos de gobierno superior* (el Perú y la Nueva España) recibieron la categoría de virreinos,¹⁸⁸ al tiempo que el resto se vio regido por el presidente de la Audiencia a título de gobernador. Tanto el virrey como el presidente actuaba a nombre del soberano, pero la cabeza de la administración del tipo virreinal —especie de “alter ego” del rey— llegó a acumular tanto poder que incluso los ministros ilustrados reconocían la naturaleza prácticamente ilimitada de su cargo, como lo muestra la *Intrusión para los que van al México* (primero de abril de 1764) en la que “el conde de Aranda escribió... que los virreyes americanos ‘eran, son y deberán seguir siendo tan absolutos como es conocido de todos’”.¹⁸⁹ No extraña, en consecuencia, que la relación del virrey con la Audiencia de su distrito se asimile “a la que había entre el rey y el consejo de Indias”.¹⁹⁰ Más allá de ello, en el ámbito de la configuración territorial, “la independencia que entre sí mantienen los dos virreinos y los cuatro grandes distritos regidos por los presidentes de Santo Domingo, Guatemala, Santa Fe y Manila, con sujeción únicamente al rey y el Consejo de Indias, los equipara en cuanto a su naturaleza y función en el gobierno territorial, sin otra distinción que la del nombre”.¹⁹¹ Ello explica que, en tiempos de Felipe II, el “Estado de las Indias” se vea dividido “de modo que lo temporal se corresponda con lo espiritual” equiparándose los arzobispados y provincias de las religiones con los distritos de las Audiencias y no con los virreinos, como podría parecer a simple vista lógico.¹⁹²

¹⁸⁷ GARCÍA-GALLO, “La evolución...”, p. 851.

¹⁸⁸ “Establecemos y mandamos que los *reinos* de el Perú y Nueva España sean regidos y gobernados por virreyes, que representen nuestra real persona, y tengan el *gobierno superior*, hagan y administren justicia igualmente a todos nuestros súbditos y vasallos, y entiendan en todo lo que conviene al sosiego, quietud, ennoblecimiento y pacificación de aquellas *provincias*, como leyes de este título y Recopilación se dispone y ordena”. *RLRI*, tomo II, III, 3, 1. Las cursivas son nuestras.

¹⁸⁹ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 76. Si bien “... se limitó el periodo de funciones (del virrey) a seis años”.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 108.

¹⁹¹ GARCÍA-GALLO, “La evolución...”, p. 855.

¹⁹² *RLRI*, tomo I, II, 2, 7.

Dependían de virreyes y presidentes ciertos “distritos menores” que el propio Escudero caracteriza como “provincias o gobernaciones”,¹⁹³ de conformidad con la ya citada Ley 1a del Título I del Libro V de la *Recopilación* indiana. Es de señalarse, sin embargo, que también ciertos “reinos” se hallaban bajo la autoridad de algún distrito de gobierno superior, como era el caso del reino de la Nueva Galicia, dependiente del virrey de la Nueva España, o el del Nuevo reino de Granada, dependencia, en sus inicios, del virreinato peruano, con lo que la nomenclatura vuelve a movernos a confusión. Adicionalmente tenemos el hecho de que “en las provincias cuya sede coincide con la del distrito superior, su gobernador es el mismo virrey o presidente. Las restantes disponen de gobernadores propios”,¹⁹⁴ lo que provoca que virreyes y presidentes aparezcan ante nuestros ojos con los caracteres adicionales de regentes de ciertos reinos o gobernadores de ciertas provincias, esto es, como encargados directos de alguna de las fracciones en que podía dividirse el territorio total que se encontraba bajo su potestad, tal y como lo establece la *Recopilación*: “es nuestra voluntad y ordenamos que los Virreyes del Perú y Nueva España sean Gobernadores de las Provincias de su cargo”.¹⁹⁵

Los virreinos no constituyeron novedad alguna en la organización territorial española. Hasta antes de la Nueva Planta cuentan con virrey varios reinos de la Corona de Aragón, así como Nápoles y Sicilia. “El oficio de Virrey, de carácter temporal, comporta funciones generales de gobierno y una suprema fiscalización de cuanto sucede en sus territorios, pero en principio no se traduce en atribuciones específicas y determinadas. Las... de gobernación las asume cuando es además nombrado *gobernador*; las judiciales, con su designación como *presidente de la Audiencia*, y las militares cuando al cargo de Virrey se agrega el de *capitán general*”.¹⁹⁶ También encon-

¹⁹³ ESCUDERO, *Curso...*, *Loc. cit.*

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *RLRI*, tomo II, III, 3, 5. Si bien la ley hace referencia a la función de gobierno en todas las provincias que queden a cargo del virrey (las leyes 3a y 4a se refieren a su calidad de capitán general y presidente de la Audiencia), el gobierno inmediato —no superior— lo ejerció el virrey únicamente en la provincia en la que se hallaba asentado.

¹⁹⁶ ESCUDERO, *Curso...*, p. 775. A. DOMÍNGUEZ ORTIZ (*El Antiguo Régimen...*, p. 54) apunta que “el virreinato era una institución de origen medieval con precedentes en la Corona de Aragón. Era una fórmula aplicada en territorios de personalidad propia y autonomía

tramos virreyes en la Castilla tardomedieval¹⁹⁷ aunque en este punto "la imprecisión es absoluta" pues como "Virreyes se han designado en Castilla en el siglo XIV y en el XV lo mismo los que al ausentarse el Rey del reino quedan en éste ejerciendo sus funciones, como los agentes que al ser proclamado el infante D. Alfonso Rey en vida de su hermano actúan en su nombre en Andalucía y acaso en otras regiones (1465-1467), como las personas que estando los Reyes en el reino éstos designan para actuar en su nombre en todo el reino o en alguna región determinada".¹⁹⁸

La figura del virrey encontró en América condiciones óptimas para su funcionamiento. Las grandes distancias constituían una de ellas y en forma alguna la menor: ya Juan de Solórzano intuía la diferencia que existía entre los virreyes establecidos en ambos Continentes al comentar que la representación de la persona regia "suele ser más lustrosa... mientras los Virreyes y Magistrados están más apartados de los dueños que se la influyen y comunican, como lo advirtió bien Plutarco, con el ejemplo de la Luna, que se va haciendo mayor y más resplandeciente mientras más se aparta del Sol, que es el que le presta sus esplendores".¹⁹⁹ Y no se trataba simplemente de una mayor libertad en el ejercicio del gobierno, sino de una auténtica posibilidad de dominio temporal sobre un *reino* integrante del gran Imperio español. Entramos, pues, en el inestable terreno de las representaciones mentales colectivas. Aun cuando, en opinión de Dougnac, la referencia al cargo virreinal es permanentemente "copulativa" con respecto al de gobernador y existe una unión prácticamente indisociable entre ambas calidades cuyo "contenido evidente es el de ejercer funciones de gobierno, que implica despachar provisiones

política que se hubieran sentido rebajados si los hubiera gobernado un simple funcionario; al no poder estar el Rey presente en ellos se hacía representar por un personaje de gran prestigio, siempre de elevada cuna, a veces de sangre real".

¹⁹⁷ Cfr. DOUGNAC, *Manual...*, p. 97.

¹⁹⁸ GARCÍA-GALLO, "La evolución...", pp. 815-816. Lo importante, en cualquier caso, es que para la época de los Reyes Católicos está claro que "existieron delegaciones de poder" y que "sus destinatarios fueron auténticos *alter ego* del monarca, esto es, lugartenientes suyos. Que se les llamase o no virreyes... parece... un aspecto secundario del problema". GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, "Observaciones y documentos sobre la administración de Castilla a fines del siglo XV", *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 3, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, p. 228.

¹⁹⁹ SOLÓRZANO, *Política indiana...*, IV, p. 200.

a nombre de los Reyes con el sello real",²⁰⁰ como asegura don Alfonso García-Gallo "el Virrey, como tal, lo mismo que el Rey, ni cuida del gobierno ordinario, ni manda el ejército, ni administra justicia. A menos que, para evitar rivalidades con las autoridades superiores que se ocupan de esto, en la provincia donde reside o incluso en otras de su virreinato, se concedan al Virrey además, los oficios de gobernador, capitán general y presidente de la Audiencia. Pero bien entendido que si un Virrey manda el ejército o preside la Audiencia, no lo hace por ser Virrey, sino por ser capitán general o presidente de ella".²⁰¹ Hay en el *alter ego* del rey mucho más de icono que de administrador. Es mayor, mucho mayor, lo que representa que lo que gobierna.

Los dos virreinos indios originales²⁰² llegaron a ser concebidos como un par de inmensas estructuras territoriales, como se desprende de la Ley 1a del Título II, Libro V de la *Recopilación* que atribuye a la jurisdicción virreinal novohispana un buen número de gobernaciones (La Habana, Santiago de Cuba, San Juan de Puerto Rico, Venezuela, Cumaná, Margarita, Yucatán, Guatemala, Valladolid de Comayagua, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Soconusco, Guadalajara, Nueva Vizcaya, Florida y Manila), corregimientos (desde luego, el de la ciudad de México, pero también los de Veracruz y Zacatecas) y alcaldías mayores²⁰³ (Tabasco, Cuautla, Tacuba, Ixtlavaca, Chiapas, Nicoya, Trinidad de Sonsonate, Zapotitlán, Verapaz y San Salvador). Se trataba, en suma, de todos los distritos pertenecientes a las Audiencias de Santo Domingo, México, Guatemala, Guadalajara y Manila. El virreinato del Perú comprendía las gobernaciones de

²⁰⁰ GARCÍA-GALLO, *Manual...*, *Loc. cit.*

²⁰¹ GARCÍA-GALLO, "La división de las competencias administrativas", *Los orígenes...*, p. 771.

²⁰² No nos referiremos a los primeros intentos virreinales que, de la mano de los COLÓN, poca influencia tuvieron en la configuración territorial indiana definitiva.

²⁰³ Para SOLÓRZANO no existe diferencia sustancial entre corregimientos y alcaldías mayores. El rey estableció este tipo de magistrados "en todas las ciudades y lugares que eran cabecera de provincia, o donde parecieron ser necesarios para gobernar, defender y mantener en paz y justicia a los españoles e indios que las habitaban... a los cuales en el Perú llaman *Corregidores*, y en la Nueva España *Alcaldes Mayores*, y los de algunas provincias más dilatadas tienen título de gobernadores". *Política indiana*, IV, p. 24. Subrayados en el original. Es de destacarse que los corregidores y alcaldes mayores eran nombrados por el rey en los territorios más importantes y por el virrey o presidente en los restantes y que, al abarcar varias villas o pueblos, estas demarcaciones constituyen materialmente auténticas provincias.

Tierrafirme, Veragua, isla Catalina, Lima, Nuevo reino de Granada, Cartagena, Santa Marta, Mérida y Lagrita, Antioquia, Trinidad, Guayana, Chucuito, Santa Cruz de la Sierra, Popayán, Quijos, Jaén de Bracamoros, Cuenca, Chile, Buenos Aires, Tucumán y Paraguay, los corregimientos del Cuzco, Cajamarca, villa de Santiago de Miraflores de Zaña, San Marcos de Arica, Collaguas, Andes del Cuzco, Villa de Ica, Arequipa, Guamanga, San Miguel de Piura y puerto de Payta, Castro-Virreina, Tacayma y Vague, Tunja, Potosí, La Paz, San Felipe de Austria y minas de Oruro, Quito, Loja, Zamora y minas de Zaruma, Guayaquil, y la alcaldía mayor de San Felipe de Portobelo, esto es, la totalidad de los distritos que se hallaban bajo la jurisdicción de las Audiencias de Panamá, Lima, Santa Fe, Charcas, Quito, Chile y Buenos Aires. Ahora bien, debe tomarse en consideración que estos listados son más bien tardíos (fueron promulgados por Carlos II) y que la ley en comento no reparte competencias ni atribuciones, limitándose a señalar los sueldos y salarios anuales que percibían los diversos funcionarios de la Corona en Indias.

Es evidente que la división administrativa de América por la mitad no prospera. Resultaría en extremo reductor pensar en dos grandes virreinos divididos en Audiencias fraccionadas a su vez en provincias. Ya hemos hablado del considerable ámbito de independencia de que gozaron ciertas gobernaciones con respecto al virrey. Con todo, "si no como grandes distritos de gobierno, sí como ámbitos de actuación burocrática se distinguen separadas por el istmo de Panamá, desde la creación en 1609 de dos Secretarías en el Consejo, las Indias del norte de que se ocupa la Secretaría 'de la Nueva España', de las del Sur que incumben a la 'del Perú', extendiendo los nombres de los dos virreinos a la totalidad de los subcontinentes".²⁰⁴ Todavía al despuntar el siglo XIX se podían escuchar quejas contra españoles "que llaman América del Sur todo lo que está al otro lado del Istmo de Panamá, aunque desde Quito y Santa Fe para acá, ya pertenece al norte" y contra americanos que "seguimos su ejemplo, y como ellos llaman México a toda la Nueva España, nosotros llamamos Perú a todo lo demás: sin embargo de que el Perú no se extiende fuera del virreinato de Lima, que no es grande. Habrá allá otros dos virreinos, el de Buenos Aires y el de Santa Fe, a más de

²⁰⁴ GARCÍA-GALLO, "La evolución...", p. 857.

varias capitanías generales independientes, como Chile y Caracas, y Audiencias en Lima, el Cuzco, Chile, Quito, Chuquisaca, Santa Fe y Caracas".²⁰⁵

Mayor exactitud reviste intentar una sistematización que, integrando a las provincias en circunscripciones más amplias, no desvirtúe la significativa implicación que aquéllas poseían en el terreno de lo gubernativo ni se olvide de las presidencias, al tiempo que valore a los virreinos en una dimensión más justa. En este sentido, "en el virreinato de Nueva España se integran las *provincias* de la Nueva España (que incluye la Nueva Galicia), Yucatán, Nueva Vizcaya, Nuevo León y Nuevo México. En el virreinato del Perú se agrupan las *provincias* del Perú (que incluye Quito y Charcas), Tierra Firme, Chile, Tucumán, Santa Cruz de la Sierra, Paraguay y Río de la Plata (estas dos formando una sola con este último nombre hasta 1617), Igualesong y Bracamoros, Quijos y la Canela, y Chucuito (esta última hasta 1578 es un corregimiento). La *presidencia* de Santo Domingo abarca las *provincias* que corresponden a las islas Española, Puerto Rico, Cuba (desde 1607 se separa el gobierno de Santiago del de San Cristóbal de la Habana), Margarita, Trinidad y Jamaica (esta última regida por la familia Colón), y las tierras firmes de Cumaná, Venezuela y Florida. La *presidencia* de Guatemala comprende las *provincias* de Guatemala (que incluye Chiapa y San Salvador), Sonconusco, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. La *presidencia* de Nueva Granada incluye las *provincias* de Nueva Granada, Santa Marta, Cartagena, La Grita (desde 1622), Musos y Colimas, Antioquia y Popayán. Y la de Filipinas las *provincias* de Manila, Nueva Segovia o Ilocos, Nueva Cáceres o Camarines —las tres en la isla de Luzón— y la de Cebú".²⁰⁶

Solórzano sostiene que los virreyes son "gobernadores de mayor porte" establecidos en las dos principales provincias indianas.²⁰⁷ Tan grande era su porte que las disposiciones reales imponían hacia ellos la misma obediencia y respeto que se debía al rey.²⁰⁸ Son

²⁰⁵ MIER, Servando Teresa de, "Sobre los nombres antiguos y modernos de las Américas", *Fray Servando...*, p. 560.

²⁰⁶ GARCÍA-GALLO, "La evolución...", p. 861. Destacados en el original.

²⁰⁷ SOLÓRZANO, *Política indiana...*, IV, p. 198.

²⁰⁸ "Y mandamos y encargamos... que los obedezcan y respeten como a personas que representan la nuestra, guarden, cumplan y executen sus órdenes y mandatos por escrito o

lugartenientes generales del rey: "el Virrey representa a la persona misma del monarca y hace sus veces allí donde la constitución del país o las necesidades políticas hacen necesaria la presencia permanente del Rey, y éste, obligado a lo mismo en varias partes, no puede hacerlo".²⁰⁹

Por lo que toca a sus labores de gobierno, donde las tuviere, es necesario insistir en la distinción existente entre el superior gobierno y el gobierno inmediato: "era el superior gobierno el que competía al Virrey respecto de todo el virreinato... El gobierno inmediato es el que ejercían en la provincia en que estaban asentados".²¹⁰ De esta forma era el virrey de Nueva España gobernador del reino mexicano. "Reino", decimos, y no "provincia" dado que, en su origen, es tal categoría la que provoca que los dos grandes imperios americanos sean regidos a través de mecanismos virreinales: "que se cree un Virrey con una Audiencia o una Real Audiencia para gobernar un territorio, depende, probablemente, más que de querer atribuir al órgano de gobierno la máxima categoría administrativa que entonces se conoce —pues también la Real Audiencia representa la persona del Rey— de la consideración como reinos de la Nueva España y del Perú. Puesto que Carlos V aparece como sucesor en ellos de Moctezuma y Atahualpa es un Virrey, como en los otros reinos de la monarquía, quien como si fuera él en persona ha de estar a su frente"²¹¹ y que puede hacer y cuidar "de todo aquello que la misma Real Persona hiciera y cuidara si se hallara presente" entendiéndose que conviniere "para la conversión y amparo de los indios, dilatación del Santo Evangelio, administración política y su paz, tranquilidad y aumento en lo espiritual y temporal".²¹² Esclarecedora conclusión la de García-

de palabra, y a sus cartas, órdenes y mandatos no pongan excusa ni dilación alguna, ni les den otro sentido, interpretación, ni declaración ni aguarden a ser más requeridos, ni nos consulten sobre ello, ni esperen otro mandamiento, como si por nuestra persona o cartas firmadas de nuestra real mano lo mandásemos". *RLRI*, tomo II, III, III, 2.

²⁰⁹ GARCÍA-GALLO, "La división...". *Loc. cit.*

²¹⁰ DOUGNAC, *Manual...*, pp. 106-107.

²¹¹ GARCÍA-GALLO, "La evolución...", p. 842. En el mismo sentido en *Manual...*, I, núm. 1218, p. 677: "en Indias se consideran como Reinos aquellos territorios donde antes existía de hecho una fuerte organización política —Nueva España (México), Perú, Nueva Granada (Colombia), o al menos se supone (Chile)—, y como provincias los restantes. Nunca, sin embargo, se las considera como colonias, ni se las da este nombre". No queda claro porqué es que no hubo Virrey chileno y neogranadino sólo lo hubo tardío.

²¹² SOLÓRZANO, *Política indiana...*, *Loc. cit.*

Gallo, aunque desgraciadamente parece tener validez exclusiva para explicar la situación en los albores de la etapa colonial. Más tarde, como hemos señalado, las nociones de "reino" y "provincia" no alcanzaron una distinción tan nítida. Pero algo hemos avanzado: a despecho de posteriores confusiones semánticas, es muy posible que lo que haya estado en las mentes de quienes concibieron el original "imaginario territorial" indiano haya sido esta forma de entender las cosas.²¹³

¿Qué sucedía con los gobernadores de las provincias que también integraban el virreinato o el distrito de Audiencia y en las que no residía el gobierno superior? ¿Ejercían su función a título delegado del virrey o de la Audiencia? ¿Estaban impedidos para relacionarse de manera directa con el Consejo de Indias? No: "en todo caso, la subordinación al Virrey o a la Audiencia no supone que en todo los gobernadores se hallen mediatizados por éstos y hayan de relacionarse con el Consejo a través de ellos. La superior autoridad del Virrey o la Audiencia sólo en escasa medida restringe la de los gobernadores o la entidad administrativa de las provincias, que continúan constituyendo las circunscripciones básicas del gobierno indiano",²¹⁴ y una clave importantísima para la resolución del rompecabezas americano.

El gobernador ejerce sus funciones en una gobernación, entendiéndose por tal, indistintamente, una provincia, un reino "o aun un corto territorio como la isla de Juan Fernández o las Malvinas".²¹⁵ El territorio podía variar de categoría sin que por ello variara su calidad de gobernación. Así, la provincia de Chile transformó tempranamente su nominación en reino sin dejar de ser administrada por un gobernador (resulta significativo que no se la haya pretendido convertir en virreinato). Pero ocurría también que las funciones del gobernador eran "de mayor o menor jerarquía dependiendo del territorio que le quepa en suerte —reino, provincia, una isla— y de la mayor o menor independencia que posea frente a otras autoridades".²¹⁶ Es posible

²¹³ Se desprende de las explicaciones de DOMÍNGUEZ ORTIZ (*El Antiguo Régimen...*, *Loc. cit.*) que después de que la exorbitante pretensión virreinal de Colón fracasara, los "reinos" americanos gozarían de simples gobernadores. Solamente con CARLOS V, atendiendo no sólo a la "inmensidad de las tierras" sino al elevado grado cultural de los indígenas, se crearon los virreinos del Perú y de la Nueva España.

²¹⁴ GARCÍA-GALLO, "La evolución...", pp. 845-846. Cursivas en el original.

²¹⁵ DOUGNAC, *Manual...*, p. 115.

²¹⁶ *Idem*, p. 116. Las cursivas son nuestras.

distinguir entre presidentes-gobernadores (a ellos se refiere también el Título III del Libro III de la *Recopilación*), titulares de la función de gobierno en las “provincias mayores”, esto es, en aquellas que contaban con una Real Audiencia presidida, precisamente, por el gobernador; gobernadores particulares, encargados de una “provincia menor”²¹⁷ (la que carecía de Audiencia) y más o menos dependientes de alguna autoridad superior —virrey o presidente gobernador—; y gobernadores subordinados, en relación de dependencia respecto de gobernadores particulares, como se hallaba el gobernador de Santiago de Cuba frente al de La Habana.

De otro lado, las provincias también podían clasificarse en relación con el tipo de funcionario que se nombraba para resolver sus cuestiones más acuciantes: “según los problemas de la provincias sean fundamentalmente de gobierno, militares o de justicia, se busca para desempeñar los oficios a un político, a un hombre de capa y espada o a un letrado, y se le confiere el título y oficio correspondiente, y luego se le conceden secundariamente los otros; en consecuencia, las provincias se consideran, respectivamente, como *gubernaciones, capitanías generales o Audiencias*”.²¹⁸ En este sentido, “provincia” constituye el género y “gobernación” una de las especies y no viceversa, como ocurre con el primero de los criterios. “Reino” continúa sin explicación enteramente satisfactoria.

¿Qué implica todo esto en el ámbito del “imaginario territorial”? ¿Pueden equipararse las concepciones de “reino” y “provincia mayor”? ¿Realmente debe considerarse como determinante casi exclusivo la existencia o no de Audiencia? Lo cierto es que las nociones poseían un significado distinto al peninsular pero en constante dinámica hacia la homogeneización bajo la influencia del *leit motiv* que acertadamente señala García-Gallo: “tratar separadamente los distintos negocios”,²¹⁹ es decir, las diversas causas de justicia, guerra, gobierno y hacienda. El movimiento habría de presentar velocidades distintas a uno y otro lado del Atlántico pues la necesidad de la intervención en la vida económica del Nuevo Mundo y en la protección

²¹⁷ Por motivos de sistematización es que DOUGNAC emplea esta expresión que “no se usó constantemente en la praxis indiana”.

²¹⁸ GARCÍA-GALLO, “La evolución...”, *Loc. cit.* Cursivas en el original.

²¹⁹ *Idem*, p. 775.

de sus habitantes nativos provocó “que el Estado Español se ocupe activamente de estos problemas económicos, sociales y culturales dos siglos antes en América que en España”²²⁰ y que, por tanto, la distinción de los negocios de justicia y gobierno propiamente dicho se presente primero en Indias, lo que de ninguna manera significa que no fuese una aspiración constante en la España europea moderna: recuérdese que la Nueva Planta aragonesa tendió a extender el régimen castellano de las Audiencias en detrimento de las antiguas facultades jurisdiccionales de los órganos locales de gobierno.²²¹

La tendencia general parece ser, hacia finales del Antiguo Régimen, la de considerar “provincia” a cualquier fracción territorial y “reino” al gobierno general de toda la monarquía, con distinción de causas y negocios. Analícese, si no, el formulario de juramento para todo tipo de gobernadores que compele a los funcionarios a tener “cuenta con el bien y buena gobernación de aquella *provincia*”... cumpliendo “los capítulos de buena gobernación y leyes del *reino*, cédulas y provisiones de su Majestad y las que están hechas y dadas y se hicieren y dieren para el buen gobierno del *Estado de las Indias*”.²²² Se trata, sin embargo, de una tendencia —casi un mero *desideratum*— carente de consolidación y generalización: la equivocidad de los conceptos sobrevivirá incluso al momento de la independencia hispanoamericana sin que se supere totalmente la idea, derivada de las conquistas peninsulares bajomedievales, de que el reino es una unión de tierras que “se hallan sometidas a un mismo príncipe” sin que haya “otra cosa común entre ellas que esta común dependencia” por lo que pueden unirse o separarse sin generar repercusiones en su vida política.²²³

²²⁰ *Idem*, p. 762.

²²¹ Resultando válido, como en su lugar se ha mostrado, el esquema propuesto por ARTOLA (*Los orígenes...*, I, p. 138) para la Península de los comienzos de la guerra de la Independencia: “en 1808 los capitanes generales reunían al mando propiamente militar el control general, como presidentes de las audiencias, de la administración provincial. A lo largo del siglo anterior habían sido privados de sus atribuciones económicas, que habían pasado a manos de un funcionario nuevo, el intendente”.

²²² *RLRI*, tomo II, V, II, 7. Los destacados son nuestros.

²²³ GARCÍA-GALLO, *Manual...*, I, núm. 1118, p. 609. Por su parte, la Corona no es, para el autor, “sólo un conjunto de distintos Reinos y señoríos que tienen como titular a una misma persona. Un mismo Rey puede serlo de diversos reinos, sin que éstos estén integrados en una misma *Corona*... La *Corona* supone que todos los Reinos y señoríos que la

Es ésta, a grandes rasgos, la organización territorial que prevalecerá hasta la aparición de la dieciochesca reforma de intendencias, misma que significó que “en aquellas circunscripciones más amplias —donde se forma además un tercer virreinato de Nueva Granada—,²²⁴ los Virreyes y presidentes son *capitanes generales*, título que por su superior carácter desplaza al de presidente, con lo que las presidencias aparecen ahora como *capitanías generales*, mientras los gobernadores de las provincias dependientes de ellas figuran con el título de *comandantes generales*. Las circunscripciones menores o provincias son asimismo objeto de reforma, aplicándoseles el régimen de intendencias”.²²⁵

Si las reformas del XVIII implicaron la transformación integral del régimen de las presidencias, no sucedió lo mismo con el sistema virreinal. La concepción del virrey como autoridad suprema no llegó nunca a desintegrarse materialmente, ni siquiera tras la promulgación de la Constitución de Cádiz. Por el contrario, como señala Pietschmann, es un hecho que los virreyes fueron acrecentando su dominio durante los tres siglos de vida colonial: “los gobernadores de provincias, durante la temprana época colonial, gozaron de una gran autonomía ante el virreinato y sólo debían obedecer mandamientos generales importantes del virrey. No obstante, con el transcurso del tiempo y hasta el siglo XVIII, estos gobernadores de provincia, quedaron cada vez más subordinados al virrey”.²²⁶ Prueba de esta consolidación es la creación, en 1776, de un tardío nuevo virreinato en el Río de la Plata justo cuando “la institución virreinal está en España en completa crisis y han desaparecido, salvo uno, todos los virreinos que existían en ella o en Italia”.²²⁷

Y es que, tras la Guerra de Sucesión, perdiendo los antiguos *reinos* de la Corona aragonesa su calidad de tales, el *alter ego* del rey en ellos

integran forman una unidad indivisible, que como tal se transmite hereditariamente”. *Idem*. I. núm. 1205, p. 669. Cursivas en el original.

²²⁴ Con cierta intermitencia: erigido en 1717, fue suprimido en 1723 y vuelto a establecer en 1739. Su existencia “no altera el sistema de organización establecido hacia 1750, puesto que lo único que supone es convertir una presidencia que ejercía el superior gobierno en un virreinato y modificar la adscripción de unas provincias a una y otra circunscripción superior”. GARCÍA-GALLO, “La evolución...”, p. 874.

²²⁵ ESCUDERO, *Curso...*, p. 779.

²²⁶ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 91.

²²⁷ GARCÍA-GALLO, “La evolución...”, p. 874.

deja de ser necesario. No ocurre lo mismo con Navarra que por haber permanecido fiel a Felipe V —y porque continúa siendo un reino— conserva su virrey, ni tampoco con el Perú o la Nueva España. Ahora bien, si tal fue el criterio que se siguió para respetar o no las antiguas constituciones de los *reinos*, ¿sobre qué base se crearon los *virreinos* en el Nuevo *reino* de Granada y en el Río de la Plata? ¿Con respecto a qué original persona regia se consideró causahabiente al rey de las Españas? ¿Dónde está el Atahualpa neogranadino o el Moctezuma argentino? ¿Dónde las inveteradas *constituciones*? En ningún lugar, lo cual muestra que el determinante regnícola apuntado por García-Gallo, con ser puntual, no puede considerarse absoluto. La reforma administrativo-territorial del siglo XVIII respondió a un buen número de criterios diferentes y en no pocos casos a exámenes de oportunidad y de sano juicio político. No se procuró la imposible tarea de aplicar las mismas consideraciones en ambos continentes, a pesar del ferviente e ilustrado deseo de uniformidad. Lo que fue castigo en Aragón y Cataluña no es el reverso de un premio virreinal en Tierra Firme. Ambas son, eso sí, expresiones de una reorganización territorial que los Borbones apreciaban como imprescindible. Pero poco más.

El supuesto “declive final” que parece poder percibirse en la autoridad de los virreyes americanos es más bien el resultado del natural reacomodo de fuerzas que siguió a la implantación de las reformas. Cercenada de su ámbito de atribuciones la superintendencia de la Real Hacienda, podía resultar cierta la afirmación de que “el Superintendente venía a erigirse en un segundo Virrey, teniendo cada uno su esfera de actuación”,²²⁸ por lo que los virreyes no descansaron hasta que, en 1787, les fue totalmente restituida, lo que ha sido interpretado como un duro revés para las pretensiones de José de Gálvez en orden a “aniquilar el poder absoluto de la primera Magistratura indiana”.²²⁹

Es posible ofrecer más muestras del fracaso de las tentativas antivirreinales. Con la creación de la Comandancia general de las provincias internas del norte de México en virtud de la Real cédula del 22 de agosto de 1776,²³⁰ el comandante general comenzará a

²²⁸ NAVARRO, *Intendencias...*, p. 101.

²²⁹ *Idem*, p. 100.

²³⁰ A la cual hace referencia el Auto Acordado DCXV de la Audiencia de México reconociendo que el mando de las Provincias Internas —excepción hecha de la del Nuevo

ejercer el superior gobierno con independencia del virrey de Nueva España, pero lo hará por poco tiempo, ya que el virrey logrará que se reconozca su superioridad sobre la comandancia y que ésta se divida en dos: Oriente, integrada por Coahuila, Nuevo Santander, Nuevo Reino de León y Texas, y Poniente, conformada por las dos Californias, el Nuevo Reino de México, Sonora y la Nueva Vizcaya. En 1792 volverán a fusionarse las comandancias y se les devolverá su independencia, pero en 1811 se vuelve a dividir las y se las sujeta de nuevo al control novohispano. Malos ejemplos de declive virreinal representan también la creación de la Capitanía General de Venezuela en 1777 —antes reconocimiento de la importancia y desarrollo de Caracas que intento de debilitamiento del virreinato de la Nueva Granada—, la independencia de la Capitanía General de Chile respecto del virreinato del Perú en 1798 —total consolidación de lo que desde hora tan temprana como el quince de octubre de 1597 se estableció reduciéndose la intervención peruana a los “casos graves y de mucha importancia”—²³¹ y, por supuesto, la creación de un virreinato en el Plata que, si bien significó restringir el ámbito de actuación del virrey del Perú, consolidó a la figura virreinal como fórmula atractiva para el reformismo borbónico ya que, a pesar de su mayor prestigio, se presentó tan capaz como la Capitanía General para representar los intereses del rey y ocuparse de la función política que suponía el *gobierno superior*. Todo ello a contrapié de posiciones mayestático-colonialistas tan relevantes como la del visitador don José Antonio Areche quien opinaba, no sin sensatez, “que nunca conviene tener un jefe tan autorizado dentro de unas provincias tan distantes como éstas”.²³²

Afirma Joseph Pérez que “la idea de reinos distintos constitutivos de un imperio chocaba con el centralismo borbónico”.²³³ Lla-

Santander y de la del Nuevo Reino de León— se erigió en gobierno superior “con absoluta independencia” del Virreinato de la Nueva España. Cfr. VENTURA BELEÑA, Eusebio, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del crimen de esta Nueva España*, prólogo de María del Refugio GONZÁLEZ, UNAM, México, 1981, I, p. 290.

²³¹ RLRI, tomo II, III, 3, 30.

²³² Reproduce la cita NAVARRO, *Intendencias...*, p. 102, nota 11.

²³³ PÉREZ, *Los movimientos...*, p. 141, nota 4. “V. FRANKL llama la atención sobre este aspecto fundamental: ‘cuando los Borbones trataron de hacer de estas partes primordiales del imperio partes de un Estado centralizado, con el fin de explotarlas en el sentido mercantilista, estalló el gran movimiento revolucionario de liberación’. Se está refiriendo a ‘Idea del imperio español’ artículo publicado en *Estudios de Historia de América*, México, 1948.

ma en consecuencia la atención el hecho de que no se haya aprovechado la ocasión de la reforma intencional para limitar la potestad de los virreyes e impedir que consideraran al territorio de su jurisdicción como un auténtico “*regno suo*”. Ahora bien, ya hemos señalado los límites que presenta la concepción del “centralismo borbónico” y también hemos visto que la relación virreinato-intendencia fue, a lo más, ambivalente; jamás contrapuesta. Por otro lado, la Corona española había tomado medidas que se antojaban suficientes para evitar la consolidación de dinastías virreinales autonomistas en Indias. Así, por ejemplo, la Ley 12a del Título III, Libro III de la *Recopilación* prohíbe, de conformidad con una “costumbre inmemorial”, no solamente que los virreyes lleven al Perú y a México a sus “hijos primogénitos, yernos y nueras, sino otros cualesquiera que tuvieren, aunque sean menores de edad”. Y esto desde tiempos de los Austrias.

La transformación ilustrada del conglomerado de reinos y provincias que componían la monarquía española no pasó, pues, por la supresión de los virreinos; por el contrario: se sirvió de ellos. Pero, ¿qué hay de la concepción de los “reinos” indios? ¿Es válido considerarlos simplemente provincias de mayor jerarquía en atención a su grado de desarrollo precolombino? ¿Existe, en tal virtud, una diferencia sustancial con los reinos peninsulares, diferencia suficiente como para provocar que en América la Nueva Planta no fuese necesaria?

La diferencia con la Península, en efecto, existe. Diferencia no sólo en las circunstancias, sino también en los ánimos. En apariencia, nada parece oponerse en América a la castellanización de las instituciones (la cual, por otro lado, se había asegurado varios siglos antes). La Nueva Planta no consistirá en Indias más que en poner en juego a las figuras del gobierno superior del austracismo con la nueva realidad del intendente, entendiendo por éste a un funcionario ilustrado encargado de la tarea de fomento. El reconocimiento (o la supresión) de la calidad de “reinos” a los territorios indios pasa a un segundo término. No parece haber mayor preocupación por esta importante fracción del “imaginario territorial” ni entre los supuestos “centralizadores” borbónicos ni entre los criollos partidarios de la descentralización. Provincias tenemos que hay que administrar

de la mejor manera, en orden a la felicidad de sus habitantes.²³⁴ Tal es el sentido de las propuestas autonomistas de los ministros ilustrados que analizaremos a continuación, destacando desde este instante un hecho revelador: lo que propone el conde de Aranda es la creación —no el reconocimiento— de nuevos *reinos* en Indias.

3. Concepciones territoriales de los ministros ilustrados. La “idea americana” de Aranda

Pedro Pablo Abarca de Bolea y Ximénez de Urrea, conde de Aranda (1719-1798) es, con diferencia, el más conspicuo representante de una tendencia minoritaria entre los ministros de Carlos III y Carlos IV y que bien podría definirse como “autonomismo borbón” por contraposición a la que hasta ahora ha sido vista como ideología única de los Borbones y que, en realidad, no representa más que la tendencia, a final de cuentas triunfante, de ministros como Floridablanca, Campomanes o Jovellanos.

Ha podido afirmarse que Aranda mantenía una “visión descentralizada del futuro de América, tan distanciada del pensamiento

²³⁴ Con lo cual la diferencia con la Península queda paliada, sobre todo si seguimos la explicación que propone GARCÍA-GALLO (*Manual...* I, núms. 1220-1235, pp. 678-689), en torno a un proceso que terminará con la unificación (o “definitiva castellanización”) de la monarquía con los decretos de Nueva Planta. “En la monarquía española, al unirse en la Edad Moderna las Coronas de Castilla, Aragón, Navarra y los otros territorios, el sistema de los reinos separados no sólo se mantiene sino que se generaliza... no existe ninguna institución que actúe sobre todos los Reinos... Esta situación comienza a cambiar a mediados del siglo XVI, de tal modo que la monarquía va adquiriendo propia entidad —deja de ser una mera unión de reinos para constituir un cuerpo político— y fines e instituciones propias, distintos de los de los reinos. Lo que de este modo gana la monarquía lo pierden en medida inversa los reinos. La plenitud de aquella supone la extinción de éstos como formas políticas... En su actuación política el príncipe —Carlos o Felipe— no procede como rey de uno u otro reino, sino como monarca o rector de la Monarquía formada por todos ellos. Ahora bien, como tal monarca —figura política pero no jurídica— el príncipe no tiene ningún poder; el que posee es en cuanto rey de cada reino, y este poder mismo varía de uno a otro según su respectiva constitución política... durante los siglos XVI y XVII se va formando un sistema institucional —Consejos, funcionarios, ejército y hacienda— totalmente independiente de los reinos y propio en cambio de la monarquía” con lo que, aun contando con la mayor intensidad de las resistencias en la España europea, el proceso —hacia el siglo de las luces— parece irreversible en todos los territorios hispánicos, sin dejar de ser cierto que “sobre nada de esto recae una declaración oficial y a fines del siglo XVIII queda impreciso si la monarquía es una o una unión de reinos”.

borbónico”,²³⁵ como si el ministro aragonés representara una más de las tendencias derrotadas por el borbonismo dieciochesco. La verdad es que sus propuestas se realizaron en el marco de la supremacía de la casa de Borbón y para la conservación de ésta. Es más que probable que los reyes las hayan escuchado con atención e incluso tratado de poner en práctica, si bien finalmente fueron desechadas. Se da la circunstancia adicional de que el proyecto de Aranda influirá decisivamente, años después de ideado, en las intenciones de mantenimiento de la hegemonía borbónica en América, cuando cualquier postura centralista parecía condenada al fracaso.

Así es que si “un aire habsbúrbico o de la Corona de Aragón, tiene el famoso proyecto americano de Aranda” lo hallaremos restringido al hecho de que “reclamó contra la discriminación de los habitantes americanos, tal como se había quejado de la de los aragoneses en sentido lato”,²³⁶ con todas las ambivalencias que al respecto se presentaban en el propio pensamiento de los criollos. Lo cierto es que ya desde 1781, en el Plan de gobierno que elaboró para el príncipe de Asturias —el futuro Carlos IV— Aranda calificaba a la desorganización del Imperio como “además de nociva, injusta... Porque la Corona (de España)... se compone de dos porciones, la de Europa y la de América; y tan vasallos son unos como otros. El monarca es uno solo, y el gobierno ha de ser uno en lo principal, dejando únicamente las diferencias para las circunstancias territoriales que lo exigieran”.²³⁷ Poco de austracista tiene una propuesta de gobierno “solo y uno en lo principal”: en ningún momento se cuestiona la legitimidad de los intentos cohesivos de Corona y reino. De lo que se trata, en la mejor línea del pensamiento ilustrado, es de extender los beneficios de la igualdad a todos los vasallos del rey.

Se denunciaba, pues, por injusta la “carencia casi total de aragoneses, en sentido amplio, en la Audiencia”,²³⁸ como se hacía con la exclusión sufrida por los americanos, sin que ello implicase poner en entredicho la estructura de la monarquía que el borbonismo se había

²³⁵ LLUCH, *Las Españas...*, p. 21.

²³⁶ *Idem*, p. 129.

²³⁷ OLAECHEA, Rafael y FERRER BENIMELI, José A., *El conde de Aranda. Mito y realidad de un político aragonés*, Librería General, Zaragoza, 1978, p. 81.

²³⁸ LLUCH, *Las Españas...*, p. 138.

propuesto consolidar. Por el contrario, había que apoyar a la dinastía en esta tarea. Y a ello se abocará el conde.

Tras de su contacto diplomático con los rebeldes de las Trece Colonias inglesas en Norteamérica, teniendo a la vista los alzamientos indios del siglo XVIII de los que ha dado integral cuenta J. Pérez y habiendo suscrito con Inglaterra y Francia la *Paz de París* por la que se reconocía la independencia de los Estados Unidos, el ministro Aranda llega a la convicción de que es indispensable replantear la estructuración del poderío español en Ultramar. En su importante *Exposición al Rey Carlos III sobre la conveniencia de crear reinos independientes en América* (1783),²³⁹ los recién independizados estados angloamericanos aparecen como un peligro real e inminente: "... dentro de pocos años veremos con verdadero dolor la existencia tiránica de este coloso... El primer paso de esta potencia, cuando haya logrado su engrandecimiento, será el apoderarse de las Floridas, a fin de dominar el golfo de México. Después de molestarnos así, y nuestras relaciones con la Nueva España, aspirará a la conquista de *este vasto Imperio*, que no podremos defender contra una potencia formidable... que ya invoca el sagrado nombre de América".²⁴⁰

Por encima de cualquier otra consideración, es esta amenaza la que mueve a Aranda. De no tomar el camino de la renovación, en pocos años los Estados Unidos habrán extendido por toda América su modelo de independencia absoluta como forma de preparar su hegemonía continental. Más que nostalgia habsbúrbica —improbable, por otro lado, en un hombre cercano a Diderot y D'Alambert, elogiado por Voltaire y responsable de la expulsión de la Compañía de Jesús en 1767— un pragmatismo de notable amplitud de miras hay en el conde cuando aconseja al Rey:

... deshacerse de todas sus posesiones en el continente de ambas Américas, conservando tan sólo las islas de Cuba y Puerto Rico, en la parte septentrional, y alguna otra que pueda convenir en la parte meridional, con objeto de que nos sirvan como escala o depósito para el comercio español.²⁴¹ A fin

²³⁹ El texto íntegro en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, II, núm. 900 bis, pp. 718-721. Nosotros citaremos por las transcripciones de OLAECHEA y FERRER BENIMELI.

²⁴⁰ OLAECHEA y FERRER BENIMELI, *El conde...*, pp. 80-83. Cursivas nuestras.

²⁴¹ Y no "castellano" pues, muy en la línea del cameralismo alemán, se buscaba "el final de la discriminación de la Corona de Aragón respecto al mercado americano". LLUCH, *Las*

de realizar este gran pensamiento de un modo que convenga a España, deben establecerse tres infantes en América: uno, como Rey de México, otro, como Rey del Perú, y otro, como Rey de Costafirme, tomando V.M. el título de Emperador... debiendo considerarse las cuatro *naciones* como unidas por la más estrecha alianza ofensiva y defensiva para su conservación y prosperidad.²⁴²

Gobiernos fuertes y bien consolidados, capaces de hacer frente a la nueva amenaza y, a la vez, unidos por lazos dinásticos que, si no indisolubles, sí aparecían como más sólidos si se los comparaba con la simple obediencia jerárquica al rey en que se sustentaba la función de los virreyes, de quienes en cualquier momento cabía esperar una utilización de sus amplias facultades para decantarse por la independencia. Con la propuesta de Aranda la Corona, por propia iniciativa, sentaba las bases para la hegemonía de las naciones hispánicas y neutralizaba los elementos de dispersión.

Resucitaba, en cierto modo, la idea del imperio, pero se planteaba en términos distintos a los empleados durante los gobiernos de los Austrias, mayores y menores. Si el sentimiento nacional no podía extenderse con éxito más allá de la Península había que difuminarlo y crear reinos de raigambre hispana, pero conscientes de la especificidad nacional que envolverían en sus fronteras. Un imperio con varias Coronas y reinos cuyo lazo de identidad y unión se encontraría en la casa real y en su cabeza, el emperador. En ello, y no en otras consideraciones, radica el hecho de que los del partido aragonés "en la organización territorial se miraron en el espejo austriaco. No en vano Austria... probaba la coexistencia de unas leyes generales, la autoridad del emperador, con leyes particulares en los diversos territorios".²⁴³ Y es que se iba más allá de lo estrictamente jurídico: con el modelo propuesto se reconocería tajantemente —y se pondría efectivamente en práctica— la calidad de reinos para las partes ultramarinas integrantes de la monarquía.

Españas..., p. 131. En el mismo sentido mercantil, reporta M. FERNÁNDEZ ALMAGRO que en el plan de ARANDA "un Tratado de comercio, extensivo a Francia y excluyente de Inglaterra, proveería a los intereses económicos FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor, *La emancipación de América y su reflejo en la conciencia española*, IEP, Madrid, 1944, p. 18.

²⁴² OLAECHEA y FERRER BENIMELI, *El conde...*, p. 84. Las cursivas son nuestras.

²⁴³ LLUCH, *Las Españas...*, *Loc. cit.*

Así las cosas, la lucha de los ilustrados aragoneses y americanos no debe reducirse a la búsqueda del restablecimiento del austracismo. El despotismo ilustrado no puede restringirse a una sola tendencia homogénea, unitarista y centralizadora. No es más borbónica la afirmación de Jovellanos en el sentido de que “las colonias en tanto son útiles, en cuanto ofrecen un seguro consumo al sobrante de la industria de la metrópoli”,²⁴⁴ que la idea americana de Aranda. Es posible hablar de un autonomismo borbón. El que durante el primer Ocho-cientos —Cádiz incluido— se haya frustrado es cosa distinta.

De ahí numerosas ambivalencias y falsas interpretaciones acerca de los objetivos de ciertas reformas territoriales concretas, como ya hemos advertido al hablar de las intendencias y de su relación con la polémica “centralismo *versus*. descentralización”. Es revelador, en este sentido, el hecho de que mientras Ernest Lluch sostiene que “no tiene que olvidarse que los Gálvez eran del ‘partido aragonés’ y sostenidos por Aranda y O’Reilly”,²⁴⁵ de la investigación que lo llevó a escribir *El Virrey*,²⁴⁶ José Manuel Villalpando concluye, por el contrario, que José de Gálvez era cercano a José Moñino, conde de Floridablanca, y que contaba con el “apoyo y amistad” de los *golillas*. En el mismo orden de ideas, Horst Pietschmann, que opina que las reformas de Gálvez, contra los deseos de Aranda, “en muchos respectos iban contra la capa social superior criolla”.²⁴⁷ Las fronteras entre las dos fracciones de la Ilustración española quedan, pues, difuminadas, de lo cual se deriva que la propuesta del conde de Aranda bien pudo haberse impuesto sin que ello significara una derrota para el despotismo ilustrado.

Todavía en 1786 Aranda —siempre preocupado por el riesgo que se cernía sobre el dominio español en Hispanoamérica— procuró influir de nueva cuenta en la reestructuración territorial de la monarquía. En estos términos sometía una nueva idea a la consideración del conde de Floridablanca: “yo soñaría en adquirir Portugal con el Perú que por sus espaldas se uniese con el Brasil, tomando por límite

²⁴⁴ *Dictamen sobre el embarque de paños extranjeros para nuestras colonias*. Citado en *idem*, p. 207. *Cursivas nuestras*.

²⁴⁵ *Idem*, p. 152.

²⁴⁶ Se trata de una biografía de Bernardo de GÁLVEZ, sobrino del Ministro de Indias y virrey de la Nueva España. Planeta, México, 2001, pp. 19 y 34.

²⁴⁷ PIETSCHMANN, *Las reformas...*, p. 298.

desde la embocadura del río de las Amazonas, siempre río arriba, hasta donde se pudiese tirar una línea que fuese a parar a Paitia, y aun, en necesidad, más arriba de Guayaquil. Establecería un Infante en Buenos Aires, dándole también el Chile, y si sólo dependiese en agregar éste al Perú, para hacer declinar la balanza a gusto de Portugal en favor de la idea, se lo diera igualmente, reduciendo el Infante a Buenos Aires y dependencias”. Si fuera necesario no ve inconveniente en renunciar a Buenos Aires “por resultar embarazoso” dada su localización entre el Perú, Brasil y Chile. El resto de América, en su concepto, colmaría “los objetos de la Corona... Me he llenado la cabeza de que la América meridional se nos irá de las manos, y ya que hubiese de suceder, mejor será un cambio que nada. Yo no hago de proyectista ni de profeta; pero esto segundo no es descabellado, porque la naturaleza de las cosas la traerá consigo, y la diferencia no consistirá sino en años”.²⁴⁸

Manuel Godoy tomó conciencia de la dimensión autonomista que podía dársele al ideario borbónico y, motejando de “francés enteramente” el proyecto de Aranda, se dispuso a elaborar un nuevo programa de acción que fuera a un tiempo descentralizador y “enteramente español”: “nada de enajenar un palmo tan siquiera de aquel glorioso y rico Imperio de las Indias; nada de quitar a la Corona augusta de Castilla lo que le daba tanto lustre, tanto poder y tanto peso entre los demás pueblos de Europa”. Para ello había de elaborar un plan que no cuestionara la preeminencia del rey de España en los reinos americanos pero que abriera de algún modo para estos la posibilidad de un efectivo autogobierno.

El proyecto del favorito “es de 1804, y su autor lo sintetiza en determinada página de sus ‘Memorias’. A saber: ‘Mi pensamiento —dice— fue que, en lugar de Virreyes, fuesen nuestros infantes a la América; que tomasen el título de Príncipes regentes; que se hiciesen amar allí; que llenasen con su presencia la ambición y el orgullo de aquellos naturales; que les acompañase un buen Consejo, con ministros responsables; que gobernase allí con ellos un Senado, mitad de americanos y mitad de españoles; que se mejorasen y acomodaran a los tiempos las leyes de las Indias, y que los negocios del país se terminasen y fuesen fenecidos en Tribunales propios de cada

²⁴⁸ FERNÁNDEZ ALMAGRO, *La emancipación...*, pp. 19-21.

cual de esta regencia, salvo sólo aquellos casos en que el interés común de la metrópoli y de los pueblos de América requiriese terminarlos en España”.²⁴⁹

Así las cosas, “hubo un medio de evitar quizá la guerra y radical separación de América: el establecimiento de príncipes españoles de la Casa de Borbón en los tronos que proyectaron alzar sobre los virreinos, primero, Aranda, y Godoy después”.²⁵⁰ Aun cuando la idea no alcanzó a tener aplicación práctica, se mantuvo en el “imaginario territorial” durante varias décadas: en plena guerra de la independencia José María Blanco White se pronunciaba desde Londres por la creación de una especie de “Commonwealth hispánica de naciones”,²⁵¹ en tanto que para varios insurgentes iberoamericanos —localizados, principalmente, en Nueva España y Río de la Plata— los proyectos ilustrados serán dignos de revivirse en orden a asegurar a las Américas una conveniente independencia. Por contraposición es de señalarse que en Cádiz este tipo de posturas no parecen haber gozado de influencia alguna.

VII. EL GOBIERNO DE LOS TERRITORIOS HISPÁNICOS

I. Circunscripciones y organización territorial y/o provincial a fines del siglo XVIII. Las provincias “marítimas”

Divididas, si bien por vías distintas, las Españas en provincias, podría parecer que el proceso de uniformidad ha quedado concluido o, cuando menos, que hacia finales del siglo XVIII se halla en un estado cercano a la consolidación con las consecuencias que tal cosa podía significar para la creación del cuerpo de nación. La afirmación, debido a las excepciones y a los ámbitos de resistencia que hemos analizado, es sin embargo susceptible de matices. Varios de ellos se derivan de la organización administrativa que impera en cada provincia en el ocaso del siglo de las luces. Con todo, los logros del unitarismo no son en manera alguna despreciables: en los días próxi-

²⁴⁹ *Idem*, p. 24.

²⁵⁰ *Idem*, p. 59.

²⁵¹ RAMOS, Demetrio, “Las Cortes de Cádiz y América”, *REP*, núm. 126, Madrid, 1962, p. 539, nota 229.

mos al levantamiento de 1808 “España entera estaba dividida en siete circunscripciones, cuya superintendencia corría a cargo de otros tantos consejeros (de Castilla), que, de este modo, tenían bajo su mano la totalidad de la administración provincial”.²⁵²

La reorganización territorial no se extinguió con el gobierno de Carlos III. Carlos IV llevó a efecto algunas reestructuraciones, la más trascendental de las cuales —la llamada “de las provincias marítimas” que afectó fundamentalmente a territorios de la antigua Corona de Castilla—, “fue también la primera en llevarse a cabo: la creación de seis nuevas provincias (Cádiz, Málaga, Santander, Alicante, Cartagena y Asturias)”,²⁵³ por real decreto de 25 de septiembre de 1799. En ellas ejercerá funciones de intendente con plena autonomía un nuevo tipo de funcionario a título de subdelegado.

La suerte de estas provincias, diversa hasta la famosa división de Javier de Burgos (1833), nos permite contemplar el desarrollo de la idea provincial que, más allá de las nuevas y “marítimas”, se significará en las del resto del reino. Fuera de la de Alicante, reincorporada a Valencia en 1805, y de la de Sanlúcar, extinguida en 1808, el resto subsistirá hasta la tercera década del XIX siendo, en 1825, elevadas al rango de intendencias. Subsistencia importante para el “imaginario” no sólo territorial sino político de la monarquía, dado que “fue un claro y decisivo precedente para la consecución de una representación política propia en los periodos constitucionales, objetivo en el que únicamente fracasó Cartagena”.²⁵⁴

Se trató, asimismo, de un importante paso hacia la homogeneidad, esa que tanto echaba de menos Jovellanos cuando se quejaba de las franquicias gozadas por las provincias limítrofes con su natal Asturias y no por ésta.²⁵⁵ Las provincias marítimas serán provincias como cualquier otra y su organización se derivará del resultado de las transformaciones sufridas por el régimen territorial a todo lo largo del

²⁵² ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 129.

²⁵³ BURGUEÑO, *Geografía...*, p. 56 y ss. En diciembre de 1804 se creó otra provincia marítima con capital en Sanlúcar de Barrameda.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ “¡Pobre Asturias, vecina a estas provincias (la Montaña y el País Vasco) tan favorecidas con las franquicias, y a La Coruña con los correos, y oprimida con todo el peso de las exacciones fiscales y con la falta de comunicación, que desalientan su industria y agotan sus esfuerzos patrióticos” *Diarios*, III, p. 28, en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Jovellanos...*, p. 149.

siglo XVIII. Y es que la necesidad nacional hará que la reordenación ilustrada sea “perfectamente reconocible en los periodos constitucionales. Estas provincias fueron el ámbito de actuación de los órganos de gobierno —jefes políticos y diputaciones—, el marco territorial en el que se crearon los partidos judiciales y las circunscripciones electorales (pese a que la adjudicación de diputados se hiciera a partir de un censo elaborado con la antigua división)”.²⁵⁶ Repárese, empero, en que la reordenación sólo se reconocerá en la organización territorial tras el proceso constituyente que, por lo tanto, aparece como condición para la uniformidad. Para ella, pues, Cádiz era imprescindible.

2. El gobierno local y la dualidad municipio-señorío

El absolutismo trajo consigo un replanteamiento de la estructura municipal que algunos han interpretado como causa de la decadencia de la misma. Sin abordar tal debate, es necesario dejar asentado que la vinculación del municipio al poder central cambió notablemente con la consolidación de la potestad regia: “el municipio, como órgano local autónomo de la administración pública, al perder autonomía, se convirtió en un órgano del poder central del Estado, al que le vinculaba el corregidor, como representante del poder central”,²⁵⁷ lo cual puede explicarse incluso en términos ideológicos ya que tras la derrota de Villalar en abril de 1521 las oligarquías locales asumieron como propios los límites que las constreñían a la acción municipal, resignándose a quedar fuera de los grandes asuntos nacionales.²⁵⁸

Ahora bien, la situación de las noblezas locales no era desesperada. Siendo cierto que el municipio castellano era “el único terreno en que podía desarrollarse una actividad política”, también era “la más extensa fuente de poder” resultando amplísimas las atribuciones del ayuntamiento: “casi todas las que hoy se atribuye el Estado”.²⁵⁹ Devenía a tal grado poderosa la organización municipal que “todavía hay hoy municipios que tienen términos de mil y más kilómetros

²⁵⁶ BURGUEÑO, *Geografía...*, p. 62.

²⁵⁷ ANES, *El Antiguo Régimen...*, p. 321.

²⁵⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El Antiguo Régimen...*, capítulo II.

²⁵⁹ *Idem*, pp. 105 y 108.

cuadrados; son vestigios de aquella antigua organización, referidos a ciudades que tuvieron suficiente fuerza para retener gran parte de su primitivo territorio”,²⁶⁰ y en las que no resulta difícil observar el origen de ciertas provincias.

Hay que agregar que, a condición de que olvidaran los intereses en extremo localistas, los nobles podían aspirar a una cierta proyección nacional merced a la fuerte estamentalización del conjunto de la administración. Como ha señalado Miguel Artola, “en la escala nacional los Consejos y en la local los municipios se encuentran en las manos de un único grupo social (la nobleza) que en su control encuentra una de las garantías de su subsistencia”.²⁶¹ Ello es atribuible, fundamentalmente, a la utilidad social que aún solía predicarse de la nobleza del Antiguo Régimen.

Por otro lado, con la extinción de la peculiaridad de los regímenes municipales aragoneses derivada de la Nueva Planta y el establecimiento de ciudades cabeza de corregimiento en los asentamientos poblacionales más importantes, aparentemente se obtuvo la generalización del municipio castellano quedando los cabildos locales “integrados por regidores, para los que se redactó unas instrucciones en 1713”.²⁶² Sólo en apariencia, pues la realidad política volvió a imponerse. Así, mientras en Castilla pugnaba el gobierno por abolir la perpetuidad y transmisibilidad *mortis causa* de los oficios municipales, los neoplantados cargos municipales aragoneses se hicieron hereditarios, con lo que no tardaron en ser copados por miembros de las noblezas locales. No influía menos en la heterogeneidad el importante hecho de que en el terreno de la jurisdicción señorial “existían notables diferencias entre las provincias de las diversas Coronas. En tanto Castilla había avanzado mucho en el camino de la centralización, Aragón mantenía un régimen de mayor dureza, con variantes entre sus distintos reinos”.²⁶³

Una cierta democratización del municipio —en consecuente detrimento del estamento nobiliario— será buscada por la reforma municipal llevada a cabo en tiempos de Carlos III a través de la designa-

²⁶⁰ *Idem*, p. 110.

²⁶¹ ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 66.

²⁶² ANES, *El Antiguo Régimen...*, *Loc. cit.*

²⁶³ ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 64.

ción de personas del común para el ejercicio de los cargos municipales. El *auto acordado* del 5 de mayo de 1766 "establecía que en todos los pueblos de mil vecinos o más interviniesen, con la justicia y regidores, cuatro diputados nombrados anualmente, por parroquias o barrios, por el común de vecinos... En muchos pueblos, el oficio de procurador síndico era enajenado, y solía estar perpetuado en alguna familia o recaía por costumbre o privilegio en algún regidor del ayuntamiento. Para evitar esto, la resolución citada establecía que, en tales circunstancias, debería elegir y nombrar anualmente el común un 'procurador síndico personero del público'".²⁶⁴

Así las cosas, coincidimos con Muñoz de Bustillo en que es posible destacar direcciones (y no características absolutas) en el proceso de reforma municipal que comienza en la Península con los Decretos de Felipe V y concluye con la administración de Carlos III:

- Uniformidad en el sistema municipal que, a pesar de las importantes medidas tomadas en este sentido, no llega a materializarse en el siglo de las 'lucos'.
- Centralización que se impone principalmente mediante la intervención de las haciendas locales.
- Alteración en la composición de los ayuntamientos.²⁶⁵

Puede destacarse también el relativo fracaso que experimentaron los intentos democratizadores del municipio, fracaso que determinó en gran medida el mantenimiento de la situación de señorialización de la institución que habrían de arrostrar los constituyentes doceañistas, cuyos decretos en esta materia tienden a extinguir la dualidad señorío-municipio apelando a los orígenes democráticos de este último. Con la orden expedida por las Cortes el 9 de noviembre de 1811 prohibiendo la provisión (venta) de corregimientos y alcaldías mayores de los lugares que fueron de señorío "se trataba de interpretar un sentimiento casi generalizado contra la enajenación de oficios municipales, práctica habitual desde el siglo XVI y contra la que se habían manifestado desde entonces los ciudadanos, alcanzando por aquellos años de 1810 y 1811 gran asentimiento popular. La vincula-

²⁶⁴ ANES, *El Antiguo Régimen...* Loc. cit.

²⁶⁵ MUÑOZ DE BUSTILLO, *Bayona...*, p. 169.

ción de oficios en las familias por juro de heredad, familias que en la mayor parte de los casos eran hidalgas, y si no con esta compra tenían el camino de acceso a la hidalguía abierto, suponía de facto la señorialización de los municipios. Los cuales, en definitiva, se encontraban en manos de una oligarquía, habiendo perdido desde hacía muchos años toda su fuerza democrática y autonómica".²⁶⁶

Restringida a un ámbito en apariencia extremadamente local, no debe desdeñarse, en lo que a la estructura de la sociedad española se refiere, la importancia de la reforma que en agosto de 1811 incorporó los señoríos jurisdiccionales a la nación. Ha dicho Suárez que "teniendo en cuenta que, de algo más de 25,000 pueblos, granjas, cotos, etcétera, que había en España en aquel momento, más de la mitad eran de señorío, y de 4,716 villas, sólo 1,703 eran de realengo, puede apreciarse la enorme trascendencia del decreto sobre señoríos, que tuvo, además, otra consecuencia de tipo administrativo: la centralización y el robustecimiento del poder del Estado".²⁶⁷

Y, desde luego, implicó por vías indirectas el fortalecimiento de la nación, cuestión que de sobremanera nos interesa destacar. La abolición de los señoríos en el Constituyente se planteó más como un proceso de recuperación de potestades (la jurisdiccional, principalmente) por parte de la nación que como un procedimiento expropiatorio o de limitación a la propiedad privada. Además, se hizo en beneficio de los pueblos que, desde las obras de Martínez Marina, se entendían como entes constitutivos de la nación española. No importa que la reacción señorial haya sido lo suficientemente poderosa como para desandar lo andado. Es posible afirmar que "la radicalidad con que las Cortes concibieron esa recuperación de dominio por parte de la nación, y a través de ella en beneficio de los pueblos, quedó también patente a pesar de no hallar fi-

²⁶⁶ ORDUÑA REBOLLO, Enrique, "Constitución y ayuntamientos en 1812", *Materiales...*, p. 595. Aun peor: la administración señorial comenzaba a dar muestras de notoria ineficiencia en temas que, como el de la justicia, requerían un rigor profesional cada vez mayor. "La complejidad creciente de la máquina administrativa les alejará (a los nobles) de ella por carecer de la necesaria preparación técnica, que se puede adquirir, pero no heredar. Su ignorancia de un derecho sumamente complejo y de difícil interpretación les convertirá, desde el momento en que la ley monárquica es de aplicación en los pueblos de señorío, de señores justicieros creadores de derechos, en meros caciques de aldea que explotan en su personal beneficio el privilegio de designar jueces y alcaldes". ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 99.

²⁶⁷ SUÁREZ, Federico, *Las Cortes de Cádiz*, Ed. RIALP, Madrid, 1982, p. 129.

nalmente traducción legislativa”²⁶⁸ en los sucesivos periodos post y anti constitucionales.

VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: DE NUEVO SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA MONARQUÍA HISPÁNICA Y LOS LÍMITES DE LA CENTRALIZACIÓN

España llega al final del Antiguo Régimen en medio de una indeterminación en lo relativo al “imaginario territorial” considerablemente acusada. Con esto se quiere decir que no se sabe con certeza qué estructura correspondía al complejo conglomerado de lo hispánico y que la antigua fórmula de la “Monarquía Católica” parece más un compromiso útil para designar al mismo tiempo realidades tan variopintas como la forma de gobierno, la *Constitución* del Estado o las relaciones —¿imperiales?— entre el centro y la periferia, que un concepto que refleje un mínimo acuerdo en lo que a la representación de la estructura territorial se refiere.

Es precisamente esta indeterminación lo que convierte a la composición del espacio territorial en uno de los temas principales de la revolución liberal²⁶⁹ española. Por ello es que un estudio que pretenda hacerse cargo del proceso revolucionario puede hacerlo válidamente a través de la utilización de aquello que hemos caracterizado como “constitucional-territorial” en calidad de *hilo-conductor*.

Según hemos apuntado, la necesidad de definición que en lo territorial experimenta la monarquía hispánica es palpable a todo lo largo del siglo XVIII. Los Borbones heredan de los Austrias una complicada estructura en la que priman todavía categorías que, como la de “reino” o la de “unión personal”, son en buena medida incompatibles con la consolidación de un moderno Estado absolutista. No se trata de una situación única en Europa. De hecho, al despuntar el

²⁶⁸ PORTILLO, *Revolución...*, p. 361.

²⁶⁹ “Liberal” y no “burguesa”, “constitucional” o “capitalista” porque, como sostiene B. GONZÁLEZ ALONSO, lo que confiere a la revolución española “coherencia interna y amalgama sus plurales, diversas y desigualmente innovadoras manifestaciones es su adecuación a los principios, al programa y, a la postre, al orden de ideas del Liberalismo”. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Sobre el antiguo régimen y la revolución liberal”, *Initium, Revista Catalana d’Història del Dret*, núm. 1, Associació Catalana d’Història del Dret “Jaume de Montjuïc”, Barcelona, 1996, p. 730.

Setecientos, acaso sólo Francia puede presumir de contar con un grado de cohesión interna tal que le permita colocarse a las puertas de la modernidad política.

El caso español, con todo, resulta singular por cuanto que, en el momento de proponer soluciones y tomar decisiones, la carga de la historia aparece con fuerza en forma de *Constitución*. Las apelaciones a un fondo constitucional de orden histórico marcarán el pensamiento político del iluminismo hispánico. Y lo harán de diversas formas, siempre influidas por el trasfondo ideológico y por los intereses prácticos del ilustrado en cuestión: mientras que para algunos la *Constitución histórica* de las Españas ha de hallarse en el régimen de dispersión bajomedieval que, con anterioridad a la derrota de Villalar en 1521, aseguraba el pluralismo y la capacidad de las instancias locales de gobierno frente a las pretensiones de la Corona —mismas que, sintomáticamente, son calificadas de “despóticas”—, para otros la *Constitución* en sentido histórico debía encontrarse, simplemente, en el fenómeno político que hacía de España un conglomerado de reinos y Coronas y que, así fuera a regañadientes durante ciertos lapsos de tiempo, había sido respetado por la casa de Austria.

La Guerra de Sucesión (1701-1714) y el triunfo de aquellos que sostenían los derechos de Felipe V de Borbón por sobre quienes, como los reinos que conformaban la Corona de Aragón, se pronunciaban por la continuidad dinástica representada en la persona del archiduque Carlos de Austria, ofrecieron una oportunidad que no sería desaprovechada: la de “castellanizar” la monarquía. Por la menor fuerza de su pactismo, esto es, de los instrumentos jurídicos que le permitieran hacer frente a las frecuentemente desafortadas pretensiones del monarca, Castilla aparecía como ideal de organización en orden a la consolidación del poder regio. Así lo había visto el Conde-Duque de Olivares en 1624. Así lo veían ahora los borbónicos.

Planteada como un castigo, la Nueva Planta aragonesa significará la abolición del régimen regnícola en los territorios de la Corona aragonesa y la sustitución de las figuras de autogobierno —virreyes ahí donde los hubiera, Consejo de Aragón, bayles— por figuras de alcance general y de origen castellano: capitanes generales, comandantes y corregidores. Las Audiencias aragonesas serán reformadas para adoptar la estructura chancilleril de corte castizo. El Consejo de Castilla se convertirá en Consejo Real y las diferencias gubernativas

entre los dos grandes componentes peninsulares de la monarquía se verán, si no eliminadas, sí considerablemente reducidas. No es exagerado afirmar que las Coronas se fundieron por entonces en una sola, lo que contribuyó no poco al afianzamiento de la soberanía real.

Los decretos de Nueva Planta se significaron también por abrir la puerta a una controversia que llega hasta nuestros días y que mucho tiene que ver con los conceptos de *Constitución histórica* que ya hemos mencionado. Tanto es así que se ha llegado a hablar de una España austracista que reivindica los antiguos fueros y privilegios de Mallorca, Aragón, Cataluña y Valencia enfrentándose a la España borbónica, empeñada en la consolidación de una homogeneidad gubernativa "a la castellana". Esta forma de ver las cosas es, por supuesto, susceptible de ser matizada. Ni todos los vasallos aragoneses se opusieron a la monarquía uniforme ni todos los castellanos pugnarón por ella. No pueden, sin embargo, dejarse de tomar en cuenta intentos de "devolución de fueros" tan importantes como el *Memoial de Greuges* presentado en 1760 a Carlos III por los diputados catalanes a Cortes, como tampoco deben soslayarse las medidas que, desde la cúspide de la administración, se realizaron tras la Nueva Planta para robustecer el régimen de cohesión administrativa.

Si cada uno de los antiguos reinos aragoneses se ve como una provincia más de la monarquía es porque se considera beneficiosa la extensión uniforme del fomento ilustrado. De esta forma se erradican —formalmente al menos— los privilegios de nacimiento para el desempeño de determinadas funciones públicas. Los castellanos podrán ahora servir a la Corona en Aragón, mientras que los aragoneses quedarán legitimados para ocupar cargos que antiguamente correspondían en exclusiva a vasallos de la Corona de Castilla —tanto es así que comienza a enviarse aragoneses a los más altos puestos del gobierno en las Indias, que habían sido incorporadas a Castilla desde su conquista—, con lo cual se gesta una idea uniforme de lo que debía ser la nacionalidad española.

Como la noción fundamental en quienes imaginaban una España cohesionada era la de "uniformidad" el siguiente paso, fiel a las concepciones ilustradas, consistió en dotar a todos los territorios de la monarquía —América incluida— de nuevos funcionarios que vendrían a hacerse cargo de la labor de fomento, tan cara a las luces del momento. El nuevo funcionario, que se denominará "intendente",

quedará establecido de manera definitiva por virtud de la ordenanza de intendentes-corregidores del 13 de octubre de 1749 y, si bien se verá condicionado por las circunstancias especiales con que habrá de encontrarse en cada lugar de la hispanidad, no puede caber duda del importante papel que jugó en lo relativo a la homogeneidad. Tan importante que, en lo territorial, el establecimiento de intendencias "en cada una de las provincias del reino" sentó las bases para la consolidación —todavía muy lejana— de la división administrativa de la Península.

El intendente ofrecía la ventaja de ser un funcionario de designación real, sin más compromisos que aquellos que le sujetaban al rey. Sus tareas en las áreas de fomento que le fueron reservadas serán realizadas bajo el signo de la cohesión y la uniformidad, aunque sólo en principio. En América, donde irá estableciéndose paulatinamente durante el último trecho del siglo XVIII, la intendencia poseerá el fin específico de eliminar a los corregimientos —que eran vistos como fuentes de corrupción e ineficiencia, en contraste con los peninsulares que contaban con la secular consideración de órganos de cohesión regia— al tiempo que encontrará fuertes resistencias en las estructuras regnícolas indianas, toda vez que en Ultramar no había operado propiamente la Nueva Planta y, en consecuencia, la estructura virreinal se mantenía incólume.

Y es que la figura del virrey en los reinos americanos seguía siendo vista como ordenada a la consecución del mejor gobierno de la monarquía. En aquellos "distritos de superior gobierno" en los que se asumía que el grado de consolidación política prehispánico era mayor, se estableció un gobierno de corte virreinal lo cual implicaba el reconocimiento de la calidad de "reino"²⁷⁰ por contraposición a las "provincias" gobernadas por una Audiencia o por un capitán ge-

²⁷⁰ La afirmación no carece de solidez, si bien —como hemos señalado en páginas anteriores— debe matizarse. Así, si el rey de España se asumió como causahabiente del Inca o del Tlatoani en los reinos del Perú y de la Nueva España, ¿dónde encontrar emperadores semejantes en el Río de la Plata, Chile o Nueva Granada, también considerados reinos? Por otro lado, si la ecuación consiste en que allí donde hay reino debe haber un virrey, ¿por qué no lo hubo jamás en Santiago de Chile y los hubo tardíos en Bogotá y Buenos Aires? No se olvide, además, que ni siquiera México y Perú fueron gobernados desde siempre por virreyes. De hecho, la figura virreinal se establece en ellos para sustituir a anteriores gobiernos corrompidos o excesivamente ambiciosos. Una prueba más de la utilidad que la Corona podía hallar a la figura en Ultramar.

neral. La existencia de un lugarteniente, de un *alter ego* del rey resultaba particularmente útil en aquellas lejanas tierras, además de corresponderse con el imaginario político de la población nativa. La intendencia puede interpretarse, en consecuencia, como un intento simultáneo —acaso el último— de descentralización y de centralización. Lo primero, porque el virrey perdía buena parte de sus omnímodas facultades en todo el territorio a su cargo; lo segundo, porque las cedía en favor de un funcionario de designación real, lo que permitiría que el meridiano político de las localidades no pasara más por la capital del reino y se colocara definitivamente en Madrid. El proceso se antojaba parecido al de la Nueva Planta aragonesa: los reinos cedían en favor de la monarquía. Debe señalarse, sin embargo, que en el Nuevo Continente no se llegó a tener total éxito.

Las resistencias, indudablemente influidas por los condicionantes de carácter geográfico, parecen mayores. Es de señalarse, además, que no existía unanimidad en los ilustrados acerca del trato que debía darse al componente indiano de la monarquía. Mientras para algunos la solución estaba, como en Aragón, en extirpar de raíz la consideración de “reinos” y considerar a las fracciones americanas bien como “provincias” bien como “colonias”, para otros se hallaba precisamente en lo contrario, esto es, en mantener la estructura regnícola y dotarla de mayor autonomía llamando a gobernar tres reinos —el del Perú, el de Costa Firme y el novohispano— a infantes de la casa de Borbón para posibilitar que el rey de España asumiera la calidad suprema de “Emperador” del renovado complejo territorial. Tal es el caso de la *Exposición al rey Carlos III sobre la conveniencia de crear reinos independientes en América* enviada por el ministro conde de Aranda al monarca en 1783 en la que, ante el creciente avance de las recién independizadas colonias inglesas de Norteamérica, aparece como impostergable la reforma de la monarquía para evitar su desmembramiento y promover la hegemonía de lo que ya desde entonces se considera, en plural, las *naciones* hispánicas.

Así pues, al despuntar el siglo XIX es posible apreciar un avance de la uniformidad de corte provincial en la Península —sin desestimar la subsistencia de Navarra en su calidad de “reino de por sí” incorporado a la Corona de Castilla desde las Cortes de Burgos en 1515—, una cierta indefinición en lo que a la España americana se refiere, y el bullir de las alternativas que al problema de lo “constitu-

cional-territorial” se ofrecen desde variadas posiciones ideológicas y políticas. En suma, se había avanzado en el proceso de uniformidad que comenzó con Felipe V, pero la monarquía se hallaba aún lejos de obtener una cohesión de carácter nacional y moderno. Tal es el estado de cosas en el momento en que España tendrá que organizarse para repeler la invasión napoleónica de 1808.

En este momento, al fallar las instancias superiores del gobierno de la monarquía es el pueblo el que tiene que organizarse para arrostrar al invasor. En la Península no encuentra mejor forma de hacerlo que a través de las relativamente novedosas estructuras provinciales.²⁷¹ Se forman Juntas en cada provincia a las cuales se encarga la dirección de la guerra. En América, en cambio, el pueblo entiende que ante la ausencia del monarca reasume su soberanía original y que debe ejercerla a través de las autoridades constituidas cuya actitud frente al francés, debido sin duda a la lejanía de éste, no les había significado un desgaste tan acusado como el que hubieron de sufrir las peninsulares. A grandes rasgos, y sin soslayar la existencia de casos excepcionales, lo que aparece en la América española son gobiernos interinos en las ciudades cabeza de reino, gobiernos que se dedican a aguardar el retorno del rey cautivo y que se muestran reacios a reconocer más autoridad en la Península que la de aquél.

Serán, pues, la indefinición que en lo territorial acompañó al Siglo de las Luces español²⁷² y las circunstancias de modo en que se produjo el estallido del año ocho, las dos grandes condicionantes del imaginario territorial que el proceso de la revolución liberal española buscará concretar en Cádiz. De ellas es posible derivar el juego de

²⁷¹ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español*, reimpresión de la 3a. ed. revisada, CEC, Madrid, 1978, p. 54, señala que al hacerse necesario resistir a los franceses “se quiebra toda posibilidad de una autoridad central que coordine el movimiento. En esa situación confusa la primera autoridad van a ser las múltiples juntas locales de vario carácter que se proclaman ‘soberanas’ para manifestar su voluntad de resistir al invasor y a las autoridades de Madrid que le prestan obediencia”. En tal virtud, el proceso “si bien es cierto que no se dirigió contra la monarquía,.... se realizó sin la monarquía”.

²⁷² Es de señalarse que, en el caso de que el despotismo ilustrado tuviese un imaginario territorial bien definido, solamente podemos aspirar a suponerlo pues ya se sabe que en el Antiguo Régimen poco es lo que queda por escrito y dentro de ese poco jamás aparecen las motivaciones ni las explicaciones del obrar del poder. Todo lo guarda el soberano en su “real pecho” y nosotros, como los vasallos de entonces, no podemos hacer otra cosa que literalmente imaginar el imaginario.

fuerzas centrípetas y centrífugas y la manera en que se producirán los cambios que en la concepción del territorio y de la estructura de la monarquía habrán de presentarse en la Asamblea Constituyente.

¿Por qué una revolución liberal? ¿Era imprescindible que la hubiera para que pudiese procederse a una definición precisa del ámbito territorial español? Para una determinación como la que finalmente se dio, esto es, para una determinación *nacional*, sí. La revolución liberal era necesaria para la nación porque sólo con ella podría eliminarse el pensamiento estamental que veía en el mantenimiento de los privilegios y de las especialidades la razón de ser del orden político. Una revolución que se enfrentara a las prerrogativas de clase o de sangre se enfrentaría también a las resistencias forales, a los privilegios territoriales, a la reacción anti-uniformidad. El camino hacia el Estado moderno, un ente que acepta como único rasgo de identidad válido para realizar la imputación de derechos y obligaciones —o mejor: que disuelve en ella al resto de los rasgos identitarios— a la relación de pertenencia que conocemos como nacionalidad, pasaba forzosamente por una revolución. Y por una revolución de nación, como ha sostenido el profesor José María Portillo.

Pero es un hecho que antes de su advenimiento los intentos de cohesión arrostraban numerosas resistencias generadoras de importantes limitantes no sólo en lo referente a la creación del cuerpo de nación, sino incluso en lo que respecta al menos pretencioso campo de la reordenación racional del territorio de la monarquía. De una u otra forma nos hemos referido ya a ellas, pero no está de más intentarles una enumeración sistemática:

- El historicismo constitucional aragonés que se traducía, en mayor o menor grado, en un cierto rechazo hacia las reformas borbónicas y hacia la uniformidad;
- La ausencia de extensión del régimen intendencial a todos los territorios hispánicos;
- Las diferencias locales en la concepción de la figura del corregidor;
- La secular indefinición en lo que se refiere a los vínculos existentes entre la monarquía y sus componentes;
- El poder de las autoridades localizadas en América, especialmente en lo que respecta a los virreyes;

- Los diversos conceptos que, en lo tocante a la estructura y organización del imperio, habían sostenido los ministros de los reyes ilustrados;
- La pervivencia del régimen señorial en buena parte de la Península.

Se había, sin embargo, avanzado en cuanto que la generalización del ámbito provincial era prácticamente un hecho, y no porque se tratara de aquella consolidación de los localismos antinacionales que veía Marx,²⁷³ sino precisamente por lo contrario: las nociones de provincia y de cohesión interna comenzaban a marchar de la mano. Además, los conceptos de “reino” y de “provincia” tendían a encontrar definiciones más precisas y, lo que es más importante, aceptación en tal precisión, más extendida que antaño. La necesidad de lo nacional, aun enfrentando obstáculos de no poca consideración, se hallaba presente en las mentes de gobierno y gobernados. Todo anunciaba la disposición para una nueva estructuración de la monarquía, si bien no se veía claro que tal cosa significase necesariamente un proceso de centralización. Con todo, parecía claro que una eventual revolución tendría imperiosamente que hacerse cargo de la cuestión territorial.

Es por ello que el juicio marxista parece inaplicable a la monarquía que habría de enfrentarse a la intervención napoleónica y a las revoluciones de la independencia hispanoamericana:

... como la monarquía absoluta encontró en España elementos que por su misma naturaleza repugnaban a la centralización, hizo todo lo que estaba en su poder para impedir el crecimiento de intereses comunes derivados de la división nacional del trabajo y de la multiplicidad de los intercambios inter-

²⁷³ “A medida que la vida comercial e industrial de las ciudades declinó, los intercambios internos se hicieron más raros, la interrelación entre los habitantes de diferentes provincias menos frecuente, los medios de comunicación fueron descuidados y las grandes carreteras gradualmente abandonadas. Así, la vida local de España, la independencia de sus provincias y de sus municipios, la diversidad de su configuración social, basada originalmente en la configuración física del país y desarrollada históricamente en función de las formas diferentes en que las diversas provincias se emanciparon de la dominación mora y crearon pequeñas comunidades independientes, se afianzaron y acentuaron finalmente a causa de la revolución económica que secó las fuentes de la actividad nacional”. MARX, *España...*, p. 16.

nos, única base sobre la cual se puede crear un sistema uniforme de administración y de aplicación de leyes generales. La monarquía absoluta en España, que sólo se parece superficialmente a las monarquías absolutas europeas en general, debe ser clasificada más bien al lado de las formas asiáticas de gobierno. España, como Turquía, siguió siendo una aglomeración de repúblicas mal administradas con un soberano nominal a su cabeza. El despotismo cambiaba de carácter en las diferentes provincias según la interpretación arbitraria que a las leyes daban virreyes y gobernadores.²⁷⁴

En buena medida, España había dejado de ser una "aglomeración de repúblicas" mal y heterogéneamente administradas. Faltaba, empero, una definición precisa de aquello en lo que se había convertido, lo que traía consigo la necesidad de delimitar lo que debía entenderse por la "España" misma. Ha dicho Miguel Artola que "cuando en 1808 se inicia el proceso revolucionario, España dista mucho de ser una nación homogénea. La obra unificadora de Felipe V y sus sucesores ha borrado muchas de las antiguas diferencias, pero el país está aún muy lejos del concepto de Estado".²⁷⁵ Será la fuerza de las circunstancias lo que obligará en breve a pasar al periodo definitorio.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ ARTOLA, *Los orígenes...*, I, p. 24.

DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA DOLOSOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO UNA REFLEXIÓN COMPARADA

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Incorporación de la cláusula general sobre los delitos de comisión por omisión en el Código penal español de 1995 y en el Código penal federal mexicano.* III. *Requisitos fundamentales para que concurra el tipo de los delitos de comisión por omisión.* 1. La posición de garante. 2. La equivalencia de la omisión a la acción según el sentido del texto de la Ley. IV. *Estructura de los delitos de comisión por omisión dolosos.* V. *Antijuridicidad.* VI. *Culpabilidad.* VII. *Tentativa.* VIII. *Autoría y participación.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del presente trabajo tiene por objeto presentar una reflexión comparativa con relación a los denominados delitos impropios de omisión o de comisión por omisión en cuanto a su regulación en el Código penal español y en el Código penal federal mexicano¹

¹ Para quienes no están habituados con la aplicación de la legislación penal mexicana; cuando se hace referencia al Código penal federal mexicano se suele aún invocar al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal que fuera promulgado en el año de 1931 por el Presidente Constitucional Pascual Ortiz Rubio en uso de facultades extraordinarias que le concediera el Congreso de la Unión; no obstante que este último ordenamiento ya no tiene vigencia. La razón de ello estriba en que la facultad que tenía en forma exclusiva el Congreso de la Unión para legislar en materia penal federal como para la ciudad de México, fue reformada en el año de 1996 al introducirse precisamente reformas a la Carta Magna en su artículo 122 cuyo objeto fue definir las nuevas condiciones y características del gobierno de la ciudad de México. Así, en

dejando de lado la referencia a los diversos códigos penales que existen en la República Mexicana, cuyo ámbito de aplicación no es el federal,² pues sin perjuicio que en algunos de ellos³ el tratamiento de los delitos impropios de omisión no sigue la estructura del Código penal federal, acudir a los mismos es una tarea que excedería en mucho del objeto trazado en esta reflexión.

el artículo 122 en su Base primera, fracción V, inciso h) se otorga la facultad de legislar en materia penal para el Distrito Federal al órgano legislativo para la ciudad de México denominado Asamblea Legislativa que se crea con la propia reforma, perdiendo de esta manera el Congreso de la Unión dicha facultad. La reforma inició su vigencia el día 1 de enero de 1999, pero como la legislación penal federal y la de la ciudad de México se contenían todavía en ese entonces en un solo Código Penal, su separación se llevó a cabo, por lo que toca al ámbito federal con la emisión de un Decreto que adoptó como suyo el que fuera el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, para con posterioridad llevar a cabo las reformas conducentes a ajustar su ámbito competencial. A contrario, el legislador de la ciudad de México nada hizo al respecto, lo que le valió, entre otras, severas críticas que llegaron incluso a sostener la ausencia de Código penal para el Distrito Federal. Al respecto véase a René GONZÁLEZ DE LA VEGA. "De cómo se perdió nuestro Código Penal en el Distrito Federal". *Revista Criminalia*, Ed. Porrúa, año LXV, núm. 3 (sep-dic. 1999), pp. 125 a 130. Con motivo de la referida reforma constitucional, surgieron dos Códigos Penales. Uno el Código Penal para el Distrito Federal y otro denominado Código Penal Federal que es hoy el vigente en este ámbito y al cual se habrá de referir esta exposición.

² Los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de su Constitución Política se constituyen como una República representativa, democrática, federal compuesta por Estados Libres y Soberanos. En términos de su artículo 43, como parte integrante de la federación y del territorio nacional cuenta con treinta y dos estados incluyendo al Distrito Federal y, toda vez que no es facultad exclusiva del Congreso de la Unión legislar en materia penal por lo que corresponde al territorio de cada una de las entidades federativas, éstas, acorde con el diverso artículo 124 de la Constitución Política de los Mexicanos están facultadas para legislar dentro de sus límites territoriales en dicha materia. Así se tiene que en México existe hoy día un Código penal por cada una de las distintas entidades federativas que integran su territorio, ello sin demérito del Código penal federal mexicano de aplicación en todo el territorio nacional.

³ Un ejemplo claro de ello se encuentra en el nuevo Código penal para el Estado Libre y Soberano de Tabasco que, en su artículo 9 respecto de los delitos de comisión por omisión dice: Artículo 9. El delito puede ser realizado por acción o por omisión. Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente forma parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico, o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia. *Vid. Nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Tabasco*, 2a. ed., Ed. Cajica, Puebla, 1998.

Como es sabido, los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión propia⁴ y en delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.⁵ Se trata de una tradicional clasificación bipartita que, como refiere Rodríguez Morullo⁶ según la terminología alemana se distingue entre *delitos propios de omisión* y *delitos impropios de omisión*, pero según la denominación española se distingue entre *delitos de pura omisión* y *delitos de comisión por omisión*. Respecto a las solu-

⁴ Que son aquellos en los que el tipo describe una conducta omisiva, imponiéndose pena por la infracción del deber de actuar, ello independientemente del resultado que la misma no haya impedido. Hanz WELZEL. *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., 4a. ed. castellana. Trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Ed. Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 237 y ss.; señala que desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Ambas se comportan en el sentido como A y no A. Si bien la omisión se refiere necesariamente a una acción, pues no existe omisión "en sí", sino sólo la omisión de una acción determinada, entonces la omisión no es un concepto negativo, sino limitativo: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona).

⁵ *Ibidem*, p. 240 y ss., recuerda que el delito de omisión impropio se consideró en un principio un caso especial de los delitos de comisión, sin embargo, estos últimos no pueden ser transferidos sin reparo a los delitos de omisión, ya que siendo esta una no acción, resulta que al aplicar a los delitos de omisión las reglas de los de comisión tienen que "invertirse", por así decirlo, "los signos". Cfr. Santiago MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., 2a. reimp., Reppertor, Barcelona, 1999, p. 300. Es preferible hablar de omisión pura y de comisión por omisión, que de omisión propia e impropia, pues al efecto señala que, no obstante que un sector importante de la doctrina los considera equivalentes, otros reservan el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión. Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*, vol. II, 1a. ed., Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 202; critican la denominación de estos delitos como de *comisión por omisión* al sostener que se trata de verdaderos delitos de omisión y que no es acertado referirse a ellos como delitos de *comisión por omisión* ya que conduce al equívoco de entender que se trata de una comisión y, en consecuencia, de la vulneración de un precepto prohibitivo. Enrique BACIGALUPO. *Lineamientos elementales de la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 155 y ss. Sólo es correcta la expresión "delitos impropios de omisión" y no "delitos de omisión impropia", pues la impropiedad se refiere al delito, no a la omisión, que, como tal, se da o no se da pero no es ni propia ni impropia. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición". *Ensayos penales*. Nota de pie 21, Ed. Tecnos, 1999, p. 264, sostiene que la expresión <omisión impropia> hace referencia a que, en realidad, se trata de una omisión que debería ser considerada como una acción; la de <comisión por omisión>, a que sería, en realidad, una comisión en sentido estricto, esto es, una acción.

⁶ Gonzalo RODRÍGUEZ MORULLO. "La cláusula general sobre la comisión por omisión", en *Política criminal y responsabilidad penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 905 y ss.

ciones bipartitas, Silva Sánchez⁷ sostiene que están apoyadas en criterios de diversa naturaleza, como: 1) La infracción de mandatos o prohibiciones; 2) la tipificación legal expresa o no; 3) la infracción de deberes de actividad o deberes de evitación de resultado; 4) el paralelismo con los delitos de mera actividad o los delitos de resultado; 5) la ostentación por el sujeto de una posición de garante o no; 6) la equivalencia con la comisión o no. Algunos de estos criterios arriban a delimitaciones similares. Sin embargo, tomando como base un criterio de tipificación legal expresa o no, el criterio de clasificación bipartita se convierte en tripartita, a saber: a) delitos de pura omisión, b) delitos de omisión y resultado y c) delitos de comisión por omisión.⁸

Para Olga Islas,⁹ denominación de estos tipos, refiriéndose a los delitos impropios de omisión, no puede ser otra que la de tipos de comisión por omisión, pues nacen, inexorablemente, de los tipos de acción con resultado material.

Por otro lado y partiendo de una diferenciación entre los denominados delitos formales o de simple actividad y delitos materiales o

⁷ Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 319.

⁸ Vid. RODRÍGUEZ MORULLO, *op. cit.*, p. 906 y ss., quien desde esa perspectiva sostiene hay: a) delitos cuyo tipo describe una conducta omisiva, considerada con independencia de los resultados que la misma no haya impedido (delitos de mera omisión) citando el supuesto del delito de omisión de socorro previsto en el párrafo primero del artículo 489 del Código penal español; b) delitos en cuyo tipo a una determinada conducta se anuda, como consecuencia, un cierto resultado (delitos de omisión y resultado) caso del delito del artículo 395 que sanciona la conducta del funcionario que por abandono diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales públicos o efectos públicos, y c) delitos cuyo tipo, sin contener una descripción expresa de una omisión, tiene el sentido de prohibir todas aquellas conductas, activas u omisivas, que conlleven a la producción de un determinado resultado (delitos impropios de omisión o de comisión por omisión). En el Código penal federal mexicano como ejemplos de dichos delitos respectivamente se citan los casos de la omisión de auxilio a personas en peligro o la omisión de cuidado de incapaces de proveerse a sí mismos previstos respectivamente en los artículos 340 y 335 del Código penal federal mexicano (omisión simple); o el caso del delito de fraude previsto en el artículo 386 en la hipótesis de aprovechamiento de error, que incluye el aprovechamiento bien por acción o bien por omisión (delito de omisión y resultado) y como supuesto de comisión por omisión el delito de homicidio previsto en el artículo 308 del referido Código penal. En igual sentido Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL. "Reflexiones sobre la omisión", en *Liber Ad Honorem*, Sergio García Ramírez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie E, varios, Un. 95, tomo II, México, 1998, p. 1233.

⁹ *Ibidem*, p. 1234.

de resultado externo, se acepta que los delitos de omisión simple o pura u omisión propia se equivalen con los delitos de simple conducta; mientras que, los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado externo, en los que precisamente se exige el evitar un resultado. Estos últimos, a decir de Cerezo¹⁰ se caracterizan por contener un mandato de realizar una acción tendente a evitar la producción de un resultado delictivo, que si finalmente se produce, se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo. Este tipo de delitos, según refieren Bustos/Hormazábal¹¹ no están directamente tipificados por el legislador, sino que son construidos por el intérprete a partir de tipos de comisión; por ello Welzel¹² asienta en el sentido que son sólo en parte tipos de formación legal y, en parte, por el contrario, de formación judicial, pues sólo una parte del tipo se encuentra legalmente descrita <la conducta del autor> por lo que corresponde al juzgador complementar la otra parte <las características objetivas de autor>. Esto ha dado lugar a que los delitos de comisión por omisión, como tipos abiertos¹³ que son, sean tachados por algunos como inconstitucionales,¹⁴ sin embargo, tal inconstitucionalidad no existe pues en todo dichos injustos encuentran suficiente apoyo legal.¹⁵

Además, como en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión la autoría tiene que ser fundada independientemente,

¹⁰ José CEREZO MIR. *Derecho penal. Parte general. Lecciones 26-40*, 2a. ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 225. Del mismo autor véase *Curso de derecho penal español. Parte general. III. Teoría jurídica del delito/2*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, Madrid, 2001, p. 261.

¹¹ *Loc. cit.*

¹² *Ibidem*, p. 248.

¹³ Gonzalo QUINTERO OLIVARES. *Curso de derecho penal. Parte general* (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995). Con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 309.

¹⁴ Cfr. Eugenio RAÚL ZAFFARONI. *Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), Ediar, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2000, pp. 548, 552 y ss. Señala que precisamente por ser tipos abiertos y en razón a que a más de lo descrito en la norma penal el juzgador habrá de complementarlos, se ha cuestionado la constitucionalidad o no en los delitos de comisión por omisión no escritos, en tanto que, la creación en los códigos penales de una cláusula o fórmula general de equiparación a pesar de existir delitos impropios de omisión escritos, conlleva a la elaboración analógica de los no escritos.

¹⁵ WELZEL, *ibid.*, p. 28, para quien los reparos que podrían hacerse quedan atenuados por el hecho que la ley ofrece al juez, por lo menos, puntos de apoyo para la complementación del tipo.

junto a la conducta típica, por características especiales de autor, en este sentido estos delitos son delitos especiales propios.¹⁶

II. INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL SOBRE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995 Y EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO

Con anterioridad al Código Penal español de 1995, la doctrina y la jurisprudencia españolas fueron las que se ocuparon del tratamiento de los delitos impropios de omisión elaborando una fórmula dogmática *supralegal*¹⁷ para colmar el vacío normativo existente, sobre todo en casos de delitos de omisión impropia no regulados expresamente en la ley,¹⁸ pues al respecto se cuestionó su compatibilidad con el principio de legalidad al no contener una disposición que estableciera el complemento normativo de todos los delitos activos mediante la realización omisiva del tipo. No fue sino hasta con el nuevo Código penal que se incorporó en su artículo 11 lo que la Doctrina pena-

¹⁶ WELZEL, *ibid.*, p. 247. En el mismo sentido BUSTOS/HORMAZÁBAL, *ibid.*, p. 213, sostienen que el deber jurídico especial que recae en el autor de estos delitos los cualifica como delitos especiales. Igual MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *ibid.*, p. 278 y ss. En contra Olga ISLAS, *ibid.*, p. 1242, quien señala que se olvida que un tipo especial lo es frente al tipo fundamental del cual emerge, por lo que los tipos de comisión por omisión son especiales únicamente cuando nacen para extender un tipo especial de comisión por acción (ejemplo: el parricidio) y serán fundamentales cuando surgen para extender a un tipo fundamental de comisión por acción (ejemplo: el homicidio).

¹⁷ Vid. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 1a. ed., Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 152. QUINTERO OLIVARES, *ibidem*, p. 307, destaca que hasta la promulgación del Código penal de 1995; la omisión impropia era primordialmente una construcción doctrinal.

¹⁸ Los delitos de comisión por omisión excepcionalmente se prevén de manera expresa en la Parte Especial del Código penal; así en España el artículo 382 que castiga a quien: *origine un grave riesgo para la circulación...no estableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo*. Caso contrario, es el de la mayoría de delitos que admiten la omisión impropia que no están expresamente tipificados, por ello se exigía del juzgador en el caso particular su complementación efectuada por vía de la analogía. Así, el caso de la madre que deja morir al hijo al no amamantarlo o al no amarrarle el cordón umbilical que obligaban al juzgador a considerar esas omisiones como si equivalieran a la realización activa de los tipos de causación, ello a pesar que, la ley no describía las condiciones legales para que así fueran imputados.

lista española ha tenido como una novedad, que se hace consistir en una cláusula prevista en la Parte General de dicho Código que vino a establecer una regulación expresa de los delitos de comisión por omisión, al establecer de modo general bajo que condiciones ciertos delitos de acción pueden dar lugar también a la construcción de un delito de omisión¹⁹ y que, como refiere Zaffaroni²⁰ la inclusión de una norma como la referida ha sido en los últimos años el camino seguido por diversos países. Se trata de una <cláusula general de equiparación de la omisión a la acción>. Sin embargo, esto no quiere decir, como refieren Cobo del Rosal y Vives Antón²¹ que el derecho penal español no haya conocido desde siempre esta forma de conducta. Dicho artículo establece:

Artículo 11. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

¹⁹ Una exposición sobre los antecedentes de la cláusula general de equiparación de la omisión a la acción prevista en el artículo 11 del Código penal español, puede verse en Susana HUERTA TOCILDO. *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 19 y ss., y en RODRÍGUEZ MORULLO, *op. cit.*

²⁰ *Op. cit.*, p. 548.

²¹ Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 390. Señalan que en casos particulares, es indudable que el derecho penal español tipifica *omisiones a las que, como si de acciones se tratase, atribuye determinados resultados*. Cualquiera que sea la posición que se adopte en orden a la admisibilidad genérica de la *comisión por omisión*, no puede negarse que el derecho penal español ha conocido desde siempre esta tercera forma de conducta, a veces llamada "*omisión impura o impropia*". *Cursivas en texto original*. Para el caso mexicano, puede verse el Código Penal del 7 de diciembre de 1871 (*Código Martínez de Castro*) que aceptó que el delito se podía cometer por infracción voluntaria de la ley penal, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda (art. 4); que los delitos son intencionales y de culpa (art. 6) y al prever una presunción de dolo (art. 10) entre otros, no se destruía cuando *el daño que resultaba fue consecuencia necesaria y notoria de la omisión en que consistió el delito*. En similares términos recogió esta fórmula el Código Penal de 1929 (*Código Almaraz*) el cual, como cita José Ángel CENICEROS. *El Código Penal de 1929. Datos preliminares del Nuevo Código de 13 de agosto de 1931*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931, p. 10. El Código nuevo (refiriéndose al de 1929) no es sustancialmente distinto del que reemplaza (Código de 1871) corchetes y texto en los mismos agregados.

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Frente a ello, si bien parte de la Doctrina española se ha expresado positivamente por estimar que con su inclusión se favorece el principio de legalidad,²² tampoco se ha mostrado pacífica respecto de dicha cláusula,²³ siendo incluso rechazada por algún importante sector de la misma.²⁴ De cualquier forma, la inclusión de la cláusula del

²² Vid. CEREZO MIR *Lecciones...* p. 225 y ss., y *Curso DPG...* p. 261 y ss. Resalta la necesidad o la conveniencia que existía de introducir en el nuevo Código penal español una regulación expresa de los delitos de comisión por omisión por atender ello en mayor medida las exigencias del principio de legalidad, es decir, de la seguridad jurídica. En igual sentido MIR PUIG, *op. cit.*, p. 302 y nota 23 en la misma. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 276, quienes sostienen que la cláusula del artículo 11 ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para que, cuando llegue el caso, pueda resolverlo sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales que pueden infringir el principio de legalidad. MIGUEL POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, tomo II. *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 304. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *op. cit.*, p. 153. Su inclusión vino a colmar la laguna legal existente en los delitos de comisión por omisión. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 204 y ss. Esta cláusula viene a satisfacer las exigencias mínimas del principio de legalidad.

²³ CEREZO MIR, *loc. cit.* A pesar de sostener como positiva la inclusión de la cláusula de equiparación, sostiene que el legislador debió establecer un criterio de excepcionalidad como lo hizo para los delitos imprudentes para el castigo en caso de comisión por omisión, pues lo cláusula general del artículo 11 permite a los tribunales la posibilidad que en todos los delitos de resultado analicen la posibilidad de la omisión impropia lo que daría lugar a una ampliación del ámbito de las conductas punibles más allá de las necesidades político-criminales; por lo que debió optarse por un criterio de excepcionalidad del castigo en la omisión impropia como se hizo con las conductas imprudentes y crear un artículo que declarara que <la comisión por omisión sólo será punible cuando expresamente lo disponga la ley>, debiéndose además, indicar en la Parte Especial en que delitos de resultado es punible la comisión por omisión. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *loc. cit.* Sostienen que la cláusula del artículo 11 no está exenta de objeciones. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *loc. cit.*, quienes califican dicha cláusula de poco afortunada y tímida al atarse a concepciones doctrinales poco sensibles con los requerimientos sociales que gravitan detrás de la posición de garantía. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *loc. cit.* Lo ideal habría sido una *numerus clausus* de comportamientos omisivos punibles, en lugar de una cláusula que consideran, en principio, remite a todos los delitos de acción. En igual sentido, vid. HUERTA TOLCILDO, *ibid.*, p. 49 y ss.

²⁴ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, José Ma. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 59, 60 y 64, para quien la situación marco del Código penal derogado era perfectamente sostenible desde el principio de legalidad, no siendo en su opinión necesaria ni una tipificación de la omisión impropia en forma expresa en la Parte Especial, como tampoco la inclusión de una cláusula genérica en la Parte gene-

artículo 11 generalmente es aceptada, pues ocurría que en el anterior Código penal se contenían algunos delitos impropios de omisión en la parte especial, pero su mayoría se entendía que estaban implícitamente comprendidos en las figuras de los delitos de resultado. De ahí que, como refiere Cerezo,²⁵ si no todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo puede ser sujeto activo de un delito de comisión por omisión, lo que se deduce de la existencia misma de los delitos de omisión, ocurriría que la existencia de estos últimos carecería de justificación si todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo pudiera ser sujeto activo de un delito de comisión por omisión. El propio Welzel²⁶ destaca que no toda persona con poder del hecho que no evita el resultado típico puede ser considerada por ello autor de este tipo de delitos, pues solamente el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, la convierte en autor en el sentido de un delito de omisión impropio, por lo que se requiere en el sujeto la posición de garante, lo que implica que el autor deba guardar respecto del bien jurídico lesionado una rela-

ral, ello en virtud de la vocación limitadora de la atribución de responsabilidad en comisión por omisión de la praxis judicial española que en su opinión puede cambiar con la inclusión de este precepto y conducir a una no deseable extensión de la punibilidad. *Idem. El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 369, en donde señala que considera como solución más satisfactoria la reducción de la auténtica comisión por omisión a un escaso número de supuestos que no ofrezcan duda alguna, junto con la tipificación de omisiones de gravedad intermedia como cualificaciones de las omisiones puras generales y no, haber incluido en la Parte General del Código penal español un precepto que regule el problema de la equiparación. María del Carmen ALASTUEY DUBÓN, "Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992, fasc. 3, p. 969 y ss., citada por CEREZO MIR. *Vid. Lecciones...* p. 226 y *Curso DPG...* p. 262, señala el peligro que representa la inclusión de la cláusula general de equiparación de la acción a la omisión, pues en su opinión dicha cláusula puede dar lugar a que los tribunales estudien en todos los casos de delitos de resultado la posibilidad de comisión por omisión y amplíen así el ámbito de las conductas punibles más allá de las necesidades político-criminales. Susana HUERTA TOLCILDO, "Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión", citada por SILVA SÁNCHEZ, *El Nuevo Código...* p. 59 y nota de pie 47, propone la creación de un *numerus clausus* de tipos específicos de comisión por omisión en los delitos en que ello se estime procedente. COBO/VIVES, *op. cit.*, p. 393, para quienes resulta discutible la necesidad de la inclusión de esa cláusula específica ya que para ellos el sentido de la práctica jurisprudencial no había rebasado los márgenes previsibles del principio de legalidad no habiendo por tanto incurrido en los excesos que motivaron que esa cláusula se incluyera.

²⁵ Cfr. *Lecciones...* p. 226

²⁶ Vid. WELZEL, *op. cit.*, p. 246 y ss.

ción estrecha. Por esta razón, resultaba claro sostener, en casos en que faltaba la regulación legal expresa de la comisión por omisión, que la seguridad jurídica quedaba en entredicho.

Por su parte, en el entonces vigente Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, anteriormente a su reforma de enero de 1994, no se hacía referencia alguna respecto de los delitos de comisión por omisión. El precepto tan sólo mencionaba una definición formal de delito.²⁷

Así, la Doctrina mexicana,²⁸ si bien atendió el estudio de los delitos impropios de omisión, lo cierto es que durante un largo periodo no se cuestionó sobre la evidente afectación al principio de legalidad que conllevaba la ausencia de una norma que previera el tratamiento que debía darse a los supuestos de comisión por omisión. Estos delitos, como señalaba Carranca y Trujillo²⁹ estaban consignados para su punición casuísticamente; dando por igual ese tratamiento a delitos de resultado, porque también se interpretaba que en ellos se contenía a la comisión por omisión;³⁰ el caso fue, como se observa, similar a lo que ocurría en el derecho penal español.

²⁷ El artículo 7 del Código penal antes de su reforma establecía: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. De ello podía apreciarse con claridad que, los tipos penales solo podían cometerse mediante acción o mediante omisión, en ambos casos, con o sin resultado material, pero no se encontraban previstos los delitos impropios de omisión, de ahí que, su aplicación a casos particulares por la autoridad judicial carecía de sustento legal. Su texto es el del hoy Código penal federal mexicano.

²⁸ Fernando CASTELLANOS TENA. *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*, 17a. ed., Ed. Porrúa, México, 1982, p. 152 y ss. Raúl CARRANCA Y TRUJILLO. *Derecho penal mexicano. Parte general*, 2a. ed., Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, 1941, p. 215 y ss. Ignacio VILLALOBOS. *Derecho penal mexicano. Parte general*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1960, p. 245 y ss.

²⁹ *Idem*, p. 218, además Cfr. Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980, p. 314.

³⁰ Por ejemplo cuando se trataba de estos delitos continuamente se acudía al ejemplo del homicidio de la madre que queriendo matar al hijo lo abandonaba sin alimentarlo hasta que perdiera la vida, sin embargo, escasamente se cuestionó sobre las fuentes de las que emanaba el deber de actuar pues la ley nada refería a este respecto. En este sentido Celestino PORTE PETIT, citando a JIMÉNEZ DE AZÚA señala que, la decisión de si un delito ha de estimarse de naturaleza comisiva o de si es de los llamados de comisión por omisión, depende de momentos subjetivos (ánimicos) del agente y, destaca, como es que es la doctrina es la que ilustra de donde debe emanar el deber de obrar en este tipo de delitos. *Op. cit.*, p. 314 y ss. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 1246 destaca cómo los penalistas mexicanos, antes de la reforma penal de 1994, teorizaban sobre su estructura y funcionamiento, tanto en la teoría general del delito como en el análisis específico de los delitos en particular. En

No fue sino hasta la reforma del mes citado y cuya vigencia inició el día 1 de febrero del mismo año, que el legislador incluyó en el artículo 7 una referencia particular a los delitos impropios de omisión estableciendo al igual que como posteriormente lo hiciera el legislador español, una norma que viniera a dar una mejor respuesta en estos supuestos que fuera acorde con el principio de legalidad el cual, como señala Moreno,³¹ con la reforma anotada se ve reforzado. Sin embargo, se destaca que el legislador penal federal mexicano, a diferencia del español, no previó expresamente una cláusula de equiparación de la omisión a la acción, sino que dejó la misma a la interpretación. Así, la reforma penal mexicana del 10 de enero de 1994 adicionó al precepto aludido el párrafo siguiente:

Art. 7. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico

forma muy especial trataban el tema a propósito del homicidio. Claro ejemplo de ello por todos *Vid.* FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS. *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Ed. Porrúa, 3a. ed., México, 1976, p. 20 y ss., al referir a la clasificación del delito de homicidio en orden a la conducta y el resultado, entre otras, señala que es un delito de *comisión por omisión*; de la misma manera p 106 y s respecto del delito de lesiones.

³¹ Moisés MORENO HERNÁNDEZ. *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, 1a. ed., Ed. *Ius Poenale*, México, 1999, p. 186. Incluso, la Comisión Legislativa para dar explicación a esta reforma señaló: "Se propone adicionar un párrafo al actual artículo 7 del Código Penal, para establecer la base del delito de omisión impropia o también llamado comisión por omisión. Lo anterior en virtud de la opinión abundante en la doctrina, de que es violatorio al principio de legalidad el aplicar una penal al que no evita la producción de un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva —con excepción de los casos de omisión propia— no está descrita en la ley". A su vez, *Cfr.* La exposición de motivos de la reforma penal del 10 de enero de 1994, contenida en la iniciativa presidencial y, particularmente el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados. Por otro lado, un importante sector del Poder Judicial de la Federación, en los trabajos celebrados con el objeto de profundizar, intercambiar puntos de vista y sentar criterios de interpretación respecto de esta reforma, los cuales se denominaron como Comentarios a las Reformas en Materia Penal y a diversas disposiciones legales, que tuvo lugar del 17 al 21 de enero de 1994 y que reunió a Magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito, Magistrados de Tribunales Unitarios de Circuito y Jueces de Distrito, todos ellos en Materia Penal del Primer Circuito y otros del Segundo Circuito; al respecto se pronunciaron señalando: En este precepto al que se adicionó un párrafo segundo, se incluye la comisión por omisión respecto de las personas que tienen el deber jurídico de evitar el delito, estimando que el deber legal debe derivarse de una ley, de un contrato o de la propia actuación precedente. Se pretende sancionar la indiferencia, no sólo de autoridades que por apatía no intervengan en impedir la comisión del delito, sino también de los particulares en los casos que se mencionan.

de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Con dicha adición, se establece por primera vez en la legislación penal federal mexicana una norma respecto de la conducta omisiva por medio de la cual se pretende, como cita González Quintanilla,³² en la comisión para los delitos de resultado, hacer equiparable la omisión a dicha comisión, condicionando para ello en opinión de Díaz de León³³ a que el injusto surja de un deber jurídico determinado que específicamente vincule al sujeto activo con el bien jurídico tutelado.

Moreno,³⁴ respecto del delito impropio de omisión sostiene que al sujeto se le atribuirá el resultado como si lo hubiese producido a través de una acción; la consecuencia jurídico-penal, en este caso, es la misma que la prevista para el resultado producido por una acción, sobre todo por lo que hace a la penalidad; es decir, lo que ontológicamente es distinto, para el derecho penal tiene la misma significación.

Al igual que acontece con el Código penal español; en el Código penal federal mexicano los delitos de comisión por omisión admiten la forma de comisión dolosa, como la culposa; sin embargo, respecto de esta última se destaca que sólo en los particulares casos que cada una de esas leyes penales lo permita, se podrá sancionar a título de omisión impropia un delito imprudente de resultado.³⁵

³² José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA. *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 202.

³³ Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN. *Código Penal Federal con comentarios*, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 9.

³⁴ *Op. cit.*, p. 205.

³⁵ Ambos códigos penales sancionan como delito las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. El Código penal español, en su artículo 10, también se refiere a las faltas, las que el legislador mexicano no refiere como tal pues los delitos castigados en forma leve, en la legislación penal mexicana continúan designándose como delitos. El artículo 12 del Código penal español contempla un principio de excepción para sancionar las conductas imprudentes en comisión por omisión únicamente cuando así lo disponga expresamente la ley; por su parte el Código penal federal mexicano recoge en su artículo 60 el mismo principio pero previendo esa excepción en el propio precepto al incorporar un *numerus clausus* para los delitos culposos, pues al respecto señala en su segundo párrafo

III. REQUISITOS FUNDAMENTALES PARA LA CONCURRENCIA DEL TIPO DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Según el legislador español, para poder imputar un resultado³⁶ a una omisión acorde con la cláusula de equiparación referida, se necesita dar satisfacción a dos requisitos fundamentales, a saber: a) que quien omite tenga una posición de garante y b) que la omisión sea equivalente a la acción según el sentido del texto de la ley. Para el legislador penal federal mexicano también se exige como requisito fundamental para la configuración de los delitos en comisión por omisión que el autor ostente la posición de garante; sin embargo, a diferencia del ordenamiento español, nada refiere en el sentido que la omisión

que: las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los artículos 150, 167 fracción VI, 169, 199 Bis, 289 Bis parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código. Al respecto, confrontar *Código penal español*, 6a. ed., 2001. Revisada y actualizada a las Leyes Orgánicas 7/2000 y 8/2000, de 22 de diciembre, con comentarios, jurisprudencia y legislación complementaria, Ed. Colex, 2001, y *Código penal federal mexicano*, Ed. Andrade, México, 2000.

³⁶ El Código penal federal mexicano hace referencia expresa al *resultado material*. Debe destacarse que el resultado no es producido por la inactividad del sujeto, sino causado por una causa externa al sujeto, que tan sólo se limita a no interferir en ese proceso causal natural que desemboca en el resultado material; o sea, el sujeto no evita el resultado material. Para MORENO, *loc. cit.*, según lo prevé el nuevo párrafo segundo del artículo 7o. del código penal, los supuestos de comisión por omisión solamente se pueden plantear con relación a los llamados "delitos de resultado material" *comillas en texto original*. Por el contrario, el Código penal español no hace referencia al tipo de resultado necesario para que se de la comisión por omisión. Al respecto, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 203, señalan que los tipos que se deben de construir con el auxilio del artículo 11 del Código penal al remitir expresamente a delitos de resultado, requieren necesariamente que la omisión produzca un resultado naturalístico y para su consumación una lesión efectiva al bien jurídico. CEREZO MIR, *Lecciones...* p. 227, nota de pie 23, sostiene que la palabra resultado alude al descrito en las figuras típicas de la Parte especial y puede ser material o consistir en el peligro concreto del bien jurídico. Para POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 305, le resulta criticable y un error descriptivo que el legislador español no se hubiere referido al resultado material, pues señala que, todos los delitos tienen un resultado típico, jurídico o normativo relevante para el derecho penal, de ahí que en su opinión el legislador español debió describir correctamente a que se refería con la palabra resultado desprendiéndose de ello que en su opinión el legislador debió hacer referencia expresa al resultado material. SILVA SÁNCHEZ. *El Nuevo Código...* p. 74 y ss., sostiene que el artículo 11 del Código Penal refiere al resultado material, pues el juicio de equivalencia de dicho precepto se realiza entre una <no evitación (del resultado)> y su <causación>, todo lo cual indica una restricción del ámbito del precepto a los delitos de resultado material, ya que causación en sentido estricto sólo la hay en este tipo de delitos.

equivalga a la acción <según el sentido del texto de la ley> dejando de esta manera a la interpretación cuando se ha de estar frente a esa equivalencia. A su vez, los dos códigos penales parten del criterio del deber jurídico y, por tanto, de una concepción formal de la posición de garante, fundando así el deber jurídico de actuar en fuentes formales.³⁷

1. La posición de garante

Ambos códigos penales requieren que el sujeto que omite tenga un deber jurídico especial de evitar el resultado, esto es, una posición de garante.³⁸ Ésta implica una relación especial y estrecha entre el suje-

³⁷ Tradicionalmente el deber de actuar del garante para impedir el resultado antijurídico se fundamentó en fuentes formales. Esta fundamentación encontraba su origen en la llamada *Teoría formal del deber jurídico*, cuyo origen se encuentra en FEUERBACH para quien el ciudadano no estaba originariamente obligado a omitir, razón por la que un delito de omisión presupone siempre un fundamento jurídico (ley o contrato) a través del cual se fundamenta la obligación de actuar. Cfr. Anselm V. FEUERBACH. *Tratado de derecho penal*, Trad. al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Criminalistas Perenes/I, Colección dirigida por Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66. Respecto a la *Teoría formal del deber jurídico*, véase Enrique BACIGALUPO *Principios de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Ed. Akal, Madrid, 1998, p. 398 y ss. Plenamente extendida en México por influencia de obras que siguen esta línea y que tuvieron gran penetración en el ámbito mexicano tales como: JIMÉNEZ DE ASÚA, particularmente su *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., actualizada. Trad. a la 6a. ed. alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1963; Edmundo MEZGER. *Derecho penal. Parte general*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958; Trad. a la 6a. ed. alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi. Eugenio CUELLO CALÓN. *Derecho penal*, tomo I. *Parte general*, 18a. ed., vol. I, Bosch Casa Editorial, España, 1980. SEBASTIÁN SOLER. *Tratado de derecho penal, tomo I*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978. Asimismo, en la doctrina mexicana véase Mariano JIMÉNEZ HUERTA. *Tratado de derecho penal, tomo I. Introducción al estudio de las figuras típicas*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980. PORTE PETIT, *op. cit.* Ignacio VILLALOBOS, *op. cit.* En España, además, Cfr. José María RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal español. Parte general*, 10a. ed., revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1986, p. 387 y ss.

³⁸ Cfr. GIMBERNAT, *ibid.*, p. 265, que refiere que la posición de garante es la que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien juridicopenalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción. La expresión <garante> como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, se debe a BINDING, *Normen II*, 1926, 2a. ed., p. 553 y ss., y fue NAGLER, *GS, III* (1938), p. 59 y ss., quien la resucitó e incorporó en definitiva al vocabulario juridicopenal, citados por el propio GIMBERNAT, *loc. cit.*, nota de pie 24. Respecto del pensamiento de Nagler y su aportación a la ciencia penal en cuanto a la calidad o posición de garante Vid. Enrique BACIGALUPO. *Delitos improprios de omisión*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1969, p. 38 y ss.

to activo y el bien jurídico que se ha establecido precisamente para su salvaguarda. Es, como dice Olga Islas,³⁹ la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinado creado para la salvaguarda del bien. El ocupar una posición de garantía nos permite comprender por qué a una determinada persona (o personas) le es exigible un determinado comportamiento frente a un bien jurídico y no a los demás, así como por qué a esa persona (personas) se le atribuye el resultado y no a los otros. Se trata de una calidad adquirida por quien previamente y por algún hecho o circunstancia de la vida se ha colocado en la posición de garante.

Respecto del artículo 7 del Código penal federal mexicano, Moreno⁴⁰ señala que, con relación al sujeto de quien proviene la omisión, se requiere que éste haya tenido en el caso concreto el "deber jurídico de actuar", es decir, que haya tenido la *calidad de garante* o que se haya encontrado en *situación de garantía*, derivada de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

En todo caso, no habrá que confundir la calidad específica exigida por algunos tipos como elemento necesario para su configuración, con la calidad de garante que resulta necesaria para poder extender el tipo de acción con resultado material, ya existente, a la comisión por omisión.⁴¹

Por ello Zaffaroni,⁴² con razón señala que no es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico o frente a una fuente de peligro lo que fundamenta la posición de garantía.

La posición de garante que se incluye en ambos códigos penales, si bien fue reconocida previamente a su incorporación en los mismos, ésta no se encontraba prevista en ley, sino en todo caso en el *derecho consuetudinario*, de ahí el *problema de legalidad* que en su momento suscitó,⁴³ sobre todo si se considera que en este tipo de delitos

³⁹ *Op. cit.*, p. 1240.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 250, por lo que en estos casos de omisión impropia o de comisión por omisión, no es suficiente que el sujeto no haya evitado el resultado típico, para afirmar la existencia de la autoría, sino que es necesario que en ese sujeto concurra una característica especial, como es la de tener la calidad o posición de "garante". *Cursiva en texto original.*

⁴¹ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 1242.

⁴² *Op. cit.*, p. 549.

⁴³ Vid. BACIGALUPO, *Principios...*, p. 399, y *supra*, nota de pie 17.

sólo es sujeto activo quien reúna ciertas características, las que, en ninguno de dichos ordenamientos se indicaba cuáles eran.⁴⁴

Su incorporación en los referidos ordenamientos penales vino a salvaguardar el principio de legalidad. Además, el acierto en su incorporación es evidente, si se considera que no todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo responde en comisión por omisión, pues de lo contrario dejarían de tener sentido los delitos de omisión simple en los que a diferencia de aquellos no existe en el sujeto un deber jurídico especial de evitar el resultado.

Por su parte, los artículos 11 del Código penal español y 7 del Código penal federal mexicano establecen las que se consideran fuentes de la posición de garante partiendo del criterio del deber jurídico⁴⁵ y, por

⁴⁴ Vid. *Supra*, p. 4 y ss., y nota de pie 16.

⁴⁵ Con referencia al deber jurídico véase Eduardo NOVOA MONREAL. *Fundamentos de los delitos de omisión. Bases jurídicas de la omisión. La influencia ideológica liberal-individualista. La reacción socializante. Configuración típica. Delitos de acción y delitos de omisión. Causas, factores y diferencias*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 19 a 22 y 31 y ss., para quien la obligación de actuar del garante (como denomina al deber jurídico) se circunscribe a sólo aquellos sujetos que están muy estrechamente vinculados con determinado bien jurídico, al punto que deben protegerlo activamente. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 264, el deber jurídico que fundamenta la obligación de actuar del garante es un deber *extrapenal* en razón a que lo contrario, o sea, un deber *estrictamente penal* no fundamentaría ninguna posición de garante ya que bajo este supuesto todos los ciudadanos tendrían que responder en casos de delitos de omisión propia como responsables de comisión por omisión (*cómo responder de un asesinato o participación en él si no lo impiden*), con lo que la omisión simple nunca entraría en juego como tal, sino que pasaría a ser la base de una posición de garante general y esta, a la vez, serviría de base para una omisión impropia. JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 621, citados por GIMBERNAT, *ibid.*, nota de pie 23. Los deberes de garante no pueden deducirse de la situación típica de un delito propio de omisión, porque ahí se trata de deberes jurídicos que afectan a *todo el mundo*. Sin embargo, respecto de la polémica acerca de si obligaciones extrajurídicas, como morales o sociales podrían operar como fuentes de la posición de garante, el propio GIMBERNAT, *ibid.*, p. 268 y ss., destaca que, en los años treinta en Alemania frente a las declaraciones de principio como lo eran sostener sobre la base del principio de legalidad que, si sólo el derecho (no la moral) era el idóneo para establecer la punibilidad por acción, lo mismo debería regir para una omisión (teoría del deber jurídico); y aceptando que la teoría del deber jurídico nunca se aplicó consecuentemente pues algunas relaciones familiares o intrapersonales, aunque en sentido juridicoprivado no dieran lugar a deberes de guarda, si podían sustentar una posición de garante basado ello en la asunción fáctica de la obligación contractual; que el contrato aún después de extinguido o siendo civilmente nulo podía seguir dando lugar a una comisión por omisión, conllevó a algunos juristas, bajo el argumento de que era necesario liberar el derecho penal de la influencia civilista y ello, con la concepción jurídico penal del nacionalsocialismo *<como sentido popular y derecho penal de autor>* a renunciar al fundamento que todo deber de garante debiera ser jurídico, dando así paso a la aceptación de obligaciones morales o socia-

tanto, con base en un criterio formal. Por ello pudo decir Gimbernat,⁴⁶ que el artículo 11 del Código penal español regula la comisión por omisión optando por una determinada dirección *<que parece anclada en el planteamiento de Mezger de 1933>*, observación del todo válida para el ordenamiento penal federal mexicano que se analiza, pues desde luego no parece ser lo acertado sostener aún un fundamento formal para el deber de actuar del garante, cuando ocurre que las relaciones de vida no sólo permiten, sino que exigen en muchos casos considerar como garante del bien jurídico a quien omite su protección no obstante su estrecha relación con el mismo. Así es el sentir general de la doctrina, frente al fracaso probado de la teoría formal de las fuentes de la posición de garante.

Dicha calidad debe derivar de alguna de las fuentes que la ley penal prevea, pues de no ser esto así, se violaría el principio de legalidad. Estas fuentes formales,⁴⁷ contempladas en ambos ordenamientos punitivos son la ley⁴⁸ (en el sentido de precepto jurídico), al con-

les para fundamentar la comisión por omisión; lo cual, según cita, si bien es abandonado por un sector mayoritario de la Doctrina desde el final de la Segunda Guerra Mundial, hoy un sector de la doctrina abiertamente vuelve a deberes extrajurídicos (sobre todo morales y sociales) para fundamentar la posición de garante. Vid. la evolución de ello en la amplia doctrina que cita en notas de pie 30 a 39. Vid. en la doctrina mexicana, PORTE PETIT, *op. cit.*, p. 315 y ss. En contra del deber *extrapenal* como deber jurídico que fundamenta la obligación de actuar del garante, Vid. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 1239, para quien el deber jurídico debe ser un deber jurídico penal y que en los delitos de comisión por omisión se dirige al garante en forma de mandato: pues se ordena tanto la acción como la evitación del resultado material necesario para la lesión del bien jurídico (en el tipo de consumación), paréntesis en texto original.

⁴⁶ Citado por POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁷ Vid. *Supra* nota de pie 37.

⁴⁸ La palabra ley es utilizada aquí como norma jurídica en sentido amplio. JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 138 y ss., refiere a la ley, que señala muchas veces no ser penal, como una fuente del deber de actuar, al lado de la cual menciona citando a MEZGER en su Tratado, tomo I, p. 245, a las disposiciones administrativas de orden superior jerárquico o de sentencia judicial como fundamentadoras del deber jurídico. Se excluye en tal sentido a la costumbre como fuente del deber jurídico, principalmente porque no existen deberes jurídicos que imperativamente obliguen fundados en la costumbre por ser ésta oriunda de hábitos individuales y sociales, múltiples veces de contradictorios culturales signos. GIMBERNAT, *ibid.*, p. 266, refiere que el concepto de ley se entiende en sentido amplio, por lo que incluye la Ley, el Decreto, Reglamento, Orden Ministerial y Ordenanza Municipal, sobre todo en la imprudencia y atribuye a FEUERBACH la idea de que las obligaciones derivadas de las leyes *extrapenales* de derecho público (*como deberes funcionariales de vigilancia*) o de derecho privado (*como deberes familiares de guarda*), así como los contratos convierten al omitente en responsable del resultado no impedido. *Idem* ver nota de pie núm. 26. POLAINO

trato⁴⁹ (entendido éste como asunción o aceptación voluntaria) y el hacer precedente.⁵⁰ Sin embargo, se destaca que dichas fuentes no se

NAVARRETE, *op. cit.*, p. 293, quien respecto de la ley como fuente de la posición de garante se expresa en el sentido de *norma jurídica* la que sostiene es por todos fuente indiscutida y aceptada en sentido amplio al comprender todo precepto jurídico positivo cualquiera que sea el rango normativo del mismo (ley, reglamento, directiva, decreto-ley, etc...). Para ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 550, invocando las tesis más corrientes de la posición de garante en sentido material, sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía: a) cuando imponga el cuidado de una persona (como el padre respecto del hijo), pero no cuando se trate del deber legal general como es el de ayuda; b) cuando el sujeto es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la sociedad (como el médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente); c) cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para bienes jurídicos de terceros (como los empelados de las fuerzas de seguridad) y d) el deber legal que emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro (como el conductor de un automóvil o el propietario de una fiera).

⁴⁹ Convenio en términos del artículo 1792 del nuevo Código Civil Federal es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; mientras que el diverso artículo 1793 dice: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Si bien contrato y convenio no son equivalentes, ha de entenderse que el término contrato previsto en el artículo 7 del Código penal federal debe ser interpretado en sentido amplio abarcando la noción de convenio, pues de fondo este no es más que un acuerdo de voluntades que incide en el contenido obligacional pactado entre las partes y lo que interesa al derecho penal es precisamente esa voluntad pactada para hacer nacer de la misma una obligación de actuar para el garante, además de la asunción fáctica. Se trata de la *aceptación o asunción libre o voluntaria* de una particular obligación que coloca al sujeto en garante del bien jurídico y que, asumida de hecho lo hace responsable de la salvaguarda del mismo. Interpretación en contra llevaría al absurdo de considerar que, habiéndose celebrado un contrato entre dos partes y modificado posteriormente su contenido obligacional por convenio, naciendo de ello un deber especial de garantía respecto de un bien jurídico, la omisión de su protección sea impune por estar frente a un convenio y no a un contrato. Tampoco interesa al derecho penal si el contrato está afectado de ilicitud, nulidad o inexistencia o incluso si se ha rescindido o terminado, pues si la posición de garantía se asume y mantiene aun cuando se esté en cualquiera de esos supuestos, hasta en tanto el garante no sea sustituido en su posición de garantía frente al bien jurídico que se obligó a resguardar es responsable de la omisión en que incurra de la que resulte afectación del bien jurídico. En este sentido JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 140 y ss., *Vid.* MIR PUIG, *op. cit.*, p. 311 y ss., que destaca que la mera existencia formal del contrato no es siempre necesaria ni suficiente para dar lugar de hecho a la equivalencia real que requiere el artículo 11, pues entiende que lo decisivo seguirá siendo una asunción voluntaria del riesgo que aumente éste y, por todos, el admitir que la posición de garante no puede depender de la validez civil de eventual contrato (como ejemplo cita: aun siendo nulo el contrato entre padres y profesor de natación este es garante de la vida del niño que de hecho le ha sido confiado); como tampoco el que la posición de garante pueda derivarse de cualquier relación contractual sino solamente de los contratos cuyo contenido esencial atribuye a una de las partes una posición de confianza, con deberes de protección, custodia o vigilancia. Para BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 229, no basta solamente con el perfeccionamiento del

comprenden en su sentido más antiguo o primario, que es más estrecho, sino conforme a la ampliación que sufrió la teoría formal para

contrato en sentido jusprivatista, para hacer exigibles las obligaciones que del mismo se desprendan, sino es necesario que la obligación de velar por un determinado bien jurídico se haya asumido fácticamente. WELZEL, *op. cit.*, p. 253 y ss., destaca que el deber de garante no es idéntico al deber contractual vigente, pues de lo contrario se correría el peligro que la punición se extendería a todo quebrantamiento de un deber de fidelidad del deudor. Lo decisivo es asumir fácticamente la posición de deber correspondiente al contrato, de ahí que la posición de garante sólo surja sobre la base del asumir fáctico, y cuando comienza la situación de peligro de cuyo manejo está encargado el garante. ZAFFARONI, *loc. cit.*, sostiene que la equiparación civilista de la obligación contractual con la legal no sería útil, dado que precisamente se busca reafirmar que no toda obligación legal es constitutiva del deber de garantía, afirmando así, que el contrato sólo es fuente de la posición de garante cuando de la confianza depositada emerge un particular deber de cuidado, vigilancia o protección, por lo que, aquí la fuente es la confianza y no el contrato, aunque no se requiere que la confianza sea mutua (cursiva añadida). Tal es el caso que cita de STRATENWERTH del bañero que no salva a un ahogado al que se castiga pues no puede tomarse en cuenta si la víctima conocía la vigilancia y si confiaba en ella.

⁵⁰ La injerencia como también se le conoce, a decir de GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 273, consiste en que, el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un riesgo de lesión a un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente. Esta idea viene siendo aceptada generalmente pues una conducta previa contraria al deber que expone al peligro, obliga a quien lo ha creado a evitar el resultado típico. MIR PUIG, *op. cit.*, p. 315, al lado de la modalidad agravada de omisión de socorro que prevé el artículo 195.3 del Código penal español, destaca críticamente la fórmula adoptada en el artículo 11 <cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente>, pues sostiene que la misma viene a afirmar la comisión por omisión, ya que dicha fórmula al no hacer distinción respecto a que esa acción u omisión precedente haya creado dolosa o imprudentemente el riesgo, ni exija la imprudencia anterior, da a entender que todo actuar precedente genera posición de garante y si hay resultado, comisión por omisión; mas sin embargo no acepta la omisión impropia en casos de creación fortuita del riesgo. Para CEREZO MIR, *DPG...*, p. 264 y ss., y nota de pie 47 y *Lecciones...*, p. 228, nota de pie 28. Los supuestos de injerencia requieren de una acción u omisión ilícita como creadoras de la ocasión de riesgo, la cual puede ser voluntaria o consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Además, en caso del artículo 195.3, si el accidente se debe a imprudencia se plica la regla del concurso de leyes debiéndose resolver con base en el principio de alternatividad de no concurrir los elementos del tipo de comisión por omisión doloso, sostiene un concurso real de delitos entre un delito de acción imprudente y el delito propio de omisión agravado, sin que acepte que la ocasión de peligro provenga de un modo fortuito. *Cfr.* VIVES y GIMBERNAT citados por CEREZO, en *Curso DPG...*, p. 265. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 230 y ss., prever el legislador en el artículo 11 del Código penal la injerencia como lo hizo y frente a la presencia del artículo 195.3, tipificó un delito de omisión propia cuyo activo es un garante por injerencia presentando así un problema concursal teniendo por un lado al delito del 195.3 y, por el otro, al de comisión por omisión. Lo que resuelven por no sancionar en el supuesto del caso fortuito, pero sí en caso de imprudencia.

permitir soluciones adecuadas al sentido de justicia,⁵¹ permitiendo superar así la estrechez de los meros deberes legales al extender los deberes de solidaridad a las estrechas comunidades de vida permitiendo así superar la estrechez de los meros deberes legales; o bien prescindiendo del negocio jurídico en el sentido civil para establecer como fuente del deber la simple aceptación de un deber de actuar. De cualquier manera, continúa siendo criticable la determinación del deber jurídico de actuar fundado en este tipo de fuentes de las que por principio de legalidad no se les puede apartar, de ahí que al menos con Cerezo⁵² se acepte deba privar un criterio de asunción fáctica del garante para la protección del bien jurídico.

Para Bustos/Hormazábal,⁵³ a pesar que el artículo 11 del Código penal español sigue un criterio formal en la determinación de las fuentes de la posición de garante, el que se exija en el autor un especial deber jurídico y además, que deba existir equivalencia entre los comportamientos activos y omisivos <<según el sentido del texto de la ley>>, no es aceptable ser interpretado en el sentido que baste con la mera constatación formal de la existencia de una obligación legal, contractual o derivada de hacer precedente, para dar por establecida la identidad entre la acción y la omisión, pues en su opinión una interpretación en tal sentido permitiría extender el ámbito de la punibilidad de un delito de acción, ya que la posible construcción de un delito de omisión a partir de uno de acción se sujeta a condiciones de carácter material y no meramente formales.

Por el contrario, para el legislador penal federal mexicano, la enumeración de las fuentes formales fundamentadoras de la posición de garantía es claramente taxativa,⁵⁴ de ahí que, por principio de legalidad no sea factible aceptar alguna otra que no sean las previstas por el legislador. En este sentido, se puede decir que para el legislador

⁵¹ BACIGALUPO, *Principios...*, p. 398.

⁵² *Vid. Infra* nota de pie 58.

⁵³ *Ibid.*, p. 213 y ss.

⁵⁴ La interpretación del artículo 7 del Código penal federal no da lugar a duda en este sentido. Moisés MORENO, *op. cit.*, p. 205, refiere que en los delitos de resultado material, además de que, con relación al sujeto de quien proviene la omisión, requiere que ésta haya tenido en el caso concreto el "deber jurídico de actuar", es decir, que haya tenido la calidad de garante o encontrado en situación de garantía, derivada de una ley, de un contrato o de su actuar precedente; que son datos que deben ser acreditados por la autoridad correspondiente. Comillas en texto original.

penal federal mexicano queda excluida la posibilidad de fundamentar el deber jurídico de actuar en criterios materiales, que no son más que fundamentos que surgen de las situaciones reales que emergen del desarrollo de las relaciones humanas y de la funcionalidad social. Es decir, el especial deber jurídico de evitar el resultado del omitente se limita por esas tres fuentes formales clásicas del deber de actuar.

Así, para el legislador penal federal mexicano, los delitos de omisión impropia o comisión por omisión se castigarán, de existir identidad entre omisión y acción en la causación del resultado, pues se acepta aquí, al seguir la teoría del deber jurídico, que la omisión sea equiparable a la acción de acreditarse la existencia de un deber jurídico de actuar fundamentado en ley, contrato o actuar precedente y que exista causalidad entre la acción omitida y la afectación al bien jurídico; causalidad ésta que ha de ser hipotética, pues el juicio de causalidad aquí no se refiere a una realidad, sino a determinar si la persona garante podría haber evitado el resultado con su actividad, es decir, aceptando la hipótesis mediante un juicio *ex ante* de que esa acción de haberse realizado hubiera evitado el resultado.⁵⁵

A ello, habrá que agregar que, en la teoría formal de las fuentes del deber, la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado.⁵⁶

Por su parte, la doctrina española se encuentra dividida, ya que mientras para algunos⁵⁷ la enumeración hecha por el legislador en el

⁵⁵ *Vid* BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 214 y ss., quienes destacan que el fundamento y eje del delito de omisión impropia para la teoría del deber jurídico descansa en dos puntos esenciales: una acción esperada que se omite y la causalidad entre la acción omitida y la afectación del bien jurídico.

⁵⁶ BACIGALUPO, *Principios...*, p. 399.

⁵⁷ CEREZO MIR, *Lecciones...*, p. 230 y Curso DPG..., p. 267; para quien la interpretación sistemática y teleológica del precepto (artículo 11 del Código penal español) conduce a considerar que la voluntad de la ley es indicar cuando existe un deber jurídico especial de evitar el resultado, es decir, *acepta como taxativa la enumeración que el artículo 11 hace de las fuentes de la posición de garante* (las cursivas son mías), aunque está en contra de fundamentar el deber de actuar en fuentes formales. *V. Infra* nota de pie 58. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *idem*, p. 227, no obstante no aceptar el criterio formal en la determinación de las fuentes del deber jurídico de actuar, sostienen que no pueden ser admitidas otras fuentes distintas de las previstas en el artículo 11 del Código penal español, pues lo contrario violaría el principio de legalidad al no existir base legal alguna que permita fundar otros deberes jurídicos de actuar que no sean los que taxativamente enumera ese artículo, por lo

artículo 11 de su Código penal es taxativa; para otros⁵⁸ el precepto es interpretable de tal manera que da cabida a la aceptación de criterios materiales para fundamentar la posición de garante. El acuerdo común, al menos en la doctrina moderna, estriba en considerar que debe de abandonarse el criterio formal referido.

Así se tiene que, para quienes sostengan que el legislador español en el artículo 11 del Código penal tipificó, de acuerdo con un criterio

que, en su opinión, no existe un *numerus apertus* de posiciones de garantía sino lo contrario. En el mismo sentido POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 306, sostiene que las fuentes legales del deber jurídico fundamentador de la comisión por omisión que se contiene en el artículo 11 del Código penal español <obligación legal o contractual y creación de riesgo por una acción precedente> le resulta un catálogo parco y cerrado de fuentes inadecuado con la moderna dogmática jurídico-penal para solventar los problemas que en ella se originan. COBO/VIVES, *op. cit.*, p. 395, señalan que el legislador español optó por enumerar las fuentes del deber especial (posición de garantía) refiriéndose a las especiales obligaciones legales o contractuales y al riesgo creado por una actuación precedente. De la misma opinión QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, p. 308 y ss., al señalar que la nueva fórmula legal incorpora: c) tres fuentes de origen de la posición de garante: el deber legal, el deber contractual (deberes jurídicos previos), y el deber derivado de la injerencia en la seguridad el bien afectado (deber sobrevenido por peligro causado por el autor). MORALES PRATS, citado por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 280, sostiene que las fuentes señaladas en el artículo 11 no son ejemplificativas sino taxativas. En el mismo sentido Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *op. cit.*, p. 153, al señalar que el legislador español se decantó por delimitar las fuentes en base a *consideraciones formales*, cuando exista <una específica obligación legal o contractual>, y no *materiales*.

⁵⁸ CEREZO MIR, *loc. cit.*, *Lecciones...*, y *Curso DPG...*, sostiene, sin embargo, un concepto mixto formal-material de la posición de garante al exigir además de la concurrencia del deber jurídico específico de evitar el resultado, la asunción fáctica de la función de protección del bien jurídico, o de control de una fuente de peligro. BACIGALUPO, *Principios...*, pp. 402 y 409, se muestra partidario de la doctrina moderna y sostiene que el artículo 11 del Código penal establece dos niveles: su primer párrafo que se orienta a la *teoría funcional* y otro, el segundo párrafo, que se orienta a la *teoría formal de las fuentes de los deberes*, por lo que frente a esa mezcla incomprensible, considera que en realidad dicho precepto, más que *contradictorio es repetitivo*: en el segundo párrafo se repite parte de lo que se establece en el primero; además, cuando el artículo 11 del Código penal señala las tres fuentes formales clásicas del deber de actuar, sólo establece que *en todo caso* se debe reconocer la existencia de un deber jurídico cuando se dan dichas fuentes, pero no limita los <especiales deberes jurídicos> a la obligación legal, el contrato o el hecho anterior riesgoso. SILVA SÁNCHEZ, *El Nuevo Código...*, p. 68, sostiene que, o bien la enumeración del inciso segundo del artículo 11 del Código penal es ejemplificativa, en cuyo caso aún y cuando en supuestos no sea posible constatar la vulneración del deber legal, contractual o derivado de la injerencia, será posible construir la equivalencia o, que teniendo la enumeración carácter taxativo, en casos de asunción fáctica se da un actuar precedente peligroso doloso. Para MIR PUIG, *op. cit.*, p. 306, el segundo inciso del artículo 11 no debe interpretarse literalmente (<se equiparará>), sino como ejemplificador de supuestos en que puede darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero; por ello para el mismo lo que importa es cuando se da esta equivalencia material, para lo cual sostiene deberá de acudir a la teoría de las funciones.

formal, las fuentes de la posición de garante; no deberá ser admisible, en un plano de legalidad, acudir a criterios materiales para fundamentar la misma. Por el contrario, los que sostienen que en el referido artículo el legislador asumió la teoría funcional, aceptarán acudir, *además de las fuentes formales clásicas previstas*, a criterios de orden material para fundamentarla. Así se tiene que la doctrina penalista española se cierne en esta discusión, que en todo caso se muestra muy alejada de la realidad mexicana que se comenta.

La no aceptación de la teoría del deber jurídico como fundamentadora de la posición de garante basado en fuentes formales, se debe a que, al paso del tiempo, quedaron demostrados los defectos de la misma,⁵⁹ lo que dio lugar a que en su corrección surgiera la denominada teoría de las funciones atribuible a Kaufmann, a la que se suele identificar como la moderna doctrina y para la cual la posición de garante ha de determinarse con criterios materiales, es decir, en la relación funcional *materialmente* existente entre el sujeto y el bien jurídico.⁶⁰ Así, por ejemplo, Wessels,⁶¹ siguiendo a Kaufmann reduce la situación de garantía conforme a criterios materiales a dos po-

⁵⁹ De la misma se señaló que no consideraba el contenido del deber jurídico. Así véase a BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 216, que en crítica a la *teoría del deber jurídico* destacan que, al fundar exclusivamente en fuentes <formales el deber de actuar sin considerar la legitimidad material de la fuente y sus límites. Así, por ejemplo no podía fundamentar el deber de actuar entre novios o entre tío y sobrino no obstante vivir bajo el mismo techo al no existir entre ellos obligación contractual ni legal. Por otro lado fundamentaría la posición de garantía y consiguiente responsabilidad entre cónyuges aunque no divorciados si separados por mucho tiempo, incluso siendo incapaces de reconocerse en la calle. Vid. Crítica a la teoría formal de las fuentes del deber, en BACIGALUPO, *Principios...*, p. 398.

⁶⁰ MIR PUIG, *ibid.*, p. 306. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *loc. cit.* La teoría de las funciones se planteó una fórmula que fundamentaría el deber jurídico de actuar a partir de la vinculación real concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro. BACIGALUPO, *Principios...*, p. 399 y ss., siguiendo a KAUFMANN señala que esta teoría que vino a reemplazar a la teoría de las fuentes formales, procura explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante, siendo que la *posición de garante* se caracteriza en la moderna teoría funcional según la *función defensiva o protectora del omitente* respecto del bien jurídico. Por un lado el sujeto omitente debe ocupar una posición de *protección de un bien jurídico contra todos los ataques (función de protección de un bien jurídico)* que pudiera sufrir, cualquiera sea el origen de los mismos. Por otra parte la posición de garante puede consistir en la *vigilancia de una determinada fuente de peligro* en relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (*función de vigilancia de una fuente de peligro*), cursivas en texto original.

⁶¹ Johannes WESSELS, *Derecho penal. Parte general*. Exposición del texto legal reformado en vigor desde el 1/1/1975. Trad. de la 6a. ed. alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 215 y ss.

siciones fundamentales: a) deberes especiales de protección respecto de bienes jurídicos determinados, que suele llamarse por igual deberes que consisten en una función de protección de un determinado bien jurídico, y b) responsabilidad por causas determinadas de peligros o función de control de una fuente de peligro.

Las clasificaciones doctrinarias respecto de los criterios materiales fundamentadores de la posición de garante⁶² son diversas, aunque esencialmente coincidentes. Con el desarrollo de la teoría funcional de las fuentes del deber ocurre que se han ido incrementando los criterios materiales a considerar para la fundamentación de la posición de garantía, lo que implica una notoria expansión de la posición de garante. Ello conduce a que, cada vez más, sobre una constatación que parece ser menos jurídica de la posición de garante (*pues los criterios son extrajurídicos*), se amplíe el ámbito de punibilidad de tipos penales que están destinados, en principio a la punibilidad de conductas activas. Así, al faltar principios firmes y delimitados, el campo de aplicación de la comisión por omisión se extiende en forma galopante; de ahí que a esa ampliación incontrolada de las fuentes de la posición de garante por su capacidad expansiva, Welzel⁶³ la refirió como <mancha de aceite>.

⁶² Entre otras, vid. MIR PUIG, *op. cit.*, p. 309 y ss., anota, como supuestos de posición de garante: a) *Función de protección de un bien jurídico*. En donde quedan comprendidos: a) La existencia de una estrecha vinculación familiar, en la que debe concurrir una efectiva *dependencia absoluta* con respecto de otra, *asumida* por parte de ésta. b) La comunidad de peligro. c) La asunción voluntaria de una función de protección. d) Deber de control de una fuente de peligro, incluyendo aquí: a) El actuar precedente. b) El deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio. c) La responsabilidad por conducto de otras personas. *Cursivas en texto original*. BACIGALUPO, *Principios...*, p. 406 y ss., propone las siguientes formas en que aparece la posición de garante: a) *Posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente*, dentro de la cual incluye: I. La *vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones*, conocidos como casos de <<injerencia>> II. *Deberes de auxilio o salvamento* generados por las acciones peligrosas realizadas. III. *La libre aceptación de una función de protección o de seguridad por parte del omitente*. b) *Posición de garante derivada de la posición institucional del omitente*. Se incluyen aquí los deberes de garante que surgen de una *posición familiar*; también los que surgen de una *especial relación de confianza*; los casos de *comunidad de peligro* y de *comunidad de vida*; así como los deberes que surgen en el ámbito de los *deberes estatales*. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 216 y ss. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 16 y ss., sostiene que las fuentes de la calidad de garante se pueden concentrar en dos clases: 1) garante de un bien jurídico y 2) garante del control de una fuente de peligro.

⁶³ Citado por GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 259 y 283.

Esta expansión de las fuentes de posición de garante, no sólo se debe a la relajación de lo que hay que entender por deber de evitar el resultado derivado de la ley o del contrato, sino por el nacimiento de nuevos criterios que se añaden a los tradicionales.⁶⁴

Frente a este fenómeno, un sector de la doctrina española como medio para hacer frente a esa expansión se ha manifestado por exigir una identidad o equivalencia estructural entre el comportamiento activo y omisivo,⁶⁵ de lo cual, la existencia del delito omisivo impropio dependería de la concurrencia de esta identidad o equivalencia estructural. Silva Sánchez⁶⁶ sostiene que entre acción y omisión se da una identidad estructural desde el punto de vista normativo, cuando el sujeto ha asumido de un modo fáctico, el compromiso específico de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan un bien jurídico ajeno y vulnera el compromiso adquirido. Por su parte, como otro criterio limitador, Gimbernat⁶⁷ ha propuesto uno al que suele identificarse como teoría del deber de vigilancia de un foco de peligro preexistente. Esta teoría, sin embar-

⁶⁴ Vid. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 287 y ss.

⁶⁵ Vid. una referencia en BUSTOS/HORMAZÁBAL, *ibid.*, p. 219 y ss. En contra de esta postura se muestra CEREZO MIR, *Curso DPG...*, p. 268 y ss., considera que no puede existir identidad estructural o material, ni en el plano ontológico ni en el plano normativo entra la comisión por omisión y las conductas activas correspondientes, pues en el plano ontológico la omisión es la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba. Además, la omisión y la acción son dos formas de conducta humana diferentes por lo que no es posible formular un concepto genérico que las englobe a ambas. En la omisión no hay ni causalidad ni voluntad de realización en la acción y esta diferencia ontológica repercute en la estructura de los tipos y en el contenido del injusto. *Entre la omisión y la acción correspondiente sólo cabe establecer una relación de equivalencia, pero no de identidad normativa*. *Cursiva en texto original*.

⁶⁶ *El delito de omisión...*, p. 369 y ss.

⁶⁷ *Causalidad, omisión e imprudencia* en ADP, 1994, p. 54 y ss., elabora su teoría teniendo como elemento nuclear de ésta al foco de peligro preexistente, surgiendo de su preexistencia los deberes de control del riesgo y la posible imputación de la lesión del bien jurídico al encargado de dicho control, cuando dolosa o culposamente ha omitido impedir la desestabilización del foco de peligro lícito preexistente. Así, la equivalencia entre acción y omisión se hacen intercambiables a partir de comprobar la preexistencia de un foco de peligro que es lícito mientras permanezca dentro del ámbito de un riesgo permitido pero que deviene en ilícito si dicho riesgo sobrepasa ese ámbito por la no intervención, dolosa o imprudente del que tiene la obligación de controlarlo. Bajo esta perspectiva, se consigue, al exigir que preexista un foco de peligro lícito, una reducción del ámbito de los delitos de omisión impropia, pues cuando no hay foco de peligro preexistente al no poder haber nadie encargado de vigilarlo, en estos supuestos no podría sancionarse por omisión impropia.

go, a decir de Bustos/Hormazábal, si bien logra ofrecer una fórmula de trabajo que permita poner un límite a la fuerza expansiva de las fuentes materiales de la posición de garante, presenta por contrapartida algunos puntos confusos.⁶⁸

En México se aprecia en forma reciente una tendencia cada vez mayor de reforma a los códigos penales y, en ella, un abandono del criterio formal para la determinación de las fuentes fundamentadoras de la posición de garante.⁶⁹

2. La equivalencia de la omisión a la acción según el sentido del texto de la ley

Como se ha señalado, el legislador mexicano no refiere en el Código penal federal que la omisión deba equivaler a la acción según el sentido del texto de la ley, tal y como lo refiere el legislador español. La falta de previsión de esa cláusula para Cerezo⁷⁰ constituye un desacierto. La observación me parece acertada, pues la no previsión de una cláusula de equiparación de la omisión a la acción <según el sentido del texto de la ley o según el injusto penal del correspondiente delito de acción> no puede dejarse a interpretación si no se quiere

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 221 y ss., así cuestionan por vía de ejemplo siguiendo el caso del marido propuesto por GIMBERNAT, en que su esposa sufre un ataque súbito del asesino y aquél no interviene, lo que propone sancionar como omisión simple, entonces ¿qué pasaría si la mujer asesinada con ese ataque súbito ha estado previamente amenazada de muerte mediante anónimos? En opinión de estos tratadistas el problema debe resolverse a partir de una propuesta de interpretación del artículo 11 del Código Penal.

⁶⁹ Así se anuncia un nuevo Código penal para el Distrito Federal que ya fue aprobado por la Asamblea Legislativa de la ciudad de México recientemente, el cual aún no ha sido oficialmente publicado y del que se espera un periodo de *vacatio legis* no muy prolongado. Aquí se observa que la legislación penal del Distrito Federal que durante muchos años fue coincidente con la federal y que por lo mismo contenía el artículo 7 aludido, se aparta del mismo para prever hoy una nueva fórmula en su artículo 16 que incorpora criterios materiales para fundamentar la posición de garante. Esta tendencia puede también observarse en un proyecto aún en sede del Congreso de la Unión de nuevo Código penal federal cuyo destino es todavía incierto y que se orienta a incorporar criterios materiales para fundamentar la posición de garante, aunque debe señalarse que en ambos casos ya se prevé una cláusula de equiparación de la omisión respecto de la acción.

⁷⁰ *Curso DPG...*, p. 267, nota de pie 57, al señalar que, resulta criticable que en la regulación de los delitos de comisión por omisión en el Código penal federal mexicano (párrafo segundo del art. 70), el subrayado es mío, y el brasileño (art. 13) no se incluya el requisito de la equivalencia de la omisión y la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto, junto al de la posición de garante.

mantener abierta la puerta a la inseguridad jurídica, ya que la determinación de cuándo se da esa equivalencia entre omisión y acción no puede sino quedar en manos del legislador. No se trata de un problema de interpretación, sino de legalidad expresa. Olga Islas,⁷¹ al comentar la reforma penal mexicana que incluyó por vez primera una norma sobre la comisión por omisión y la inclusión de la calidad de garante, si bien acepta un avance, así como que la laguna preexistente hasta antes de dicha reforma de 1994 quedara colmada, destaca lo poco afortunado de la misma, entre otras razones, por guardar silencio sobre la necesaria equivalencia que debe haber entre la eficacia de la inactividad y la eficacia de la actividad descrita en el tipo.

Ocurre así que en México, al dejar en manos de la interpretación el determinar cuándo es que la omisión equivale a la acción para afirmar la existencia de un delito de comisión por omisión, no encuentra límite alguno permitiéndose con ello una clara ampliación del ámbito de la punibilidad en los delitos de resultado,⁷² pues parece claro que de manos de la interpretación los operadores del sistema judicial en México están habilitados, sin mayores límites que la posición de garante del autor y la presencia de una fuente que fundamente su deber de actuar, para analizar la posibilidad de atribuir responsabilidad en comisión por omisión en esos supuestos, cuando lo que debiera ser, es sancionar esta clase de delitos por vía de excepción. El peligro es aún mayor, cuando se está particularmente frente a casos en los que la acción omitida no se equipara al delito cometido mediante un comportamiento activo,⁷³ pues como el legislador penal federal mexicano no previó la necesaria equivalencia entre omisión y acción acorde con el injusto, puede llegarse incluso a afirmar aquí la comisión por omisión bajo una interpretación absurda que esconda detrás una verdadera integración de la ley penal.⁷⁴

⁷¹ *Op. cit.*, p. 1249.

⁷² *Vid. Supra*, p. 8 y nota de pie 30. En México, previo a la reforma penal de 1994, la doctrina y los tribunales al no existir norma reguladora de la comisión por omisión, centraban el debate en los delitos contra la vida y la integridad corporal.

⁷³ CEREZO MIR, *Curso DPG...*, p. 227, expone como claros ejemplos de ello al guarda de seguridad contratado que no evita, pudiendo hacerlo, la comisión de un robo o al padre que no impide, pudiendo hacerlo, que violen a su hija; no realizan una conducta equivalente a la comisión de esos delitos de robo y violación mediante una conducta activa.

⁷⁴ Me parece que, sin la necesaria equivalencia entre omisión y acción exigible para la comisión por omisión, no es factible tenerla por afirmada ya que esa equivalencia, atendien-

En España, para Cerezo,⁷⁵ el que la omisión sea equivalente a la acción <<según el sentido del texto de la ley>> en un delito de resultado, quiere decir que lo sea de acuerdo con el contenido de lo injusto específico del correspondiente delito de acción. En igual sentido, Bacigalupo sostiene que el que la omisión deba ser equivalente a la acción, implica entonces que la omisión debe corresponder a la producción activa del resultado que no se evitó, de ahí que, si la acción típica tiene determinadas características o modalidades la omisión debe ser el correlato de la acción.

Bustos/Hormazábal, de acuerdo con el artículo 11 del Código penal español, sostienen que la equivalencia entre acción y omisión sugiere un juicio valorativo de equivalencia, en el que la valoración de la misma exige una interpretación armónica de los dos párrafos del precepto. Así, habrá que realizar un juicio valorativo de equivalencia entre el comportamiento omisivo y la acción prohibida y otro que versará sobre el deber jurídico de evitar el resultado. Por ello, no basta con comprobar que existe una posición de garante fundada en cualquiera de las tres fuentes que refiere el artículo 11 para afirmar la equivalencia entre acción y omisión, sino que, para ello el juicio parte no de la equivalencia entre una acción y una omisión, sino de la equivalencia entre dos acciones, es decir, entre la acción hipotética salvadora del bien jurídico y la acción antinormativa contenida en el tipo de acción.⁷⁶ Respecto del juicio sobre el deber jurídico, señalan que no se agota con la comprobación formal de un deber de actuar por considerar que éste se fundamenta materialmente en un proceso de riesgo en desarrollo para el bien jurídico, respecto del cual surge un mandato de actuar para ciertas y determinadas personas de evitar que ese riesgo se concrete en afección prohibida para el bien jurídico, por lo que, mientras ese proceso de riesgo no exista, aun cuando

do al principio de legalidad debe encontrarse prevista en ley, pues se trata de un comportamiento que se tiene como punible "evitar la producción del resultado según el sentido del tipo de injusto del delito de acción que corresponda".

⁷⁵ *Ibid.*, p. 267.

⁷⁶ *Principios...*, p. 411.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 223 y ss.

⁷⁸ Esta afirmación la sustentan de invocar el *principio de inversión* formulado por KAUFMANN, según el cual, tratándose de omisión, los aspectos esenciales de la misma deben plantearse en forma *inversa* a como han sido tratados en los delitos de acción.

el sujeto esté obligado por ley o contrato,⁷⁹ no surge la obligación de actuar para evitar el resultado.

La abierta discusión en la doctrina penalista española respecto del sentido de la cláusula de equivalencia prevista en su Código penal, así como de la necesidad de poner límite a la expansión de la posición de garante debida a los criterios materiales que se vienen desarrollando, son signo claro que ni aun en el derecho penal español la inclusión de la cláusula de equivalencia mencionada ha venido a traer solución final en el ámbito de la legalidad a la problemática de los delitos de comisión por omisión. Qué decir de la legislación penal federal mexicana en que tal equivalencia cae en manos de la interpretación escondiendo debajo un problema de legalidad.⁸⁰

IV. ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN DOLOSOS

Los tipos de comisión por omisión se estructuran de la siguiente manera: *a)* el deber jurídico se dirige sólo a quien tiene la calidad de garante, pues no cualquiera tiene el deber de actuar; *b)* el deber es de evitar el resultado material, pues la omisión no produce resultado alguno; *c)* el sujeto activo debe tener la calidad de garante; *d)* el dolo abarca el querer no evitar el resultado material, y *e)* el tipo describe un resultado material.

A decir de Mir Puig,⁸¹ el tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura: *a)* situación típica; *b)* ausencia de la acción determinada; *c)* capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la *posición de garante*, la *producción de un resultado* y la *posibilidad de evitarlo*. La posición de garante integra necesariamente la situación típica (*a*) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (*b*) debe seguir en ellas la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (*c*) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

⁷⁹ Para ellos, el legislador español estableció un *numerus clausus* de fuentes fundamentadoras de la posición de garante. *Vid. Supra* p. 18, nota de pie 57.

⁸⁰ *Vid. Supra* nota de pie 74.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 305.

Señala Welzel⁸² que la estructura de los delitos de omisión impropios coincide con la de los propios, pero su sello especial se lo da la característica de autor de la posición de garante. Siguiendo a Cerezo,⁸³ éstos se estructuran con los siguientes elementos:

- a) *Una situación típica.* Ello implica la presencia de un *peligro de producción inminente* de un resultado delictivo correspondiente al tipo del delito de acción. La referencia a que se trate de un <peligro de producción inminente> parece más aceptable que el sostener sea necesaria la producción de un resultado,⁸⁴ en el sentido de lesión al bien jurídico, ya que no es lo mismo que ya se hubiere causado efectiva lesión a éste, a que sea inminente que ello ocurra, pues de ser así no habría resultado por evitar. Para que exista capacidad de acción en sujeto garante se requiere el conocimiento concreto de la situación típica.⁸⁵
- b) *La no realización de una acción que tiende a evitar el resultado.* Como se ha señalado, en los tipos de comisión por omisión el resultado no se produce por la inactividad, sino por causa externa al sujeto, que tan sólo se limita a no interferir en el proceso que culmina en el resultado material, o sea, no evita ese resultado.⁸⁶ Por el contrario, si el sujeto garante actúa para impedir que el resultado se produzca no habrá comisión por omisión dolosa,⁸⁷ pero podrá haberla imprudente si la no evitación del resultado deviene de la inobservancia del deber de cuidado objetivamente debido al planear o realizar la acción tendiente a salvar el bien jurídico.⁸⁸
- c) *El sujeto garante debe contar con capacidad de realizar la acción tendiente a evitar que se produzca el resultado.* Ello implica que el sujeto garante debe contar con capacidad psicofísica para actuar. Quien está impedido físicamente para actuar (quien

se encuentra atado o encerrado) no estará bajo el supuesto de la comisión por omisión. Sin embargo, quien se encuentra impedido físicamente, pero con posibilidad de acudir a otro para evitar el resultado, de no hacerlo, caería bajo el supuesto de dicho tipo de delitos. Para determinar si el sujeto pudo haber actuado y evitar la producción del resultado, se hace necesario un juicio causal hipotético para responder si el autor hubiera podido evitar el resultado de haber actuado, bastando una probabilidad rayana en la certidumbre que el sujeto pudiera haber evitado que el resultado se produjera si hubiera actuado.⁸⁹

- d) *Que exista posición de garante.* Como se ha señalado, la exigencia de evitar el resultado en la comisión por omisión, se dirige a quien tiene la capacidad y el deber jurídico de actuar precisamente para evitar que se produzca. Sin posición de garante no existe receptor del mandato de evitar y no puede tener lugar la comisión por omisión.⁹⁰ Tampoco basta con conocer que se es garante, sino que, además, el deber de garantía sólo se admite en la medida que el sujeto es capaz de impedir el resultado.⁹¹ El deber jurídico de actuar del garante se fundamenta en fuentes formales taxativamente dadas por el legislador federal mexicano y por el español⁹² aunque para Cerezo deba exigirse además la *asunción fáctica* por el omitente de la función de protección del bien jurídico o de control de la fuente de peligro.⁹³
- e) *Equivalencia de la acción a la omisión según el sentido del texto de la ley.* Para la comisión por omisión, según el legislador español, no basta que el sujeto se encuentre en posición de garante teniendo el deber jurídico de actuar derivado de una ley, contrato o de su actuar precedente; sino que además se requiere que <la omisión equivalga a la acción>, según el contenido del injusto penal del correspondiente delito de acción.⁹⁴ En el caso

⁸² *Op. cit.*, p. 250.

⁸³ *Vid. Curso DPG...*, p. 269 y ss.

⁸⁴ En este sentido entre otros *Vid. WELZEL, op. cit.*, p. 250 y BACIGALUPO, *Principios...*, p. 402.

⁸⁵ BACIGALUPO, *Delitos impropios...*, p. 125 y ss.

⁸⁶ *Vid. Supra* nota de pie 36.

⁸⁷ *Cfr WELZEL, loc. cit.*, para quien se requiere el garante debe haberse esforzado seriamente.

⁸⁸ CEREZO, *Curso DPG...*, p. 269 y ss.

⁸⁹ CEREZO, *ibid.*, p. 270.

⁹⁰ *Vid. Supra* nota de pie 38.

⁹¹ BACIGALUPO, *Delitos impropios*, p. 127.

⁹² *Vid. Supra* nota de pie 54, para el caso del legislador penal federal mexicano y notas de pie 57 y 58 para el caso de España.

⁹³ *Vid. Supra* nota de pie 58.

⁹⁴ *Vid. Supra* notas de pie 23 y 24, respecto a la incorporación de la cláusula de equivalencia al Código penal español y p. 320 y ss., sobre su interpretación.

del legislador penal federal mexicano, éste no previó, al incorporar la norma general sobre la comisión por omisión en el artículo 7 del Código penal, una cláusula de equivalencia entre la omisión y la acción que resulta del todo necesaria para este tipo de delitos; de ahí que aquélla se hubiere dejado en manos de la interpretación propiciando así un problema de legalidad frente al vacío que se produce al no haber sido incorporada en ley,⁹⁵ pues resulta que si se ha de sancionar penalmente una omisión como equivalente a una acción de un tipo de delito de acción, para dar lugar a la llamada comisión por omisión, esta forma de comportamiento, si no se encuentra expresamente determinada en el tipo de acción correspondiente, exige a lo menos, que su equivalencia sea precisada en la ley misma.

f) *El dolo*. Ya sea directo o eventual, presupone en el sujeto garante: a) el conocimiento de la situación típica, o sea, de la inminente producción del resultado,⁹⁶ y b) conocer el modo de evitar el resultado⁹⁷ y el conocimiento de que se es garante.⁹⁸

Para Olga Islas,⁹⁹ en los delitos de comisión por omisión dolosos, el dolo directo se configura de la siguiente manera: conocer y querer

⁹⁵ *Vid. Supra* p. 294 y ss.

⁹⁶ WELZEL, *op. cit.*, p. 251. En igual sentido, CEREZO, *Curso DPG...*, p. 270.

⁹⁷ CEREZO, *Curso DPG...*, *loc. cit.*, estima debe tratarse de un conocimiento efectivo. En contra, WELZEL, *loc. cit.*, quien sostiene basta la posibilidad del sujeto de conocer el modo de evitar el resultado. En el mismo sentido, *Vid. BACIGALUPO, Principios...*, p. 403.

⁹⁸ *Vid. Supra* nota de pie 38.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 1243, no desconoce claro está, que el dolo directo y el eventual se relacionan con la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal, pues señala que para que haya dolo, se requiere, ineludiblemente, conocer la concreción de todos y cada uno de los elementos objetivos no valorativos que integran el tipo. Uno de ellos, la calidad de garante. El Código penal federal mexicano establece en su artículo 9 que: *Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley*. MORENO, *op. cit.*, p. 186 y ss., al comentar las reformas al Código penal del año de 1994 respecto del dolo señala que la reforma precisa lo que debe entenderse por una conducta dolosa estableciéndose los alcances que deben tener sus elementos, como es el caso del aspecto "cognoscitivo", que debe referirse a todos y cada uno de los elementos del tipo penal; debiéndose entender que tales elementos que han de ser abarcados por el conocimiento son fundamentalmente elementos de carácter "objetivo" quedando fuera la llamada conciencia de antijuridicidad y que, además del aspecto cognoscitivo, el artículo en cuestión señala también lo relativo al aspecto "volitivo", cuando dice "quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley" con lo que posibilita distinguir lo que teóricamente se ha dado en llamar "dolo directo" y "dolo eventual". Comillas en texto original.

no evitar el resultado material, y el dolo eventual se configurará al conocer y aceptar la no evitación del resultado material.

V. LA ANTIJURIDICIDAD

Si concurre una causa de justificación,¹⁰⁰ la conducta típica en los delitos de comisión por omisión dolosos no será antijurídica.

VI. LA CULPABILIDAD

Se admite, con posición doctrinaria mayoritaria, que el dolo y la culpa no han de ser estudiados a nivel de culpabilidad.¹⁰¹

Aceptando la correcta ubicación sistemática del dolo y culpa fuera de la culpabilidad, para ésta quedará el elemento intelectual de la reprochabilidad que vendrá dado en los delitos de comisión por omi-

¹⁰⁰ Es claro que un comportamiento típico no será antijurídico si está justificado en términos de ley, así, siendo lícita la conducta que se ampara en una causa de justificación, no habrá responsabilidad penal ni civil. Éstas están previstas en el artículo 15 del Código penal federal que contiene las que denomina como causas de exclusión del delito, entre ellas las causas de justificación de legítima defensa, estado de necesidad (si el bien sacrificado es de menor entidad), el consentimiento (si no es caso de atipicidad), el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho consignado en ley.

¹⁰¹ Sin embargo, en México es aún posición importante la que sostiene que éstos son elementos de la culpabilidad, lo que para quienes así lo consideran, para tener por satisfecho ese elemento del delito deberán abarcar al dolo y/o la culpa. Sobre todo, la discusión se acentúa por el gran número de códigos penales de la República Mexicana, cuyos autores suelen, por lo general, mantener posturas doctrinarias diferentes. Con motivo de la reforma penal de 1994 que se comenta, a la que se asoció una reforma procesal y otra constitucional, se abandonó la idea del cuerpo del delito que por muchos años regía en la legislación penal mexicana, para dar paso a la de los elementos del tipo penal del delito imputado. Con esta base y porque así se previó en ley, dolo y culpa pasaron a ser estudiados a nivel de tipo lo que ya de antaño era conquista del derecho penal y se tenía como una discusión agotada. La reforma en comento ha dado impulso a este pensamiento que cada día cobra más adeptos. Respecto a la misma *Vid. MORENO, op. cit.*, p. 214 y ss. Cabe mencionar que por reforma constitucional del año de 1996 se ha abandonado la idea de los elementos del tipo penal del delito imputado y vuelto a la del cuerpo del delito, reforma que ha repercutido en el ámbito procesal en donde del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales se lee lo siguiente: *Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.*

sión por el conocimiento o no del sujeto de su deber de actuar.¹⁰² A lo que habrá que agregar que el mismo no obre bajo supuesto de error respecto del mandato,¹⁰³ así como que no le sea exigible otra conducta,¹⁰⁴ como tampoco la realización de la conducta tendente a evitar se produzca el resultado.

VII. LA TENTATIVA

El Código penal federal mexicano,¹⁰⁵ al igual que el español contempla la tentativa acabada como la inacabada. La tentativa inidónea es impune también para el legislador penal mexicano y, desde luego, en casos de delitos impropios de omisión, sólo cabrá la tentativa acabada, salvo se trate de un supuesto de arrepentimiento del autor y siempre y cuando éste realice alguna actividad encaminada a impedir en forma efectiva y definitiva el resultado, pues en este caso la tentativa no es punible. Tampoco es punible la tentativa inacabada, pues en ella se implica el desistimiento del autor.¹⁰⁶

VIII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las diversas formas de intervención para cometer un delito se prevén en el artículo 13 del Código penal federal mexicano. El precepto

¹⁰² El error de prohibición se prevé en la fracción VIII inciso B) del artículo 15 del Código penal federal y, si éste es invencible excluye la responsabilidad penal, pero si es vencible, acorde con el artículo 66 del mismo ordenamiento se atenua la pena.

¹⁰³ Éste se contempla para el legislador español en el apartado 3 del artículo 14 del Código penal. Para el legislador penal federal mexicano queda comprendido dentro de la hipótesis genérica del error de prohibición previsto en el artículo 15 inciso B).

¹⁰⁴ Se prevé por el legislador penal federal mexicano como supuesto de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta en la fracción del artículo 15, por lo que aquí, la excluyente opera en cualquier supuesto en que al sujeto no le sea exigible un comportamiento distinto para la salvaguarda del bien jurídico.

¹⁰⁵ En su artículo 12 párrafo primero se establece: Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

¹⁰⁶ El párrafo segundo del artículo 12 del Código penal federal mexicano dice: Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Vid. Al respecto MORENO, *op. cit.*, p. 196 y ss.

contempla la autoría única, la coautoría, la autoría mediata, la instigación, la complicidad y la llamada complicidad correspondiente.¹⁰⁷ Dado que quien es capaz de actuar en comisión por omisión requiere ser garante, se considera que sólo en casos de autoría única o de coautoría es posible la comisión por omisión y siempre que la omisión equivalga a la acción en el sentido del correspondiente injusto penal. Para el caso de coautoría, se acepta la comisión por omisión en casos en los que se comparte el deber jurídico de actuar que debe ser ejercitado en conjunto, como en aquellos en que siendo compartido éste deber no sea necesario que deba ser cumplido conjuntamente.¹⁰⁸ No se acepta en caso de autoría mediata en la omisión, pues aquí quien tiene el deber de evitar el resultado es quien es utilizado como instrumento precisamente para que no actúe, no así el hombre de atrás que no es garante. Por otro lado, si el hombre de atrás es garante aun cuando utilice a otro para evitar el comportamiento que le es exigido, de producirse el resultado, como garante responde a título de autor. No cabe en la instigación o inducción, pues quien instiga provoca la resolución delictiva en el autor, sin tener el dominio del hecho, por lo que el inductor realiza un comportamiento activo. Tampoco cabrá la inducción por omisión, pues el inductor se vale de medios activos para persuadir al inducido, como promesas, coacción, violencia, regalos, etc., para que realice el hecho delictivo. Lo mismo en el supuesto de complicidad mediante acción en delito de comisión por omisión, porque el cómplice sólo se limita a favorecer dolosamente un hecho ajeno, pero tampoco tiene dominio del mismo; en todo caso, realiza un comportamiento activo. Por el contrario, en casos de omisión en delitos de comisión por omisión no se comparte la apreciación de Cerezo,¹⁰⁹ al plantear la posibilidad de considerar como autor en comisión por omisión al cómplice <en quien

¹⁰⁷ Dicho artículo establece: Art. 13. Son autores o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización. II. Los que lo realicen por sí. III. Los que lo realicen conjuntamente. IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro. V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo. VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión. VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito. VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

¹⁰⁸ Se comparte en todo la postura de CEREZO, *Vid. su Curso DPG...*, p. 272 y ss.

¹⁰⁹ *Vid. Curso DPG...*, p. 274.

recae la calidad de garante>, pues aun siendo así, no parece suficiente para estos delitos dicha apreciación, si la conducta omisa no es equivalente a la de acción exigida en el tipo correspondiente; me inclino porque el sujeto, en todo caso, incluso siendo garante, está en presencia de una participación por omisión en delito de acción y no en estimar como autor de delito de comisión por omisión este supuesto. En el caso de la llamada autoría indeterminada, es factible la comisión por omisión para quien, de ser el caso, sea garante del bien jurídico.

IX. CONCLUSIONES

1. La situación que se presentaba en la legislación penal española y en la penal federal mexicana, antes de sus reformas que incorporaran una norma reguladora de la comisión por omisión, eran prácticamente las mismas.

2. La experiencia que se vivía antes de la incorporación de dichas normas al texto legal en ambas, era la de una clara actitud limitadora para sancionar delitos en comisión por omisión; sin embargo, resultaba necesario colmar el vacío que existía ante su falta de previsión en ley para salvaguardar el principio de legalidad.

3. En las dos legislaciones y en aras de salvaguardar el principio de legalidad, se optó por la vía de prever una norma en la Parte General del Código penal, resultando más acertada la española al exigir en la misma equivalencia entre la omisión y la acción <según el sentido del texto de la ley>, pues lo cierto es que, siendo esto una exigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no es posible que tal equivalencia se deje en manos de la interpretación, como lo hizo el legislador penal federal mexicano.

4. Ambas legislaciones fundamentan el deber jurídico de actuar en fuentes formales, a decir, las tradicionales (contrato, ley y actuar precedente) con lo que limitan de manera importante la posibilidad de sancionar en comisión por omisión otros comportamientos que así lo exigen, pero que sustentan el deber de actuar en criterios materiales.

5. Ambas fórmulas propician una amplitud en el campo de la punibilidad para delitos de resultado material en los que antes de la incorporación legal de aquéllas no se pensaba siquiera en ser tratados bajo la óptica de la comisión por omisión; además, generan problemas interpretativos.

6. A pesar de esto, se considera acertada la incorporación al texto legal en ambos de la norma reguladora de la comisión por omisión, destacando que aun cuando ello vino a colmar un vacío, no son del todo afortunadas. En ambos casos, por ampliar el ámbito de la punibilidad en los delitos de resultado material. En el Código penal español, por lo confuso de su previsión que ha dado lugar a las mas diversas interpretaciones por la doctrina, pero que, en el ámbito judicial pueden o no ser asumidas. En cambio, dejar en manos de la interpretación cuando una omisión equivale a la acción para aseverar o no la presencia de un delito impropio de omisión, tal y como lo hizo el legislador penal federal mexicano, mantiene abierta la puerta de la inseguridad violando el principio de legalidad, pues la determinación de esa equivalencia no puede quedar sino en manos del propio legislador.

7. Se considera que la postura acertada que debió ser asumida por ambos legisladores para evitar estos problemas, era de prever un *numerus clausus* sancionando única y exclusivamente la comisión por omisión en casos en los que particularmente y por vía de excepción así lo prevea el legislador.

APORTACIONES DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL¹

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

SUMARIO: I. *Influencia del procesalismo científico: Calamandrei y Couture. Los primeros ensayos de Fix-Zamudio.* II. *La reivindicación procesal del amparo.* III. *La defensa de la Constitución y los sectores que la integran.* IV. *Concepto y contenido del derecho procesal constitucional.* V. *Couture y el derecho constitucional procesal. Sus distintos sectores.* VI. *Ombudsman.* VII. *Interpretación constitucional.* VIII. *El proyecto de la nueva Ley de Amparo.* IX. *Reflexión final.*

I. INFLUENCIA DEL PROCESALISMO CIENTÍFICO: CALAMANDREI Y COUTURE. LOS PRIMEROS ENSAYOS DE FIX-ZAMUDIO

En el año de 1956 ocurren tres acontecimientos aparentemente desvinculados en geografía, pero estrechamente unidos en el mundo jurídico. Por una parte desaparecen dos importantes procesalistas. El 11 de mayo muere Eduardo J. Couture y, unos meses después, el 27 de septiembre, deja de existir Piero Calamandrei. Al lado de estos sucesos trágicos, en el mismo año y bajo una influencia importante de aquéllos, se publican los primeros trabajos de Héctor Fix-Zamudio.²

¹ El presente trabajo constituye una versión ampliada de la ponencia presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Ciudad de México, 12-15 febrero, 2002).

² Sobre la semblanza del ilustre jurista, véanse: SALGADO PESANTES, Hernán, "Semblanza de Héctor Fix-Zamudio", en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol I, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. XLVII-XLVIII; y CARPIZO,

Como lo significara Alcalá Zamora y Castillo,³ entre Calamandrei y Couture median singulares y sorprendentes coincidencias. Uno y otro nacieron, viven de preferencia y mueren en una misma ciudad (en Florencia el italiano y en Montevideo el uruguayo) y desempeñan en esas ciudades la cátedra de derecho procesal civil.⁴ Ambos también ejercen la abogacía con intensidad; son redactores de importantes Códigos de Procedimientos Civiles;⁵ presidieron asociaciones de abogados;⁶ y ocuparon destacados cargos académicos en sus universidades;⁷ los dos estuvieron en México dictando conferencias magistrales y cursillos.⁸

Estas vidas paralelas, que aportaron importantes luces al procesalismo científico del siglo XX, encuentran un punto de conexión al haberse acercado al derecho constitucional. En efecto, los últimos años de la existencia de Calamandrei fueron dedicados al derecho constitucio-

Jorge, "Semblanza del doctor Héctor Fix-Zamudio", en la obra *Héctor Fix-Zamudio. Imagen y obra escogida*, México-UNAM, 1984, pp. 11-16. Asimismo, sobre su abundante bibliografía, véanse "Publicaciones", en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, op. cit., pp. XXI-XLVI; y la que aparece en el tomo I, de los *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio (en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas)*, México, UNAM-III, 1988.

³ Cfr., "Calamandrei y Couture", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VI, octubre-diciembre de 1956, pp. 81-113, en p. 113.

⁴ Calamandrei, además de ser profesor titular de Derecho procesal civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Florencia (de la cual fue uno de sus fundadores), también fue profesor de la misma materia en las universidades de Mesina (1913-1918), Módena (1918-1920) y en Siena (1920-1924). Couture desde 1928 fue profesor-aspirante; en 1931 profesor-agregado; en 1932 profesor ordinario; y en 1936 catedrático titular de Derecho procesal civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo.

⁵ El célebre jurista italiano figuró como miembro de la comisión para la Reforma de los Códigos (subcomisión para el Código de procedimientos civiles), siendo junto con Francesco Carnelutti y Enrico Redenti, uno de los inspiradores principales del *Código de Procedimientos Civiles* italiano de 1940. Asimismo, Couture fue el redactor único, en 1945, del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* uruguayo.

⁶ Calamandrei fue Presidente del Consejo Nacional Forense en Italia, desde 1947 hasta su muerte. Couture, a su vez, ocupó la presidencia del Colegio de Abogados del Uruguay desde 1950.

⁷ Calamandrei fue Rector de la Universidad de Florencia en dos ocasiones (1943 y 1944); Couture fue Decano de la Facultad de Derecho de Montevideo a partir de 1953 hasta su fallecimiento.

⁸ El profesor florentino dictó un ciclo de conferencias los días 14, 19, 21, 26, 27 y 28 de febrero de 1952, en la Facultad de Derecho de la UNAM, publicándose con posterioridad en Italia, bajo el título de *Processo e Democrazia*, Padova, Cedam, 1954; mientras que el célebre profesor uruguayo, impartió conferencias en los años de 1947 y 1952, en el mismo lugar.

nal, siendo profesor de dicha materia después de la Segunda Guerra Mundial y debido a su intenso paso por la vida pública, especialmente como constituyente formando parte de los trabajos preparatorios en la llamada "Comisión de los setenta y cinco", influyendo notablemente en la Constitución italiana, promulgada el primero de enero de 1948, atribuyéndose a este jurista, incluso, una aportación fundamental en la configuración del Poder Judicial y de la Corte Constitucional italiana. El maestro florentino es el primero en Italia en establecer de manera clara las bases de una jurisdicción constitucional, sobre todo a partir de su obra publicada en 1950: *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Padova, Cedam),⁹ traducida al español en 1962 por Santiago Sentís Melendo,¹⁰ publicación que despertó interés por sus colegas en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia ese mismo año.¹¹

Por su parte, Couture tuvo el gran acierto de emprender el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, especialmente la vinculación existente de las disposiciones constitucionales con el proceso civil. De ahí que al procesalista uruguayo se le considere por Fix-Zamudio como el fundador de otra rama jurídica denominada *derecho constitucional procesal*,¹² particularmente a partir de su ensayo "Las garantías constitucionales del

⁹ A partir de esta obra, sus publicaciones que se encargan de aspectos del derecho procesal constitucional se incrementan, destacando, entre otras, "La Corte costituzionale e il processo civile", en *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano, Drott. A. Giuffrè-Editore, 1951, pp. 195-204; "El controllo giurisdizionale delle leggi", en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1953, pp. 74-76; "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria", en *Revista di diritto processuale*, I, 1956, pp. 7-55; "La prima sentenza della Corte costituzionale", en *Revista di diritto processuale*, II, 1956, pp. 149-160.

¹⁰ En el volumen de Calamandrei *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, pp. 21-120.

¹¹ Véanse las ponencias presentadas en dicho evento, celebrado del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1950, en el que destacan los trabajos de Virgilio Andrioli (*Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*) y de Carlo Esposito (*El controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*). Cfr. *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, 1953, citado por Fix-Zamudio, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", op. cit., p. 196.

¹² Cfr., especialmente, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año X, núm. 30, septiembre-diciembre, 1977, pp. 315-348; y reproducido en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-junio de 1980.

proceso civil",¹³ publicado posteriormente dentro de su extraordinaria y clásica obra *Fundamentos del derecho procesal civil*, cuya primera edición es de 1947 y en la parte tercera de la misma, se dedica a los "casos de derecho procesal constitucional". El profesor de la Facultad de Derecho de Montevideo estudia de manera sistemática los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental, estableciendo que "De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley".¹⁴

La muerte en 1956 de estos dos juristas se vincula al haber trazado los puentes de dos ramas jurídicas que tradicionalmente se venían estudiando de manera separada: el derecho procesal y el derecho constitucional; se relacionan, a su vez, con otro acontecimiento ahora afortunado. En el mismo año aparece el primer artículo publicado por Fix-Zamudio denominado "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional".¹⁵ Se trata de la primera publica-

¹³ Publicado en el libro *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 158-173; posteriormente aparece en su extraordinaria obra *Fundamentos del derecho procesal civil*, cuya primera edición es de 1947.

¹⁴ COUTURE, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", *op. cit.*, p. 155.

¹⁵ Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VI, núm. 24, octubre-diciembre, 1956, pp. 191-211; con posterioridad también aparece en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 145-163; así como en la *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37. En la primera publicación de 1956, existe una nota especial del editor que destaca los méritos académicos del entonces desconocido jurista en cuanto a su examen profesional: "El día 18 del corriente mes, presentó brillante examen en la Facultad de Derecho el pasante Héctor Fix-Zamudio. El sustentante demostró amplios conocimientos habiendo merecido su aprobación unánime y mención honorífica, tanto por su magnífica tesis denominada "La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana", como por las brillantes contestaciones que dio a sus réplicas. El éxito del licenciado Fix era de esperarse, pues obtuvo durante su carrera en todas sus materias, las calificaciones más altas. Su estudio ha sido escrito con gran pulcritud intelectual y se incorpora gallardamente a la literatura mexicana en amparo y derecho procesal, que en los últimos años ha brindado a la doctrina jurídica varios libros de gran calidad científica. La obra del licenciado Fix llegará a las bibliotecas de los estudiosos en derecho no para decorarlas, sino para servirles como herramienta inapreciable de trabajo. En el aspecto práctico también merece tenerse en cuenta, por su extensa recopilación de jurisprudencia. Felicitamos al licenciado Fix, quien por su modestia, talento y preparación, merece llegar a ser uno de los astros de primera magnitud en el firmamento jurídico de México. Publicamos algunos capítulos de la tesis aludida" (p. 12300).

ción del recién titulado joven, que el 18 de enero del propio año defendiera su tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, con el tema: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, dirigida por su querido maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y cuyos capítulos relativos a "El derecho procesal constitucional"¹⁶ y "El proceso constitucional",¹⁷ aparecieran publicados con esos títulos en el mismo año. Alrededor del pensamiento del jurista florentino giraron los primeros trabajos del profesor mexicano, y que lo llevaran a publicar, junto con Alcalá-Zamora y Castillo, una "Bibliografía de Piero Calamandrei" en el mismo año de su fallecimiento.¹⁸

Así, el joven jurista, influenciado por el procesalismo científico contemporáneo, emprende el análisis de la aportación al derecho procesal constitucional del recién desaparecido maestro de Florencia, mediante el estudio cuidadoso y riguroso del recurso constitucional italiano y sus puntos de contacto con el juicio de amparo mexicano. Destaca la importante obra de Calamandrei, publicada en 1950 y a la que nos referimos con antelación,¹⁹ estimando que ésta significa para el estudio del proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la famosa lección inaugural de Chiovenda: *La acción en el sistema de los derechos*, pronunciada en la Universidad de Bolonia en 1903;²⁰ es decir, traslada a Italia la primacía de los estudios del derecho procesal constitucional que fueron iniciados sistemáticamente por Kelsen, sosteniendo, incluso, un paralelismo entre los respectivos papeles científicos de Bülow-Chiovenda²¹ y de Kelsen-Calamandrei, en cuanto a las disciplinas de los procesos civil y constitucional, respectivamente.²²

¹⁶ En *La Justicia*, tomo XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364.

¹⁷ *Op. cit.*, tomo XXVII, núm. 317, septiembre, 1956, pp. 12625-12636.

¹⁸ *Cfr. Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VI, octubre-diciembre de 1956, pp. 17-39.

¹⁹ *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, *op. cit.*

²⁰ *La acción en el sistema de los derechos*, trad. al español de Santiago Sentís Melendo, *op. cit.*

²¹ Para algunos procesalistas, la moderna ciencia procesal se desarrolla a partir de la famosa obra de Bülow, *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, trad. de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, Ejea, 1964 (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, publicada en Giesen, por Emil Roth, 1868).

²² "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *op. cit.*, p. 195 y nota 13.

Fix-Zamudio, compenetrado en el pensamiento del profesor florentino, también analiza la vinculación de la magistratura y la Corte Constitucional italiana, señalando la gran aportación de Calamandrei en cuanto estima que en Italia existe un sistema intermedio de control constitucional; ya que el recurso constitucional que ha de decidir un órgano específico, debe ser autónomo, concentrado, principal, general y constitutivo, en contraposición con el recurso judicial, que es necesariamente difuso, incidental, especial y declarativo. De esta forma, investida dicha Corte del poder de declarar en vía principal la ilegitimidad de una ley, asume también carácter incidental en cuanto a su introducción, con la excepción de la incompetencia legislativa, o sea cuando exista invasión de las esferas legislativas del Estado y las Regiones o de las Regiones entre sí, pues en estos casos la controversia constitucional puede plantearse directamente ante la Corte. Este carácter intermedio de legitimidad constitucional, ha suscitado discusiones para determinar la naturaleza jurídica de dicho órgano así como del recurso constitucional. Si bien para Calamandrei la Corte Constitucional realiza en muchos casos una significación de alta política, semejándose al órgano legislativo, como lo pone de manifiesto en su obra *Corte constitucional y autoridad judicial* (traducida por el propio profesor mexicano),²³ difiere de aquél al estimar que a pesar de esta valoración no puede considerarse que la Corte realice una función diversa de la jurisdiccional, toda vez "que en toda actividad jurisdiccional se realiza en forma indirecta una valoración política, transformando dinámica y progresivamente los ordenamientos legales, que de otra manera quedarían anquilosados; toda jurisprudencia es forzosamente evolutiva".²⁴

Paralelamente a esta publicación sobre el pensamiento del ilustre procesalista italiano, Fix-Zamudio también emprende sus primeras traducciones. Siguiendo su propósito de difundir las ideas de Calamandrei, traduce en el mismo año de 1956 dos trabajos del discípulo de aquél, Mauro Cappelletti, relativos a "Piero Calamandrei (Datos biográficos)" y "Piero Calamandrei y la defensa jurídica de

²³ *Corte Costituzionale y autorità giudiziaria* (conferencia impartida en el Palacio de Justicia de Roma, el 10 de febrero de 1956); trad. al español por Fix-Zamudio, en *Boletín de Información Judicial*, noviembre de 1956, p. 758.

²⁴ "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *op. cit.*, p. 207.

la libertad";²⁵ ensayo este último que sin lugar a dudas influyera posteriormente de manera significativa en el pensamiento preclaro del jurista mexicano y que lo motivara a realizar otra traducción de la obra, ya clásica, del propio Cappelletti, sobre *La jurisdicción constitucional de la libertad (con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco)*,²⁶ en el que incluso introduce un valioso *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*.²⁷

II. LA REIVINDICACIÓN PROCESAL DEL AMPARO

Como hemos visto, desde sus primeros trabajos el jurista mexicano se nutre del procesalismo científico. Una de sus principales contribuciones al estudio del juicio de amparo mexicano radica en su análisis a la luz de la teoría general del proceso, advirtiendo que se trata de una institución de naturaleza y estructura procesal.²⁸

Tradicionalmente esta centenaria institución se venía estudiando desde la óptica del derecho constitucional. Los principales tratadistas del siglo XIX emprendieron su estudio desde el punto de vista sustantivo,²⁹ situación que se mantuvo durante la primera mitad del siglo XX,³⁰ lo cual se explica si se tiene en cuenta que sus principios fundamentales se encontraban consagrados por la propia Constitu-

²⁵ Ambas traducciones se publicaron en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VI, octubre-diciembre de 1956, pp. 9-11 y 153-189, respectivamente.

²⁶ Instituto de Derecho Comparado-UNAM, Imprenta Universitaria, México, 1961.

²⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 129-247.

²⁸ *Cfr.* su trabajo "Estructura procesal del amparo", en *La Justicia*, México, octubre de 1956, tomo XXVII, núm. 318.

²⁹ *Cfr.*, entre otros, LOZANO, José María, *Tratado de los derechos humanos*, México, 1876; MARISCAL, Ignacio, *Reflexiones sobre el juicio de amparo*, México, 1876; reimpresso en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 21-22, enero-junio de 1944, pp. 215-235; VEGA, Fernando, *La nueva Ley de Amparo*, México, 1883; IGLESIAS, José María, *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, 1874; reimpresso en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 257-295; VALLARTA, Ignacio L., *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1881; MORENO CORA, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, 1902; RABASA, Emilio, *El artículo 14. El juicio constitucional*, 2a. ed., México, 1955.

³⁰ Sólo por mencionar algunos destacados constitucionalistas que se ocuparon del juicio de amparo, destacan TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., México, 1961; LANZ DURET, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., 1959; HERRERA Y LASSO, Manuel, "Los constructores del amparo", en *Revista Mexicana de De-*

ción (arts. 101 y 102 del Texto Fundamental de 1857 y arts. 103 y 107 en la actual de 1917), lo que originó que incluso se le denominara comúnmente "juicio constitucional", debido a una obra de Rabasa con esta terminología.

Paulatinamente la doctrina mexicana empezó a preocuparse por la configuración procesal del amparo, surgiendo obras importantes al respecto.³¹ Sin embargo, puede sostenerse que es Fix-Zamudio quien inicia esta tendencia de manera clara al preocuparse por su estudio sistemático teniendo en cuenta los avances de la ciencia procesal moderna. De esta forma, analiza las diversas teorías para calificar su naturaleza jurídica, que se le consideraba como un recurso, como interdicto, como una institución netamente política, como proceso autónomo de impugnación, como instrumento de control constitucional, como una institución mixta, o como un cuasiproceso, concluyendo que en realidad se trata de un genuino y auténtico proceso jurisdiccional, apoyándose en las teorías publicistas, que se inician bajo la concepción del proceso como relación jurídica.

Asimismo se ocupa de los otros dos conceptos fundamentales de la disciplina procesal: la acción y la jurisdicción. En cuanto a la primera, una vez que estudia las diversas teorías sobre la materia, se adhiere a la concepción de "*la teoría de la acción como derecho o poder abstracto de obrar, no como simple posibilidad, sino como contrapartida del deber del Estado de prestar la actividad jurisdiccional, y por tanto, derecho subjetivo público paralelo al genérico de petición (artículo 8 de la Constitución Federal), contenido en el artículo 17 de la Ley Fundamental*".³² Con base en esta concepción, afirma que en

recho Público, vol. I, núm. 4, abril-junio de 1947, pp. 369-384; MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, "El indebido monopolio del Poder judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 15, julio-septiembre de 1942, pp. 243-253; CARRILLO FLORES, Antonio, *La defensa de los particulares frente a la administración*, México, 1939; GAXIOLA, F. Jorge, *Mariano Otero, creador del juicio de amparo*, México 1937; NORIEGA CANTÚ, Alfonso, "El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo", en *Jus*, México, núm. 50, septiembre de 1942, pp. 151-174.

³¹ Véanse, entre otros, BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa (sobre todo a partir de la 6a. ed.); LEÓN ORANTES, Romeo, *El juicio de amparo*, 3a. ed., Puebla, 1957; PALACIOS VARGAS, J. Ramón, *Instituciones de amparo*, Puebla, 1963; TRUEBA BARRERA, Jorge, *El juicio de amparo en materia de trabajo*, México, 1963.

³² Cfr. *El juicio de amparo*, op. cit., pp. 101 y 102.

realidad cuando se habla de la "acción de amparo", lo que se quiere decir es que se trata de la acción procesal genérica en la cual se formulan pretensiones relacionadas con el derecho de amparo, siguiendo el concepto de pretensión del destacado procesalista español Jaime GUASP, entendiendo como tal la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración;³³ negando, por consiguiente, que para la procedencia de la acción de amparo se requiera una violación de garantías, ya que dicho requisito es necesario para obtener una sentencia favorable, es decir, para que la pretensión del actor se considere fundada. Sostiene, por tanto, que el único presupuesto de la acción de amparo es la existencia de un litigio constitucional y sus únicos elementos son la capacidad de accionar, la instancia y la pretensión.³⁴ Por ello, para el ilustre maestro mexicano, lo que se han denominado presupuestos y causas de improcedencia de la acción de amparo, en realidad constituyen presupuestos o condiciones de una resolución sobre el fondo, o sea lo que Couture denomina *presupuestos para la validez del proceso*, y cuya falta determina, no la improcedencia de la acción, sino de la pretensión, motivando el sobreseimiento en el juicio de amparo.³⁵

En cuanto a la jurisdicción, Fix-Zamudio afirma que en México existe una verdadera jurisdicción constitucional, en virtud de que, por una parte, el proceso de amparo se hace valer exclusivamente en vía de acción y, por otra, porque la función jurisdiccional constitucional en esta materia se realiza en principio por los tribunales de la Federación (art. 103 de la Constitución federal), puesto que la intervención de los tribunales comunes en la reparación constitucional y en los casos en que se reclame la violación de ciertos derechos fundamentales concernientes a la libertad personal se realiza en auxilio de la justicia federal; es decir, los jueces locales no tienen la facultad de juzgar sobre la materia constitucional, sino en los casos en que actúan en apoyo de la jurisdicción de amparo, por lo que en realidad la salvaguardia jurisdiccional de la normativa constitucional a través

³³ Cfr., "Prólogo" a la obra de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. XXIII-XIV.

³⁴ Cfr. *El juicio de amparo*, op. cit., p. 102.

³⁵ Cfr. op. ult. cit., p. 103.

del amparo está encomendada por la propia Ley Fundamental a los jueces federales, sean de distrito, magistrados Colegiados de Circuito o ministros de la Suprema Corte.³⁶

De esta forma se advierte cómo Fix-Zamudio estudia el juicio de amparo, apoyado en la *trilogía estructural de la ciencia procesal* que señalaba Podetti³⁷ y aceptada por la doctrina moderna, iniciando, con ello, la etapa que él mismo denominó como *reivindicación procesal del amparo* y que ha seguido hasta la actualidad la doctrina mexicana, al margen de los importantes estudios clásicos y contemporáneos desde la perspectiva sustantiva o constitucional.

III. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS SECTORES QUE LA INTEGRAN

El derecho procesal constitucional representa una de las vertientes para lograr la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental. Por esa razón se estima indispensable, aunque sea de manera breve, referirnos al ensayo de clasificación que Fix-Zamudio ha realizado sobre la defensa de la Constitución en general y los dos sectores que la integran, que representa una sólida aportación para lograr la correcta comprensión de aquella disciplina; y que, incluso, difiere de la sistematización de algunos otros autores, como Jellinek o Duguit, o la que realizó el constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes, siguiendo en parte las ideas de aquéllos, al catalogar los medios de defensa constitucional en *preventivos, represivos y reparadores*.³⁸

³⁶ Cfr. *El juicio de amparo*, op. cit., pp. 104 y 105.

³⁷ *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963. CHIOVENDA advertía sobre estos tres conceptos fundamentales desde su famosa proclama leída en la Universidad de Bolonia en 1903: *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Valparaíso, Edeval, 1992.

³⁸ En cuanto a esta clasificación, véase REYES, Rodolfo, *La defensa constitucional. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*, Madrid, Espasa Calpe, 1934; así como las diversas clasificaciones contenidas en las clásicas obras de DUGUIT, León, *Soberanía y libertad*, trad. José G. Acuña, Buenos Aires, Tor, 1943; y JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos U., Madrid, L. G. de Victoriano Suárez, 1915; en realidad este último autor denominó a los instrumentos de defensa constitucionales como "garantías de derecho público", clasificándolas en sociales, políticas y jurídicas.

Si bien ha sido preocupación permanente de los pensadores políticos y de los juristas el análisis de la limitación del poder, para el investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, no fue sino hasta la cuarta década del siglo XX cuando se inició una sistematización para lograr la plena efectividad de la normativa constitucional, especialmente con la famosa polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el órgano protector de la Constitución y que motivó el inicio de una fructífera y abundante literatura sobre la materia que se mantiene hasta nuestros días. En síntesis, afirma que el concepto genérico de la defensa de la Constitución se desdobra en dos categorías fundamentales: a) *la protección de la Constitución*; y b) *las garantías constitucionales*.

a) *La protección de la Constitución* se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales e incluso de técnica jurídica incorporados a los textos fundamentales con la finalidad de limitar el poder y lograr el funcionamiento equilibrado de los poderes públicos. En el ordenamiento mexicano el instrumento político más significativo, aunque no es el único,³⁹ lo constituye la división de poderes, que deriva de las ideas clásicas de Locke y Montesquieu, reflejadas en los primeros ordenamientos constitucionales de Estados Unidos y de Francia; principio que para algunos constitucionalistas se encuentra en crisis y para otros, como el propio Fix-Zamudio siguiendo las ideas del ilustre constitucionalista español García Pelayo en su extraordinaria obra *Transformaciones del Estado contemporáneo*,⁴⁰ estima que en realidad la división clásica de los poderes no ha perdido vigencia, "sino que simplemente ha modificado

³⁹ Véanse las consideraciones que Fix-Zamudio realiza respecto a la participación de los grupos sociales y de los partidos políticos; la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado; así como de los principios jurídicos de la supremacía de la Constitución y el relativo al procedimiento dificultado de reforma constitucional, que tiene efectos esenciales sobre la eficacia de las disposiciones fundamentales. Cfr. su obra *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, pp. 30-54. Asimismo, su trabajo "Aproximación del examen de la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano", en *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, tomo III, Madrid, Universidad Complutense-UNAM, 2000, p. 951 y ss.

⁴⁰ Madrid, Alianza, 1977.

su sentido. Su función es la de contribuir a la racionalidad del Estado democrático, al introducir factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales, y de obligar a los grupos políticamente dominantes a adaptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, con la que se objetiva el ejercicio del poder".⁴¹ Este principio ha sido incorporado en los textos fundamentales de México, teniendo como modelo el régimen federal adoptado por la carta estadounidense de 1787,⁴² comprendiendo no sólo la clásica división horizontal que corresponde a la división de las funciones del poder político, sino también como división temporal que implica la duración limitada en la titularidad del ejercicio del poder, así como el principio de no reelección absoluta para el titular del Ejecutivo federal y de los gobernadores de los estados, o relativa para el periodo inmediato por lo que hace a diputados y senadores federales y a diputados locales y miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Asimismo, dentro de este sector de protección de la Constitución, destacan los principios jurídicos de la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma al texto fundamental, previstos en los artículos 133 y 135 de la actual Constitución de 1917.

b) *Las garantías constitucionales*, en cambio, comprenden aquellos instrumentos predominantemente procesales y establecidos generalmente en el propio texto fundamental, teniendo como finalidad la reintegración del orden constitucional cuando ha sido desconocido o violado por los órganos de poder, especialmente cuando los *medios de protección de la Constitución* referidos en el epígrafe anterior no han sido suficientes para evitar el quebranto de la norma superior. Es necesario destacar esta connotación contemporánea que a las garantías constitucionales le otorga el jurista mexicano, debido a que se puede prestar a confusión con la arraigada terminología de "garantías

⁴¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 28.

⁴² Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-103.

individuales" que la Constitución mexicana adopta para referirse a los derechos fundamentales. El estudio sistemático de las garantías constitucionales, en su significado moderno, es precisamente la materia de estudio del derecho procesal constitucional. En la Constitución mexicana fundamentalmente se prevén como garantías las siguientes, que han sido metodológicamente estudiadas por el profesor mexicano: a) el juicio de amparo (arts. 103 y 107); b) la controversia constitucional (art. 105-I); c) la acción de inconstitucionalidad (art. 105-II); d) la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia (art. 97, párrafos segundo y tercero); e) el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (art. 99, fracción V); f) el juicio de revisión constitucional electoral (art. 99, fracción IV); g) el juicio político (art. 110); y h) el procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos (art. 102-B).⁴³

El estudio de las garantías constitucionales cobra especial relevancia en México a partir de la reforma constitucional de 1997 y especialmente la de 1994, debido a que la Suprema Corte de Justicia materialmente realiza las funciones de un tribunal constitucional,⁴⁴ a pesar de conservar todavía algunas competencias de mera legalidad.⁴⁵ En esta línea se han dirigido desde hace décadas los estudios de Fix-Zamudio, al estudiar a nivel mundial la tendencia y necesidad de establecer magistraturas especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales) que conozcan de estos instrumentos.⁴⁶

⁴³ *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 67 y ss.

⁴⁴ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional", en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1987-1987*, México, Porrúa, 1987, pp. 345-390; "Las recientes reformas en materia de control constitucional en México. La Suprema Corte como tribunal constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 75, pp. 345-379; (con Jorge Carpizo y José Ramón Cossío), "La jurisdicción constitucional en México", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (coords.), Madrid, Dykinson, pp. 743-804.

⁴⁵ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Prólogo" al libro de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

⁴⁶ Entre sus múltiples trabajos sobre esta temática, véanse, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980; *La protección jurídica y procesal de*

IV. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Alcalá Zamora y Castillo, en su importante obra sobre el *Proceso, autocomposición y autodefensa*,⁴⁷ ha sostenido que Kelsen resulta ser el fundador del derecho procesal constitucional, criterio que ha defendido Fix-Zamudio, no obstante algunas dudas por cierto sector de la doctrina contemporánea.⁴⁸ A pesar de que esta aseveración la estimamos acertada en tanto se debe al ilustre jurista austriaco el comienzo del estudio sistemático de las garantías constitucionales y el establecimiento de una magistratura especializada para conocer de los litigios constitucionales, no debe soslayarse que en su primer estudio sobre "La garantía jurisdiccional de la Constitución",⁴⁹ publicado en 1928 (a partir del cual se considera iniciada esta disciplina), utiliza indistintamente las expresiones de "justicia" o "jurisdicción" constitucional, terminologías que han prevalecido en muchos países, sobre todo europeos, a lo largo del siglo XX.

La expresión específica de *derecho procesal constitucional*, sin embargo, ha sido utilizada por Couture en sus *Estudios de derecho procesal civil*,⁵⁰ por el propio Alcalá Zamora y Castillo,⁵¹ y de una manera sistemática por Fix-Zamudio desde sus primeros ensayos publicados en 1956 y que desarrolla a lo largo de las décadas siguientes hasta su reciente obra *Derecho constitucional mexicano y*

los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, Civitas, 1982; voz "tribunales constitucionales", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, 2000; "Los tribunales y salas constitucionales en América Latina", en *Revista de la Maestría en Derecho*, número especial, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, primavera de 1997, pp. 17-30.

⁴⁷ 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 215. La 1a. ed. es de 1947.

⁴⁸ Por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés ha sostenido que resultaría poco afortunado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería, ya que los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus*, así como el principio de supremacía constitucional, son anteriores; cfr. su obra, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, tomo I, p. 11 y ss.

⁴⁹ Existe traducción al español por Rolando Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", en *Anuario Jurídico I*, México, UNAM, 1974, pp. 471-515.

⁵⁰ La tercera parte del tomo I de esta obra se dedica a los "casos de derecho procesal constitucional", *op. cit.*, p. 194 y ss.

⁵¹ Cfr. *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 49.

comparado,⁵² explicando por qué utiliza esta denominación bajo la óptica del procesalismo científico, perfilando su contenido y delimitando su ámbito con respecto a otra disciplina estrechamente vinculada aunque con diverso contenido, que denomina *derecho constitucional procesal* y que será materia de análisis en el siguiente apartado.

Estimamos, por consiguiente, que si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture y Cappelletti han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado su sistematización científica específicamente con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956. Así, la expresión de "derecho procesal constitucional" se ha robustecido en las últimas décadas al aparecer publicaciones específicas con esa terminología en distintos países latinoamericanos y europeos, especialmente en Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, España, Nicaragua y Perú.⁵³

Para el ilustre maestro, no cabe duda sobre el encuadramiento de la ciencia del derecho procesal constitucional en el campo del dere-

⁵² (Con Salvador Valencia Carmona), 2a. ed., México, Porrúa, 2001.

⁵³ Además de los múltiples artículos sobre la materia, véanse las siguientes obras que utilizan específicamente esta denominación: FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), 2a. ed., *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001; de este mismo autor, *Derecho procesal constitucional* (con estudio preliminar de Gerardo ETO CRUZ), Trujillo, Marsol, 1998; REY CANTOR, Ernesto, *Derecho procesal constitucional, Derecho constitucional procesal, Derechos humanos procesales*, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001; de este mismo autor, *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional*, Belgrano, Universidad de Belgrano, tomo I, 1999; de este mismo autor, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995; ESCOBAR FORNOS, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999; GONÇALVES CORREIA, Marcus Orione, *Direito processual constitucional*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 4 tomos, 1995; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Juricentro, 1995; BENDA, Ernst, y KLEIN, Echart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991; PESTALOZZA, Christina, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª ed., Munich, C. H. Beck, 1991; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

cho procesal, ya que así como paulatinamente se ha logrado la independencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo, que se iniciara con los derechos procesal civil y penal, y posteriormente respecto a los derechos procesales administrativo, del trabajo, agrario, etc., también ha sucedido lo mismo con esta joven disciplina que ha alcanzado su autonomía respecto a la materia sustantiva constitucional.

De esta forma, afirma que el derecho procesal constitucional representa la rama más reciente de la ciencia procesal, que se encarga esencialmente del estudio sistemático de las garantías constitucionales en su sentido contemporáneo, es decir, esta disciplina comprende el análisis de aquellos instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.⁵⁴

En cuanto a su contenido, existen discrepancias entre los cultivadores de esta disciplina. Así, para Sagüés,⁵⁵ Gozaíni⁵⁶ y Bidart Campos,⁵⁷ aunque con ciertas variantes y matices, le otorgan un campo más extenso al abarcar en general a las instituciones procesales reguladas por las normas fundamentales, mientras que para Fix-Zamudio su ámbito se reduce estrictamente a las garantías constitucionales, dejando aquella parcela a la otra rama ya señalada, que denomina *derecho constitucional procesal*, distinción que han seguido y aceptado varios autores, como Rey Cantor⁵⁸ y Rodríguez Domínguez,⁵⁹ lo cual demuestra que a pesar de los avances hacia la consolidación de esta disciplina, todavía falta afianzarla en cuanto a su contenido y categorías fundamentales.

⁵⁴ Cfr., entre otras, sus obras: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1968, pp. 17-18; *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), *op. cit.*, pp. 218-220; *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, *op. cit.*, pp. 64-66.

⁵⁵ Cfr. *Recurso extraordinario*, *op. cit.*, tomo I, p. 8 y ss.

⁵⁶ Véase su obra *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, *op. cit.*, p. 77 y ss.

⁵⁷ Cfr. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 257 y ss.

⁵⁸ Cfr. *Introducción al derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 25 y ss.; y *Derecho procesal constitucional. Derecho constitucional procesal, Derechos humanos procesales*, *op. cit.*, p. 18 y ss.

⁵⁹ Cfr. *Derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 9 y ss.

Penetrando en el pensamiento de Mauro Cappelletti, el jurista mexicano desarrolla sus ideas al concebir el contenido del derecho procesal constitucional bajo una triple dimensión, precisando que en realidad esta clasificación resulta útil para efectos de su estudio aunque en la práctica se encuentran íntimamente relacionados:

- a) *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Expresión ampliamente difundida por el propio Cappelletti, debido a las traducciones de Fix-Zamudio,⁶⁰ comprendiendo el estudio de los instrumentos consagrados a nivel constitucional para tutelar los derechos humanos establecidos en la propia normativa constitucional o en los tratados internacionales sobre la materia. Con el afán de aportar una clasificación útil de los distintos y numerosos instrumentos previstos en las cartas fundamentales, el maestro mexicano los divide de acuerdo con las regiones en las cuales se han originado, especificando cinco sectores, a saber: a) Inglaterra y Estados Unidos (*habeas corpus* y *judicial review*); b) ordenamientos latinoamericanos (amparo); c) ordenamientos de Europa continental (recurso constitucional, muy cercano al recurso de amparo); d) países socialistas (Fiscalía o *Procuratura*); y e) origen escandinavo (*Ombudsman*).
- b) *Jurisdicción constitucional orgánica*. Se integra por aquellas garantías constitucionales dirigidas a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones y competencias de los diversos órganos de poder. En este sector debe ubicarse a las controversias constitucionales (conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del estado) y las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto) consagradas en el artículo 105 de la Constitución mexicana.
- c) *Jurisdicción constitucional trasnacional*. Constituye un sector novedoso derivado de los conflictos entre la aplicación de las disposiciones internas y las que pertenecen al ámbito internacional y comunitario, especialmente las relativas a los derechos humanos, creándose tribunales supranacionales que se

⁶⁰ Fundamentalmente a través de la traducción de la magnífica obra de Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961.

encargan de resolverlos. Con aguda visión, desde hace tiempo Cappelletti emprende su análisis, específicamente en el contexto europeo,⁶¹ constituyendo en la actualidad uno de los grandes desafíos para los constitucionalistas, procesalistas e internacionalistas, debido a los múltiples problemas y complejidad que suscita este nuevo tipo de jurisdicción. En el ámbito americano, destaca la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica (siendo Fix-Zamudio su presidente varios años),⁶² cobrando importancia en México, debido a su reciente reconocimiento de su jurisdicción y competencia en diciembre de 1998,⁶³ pudiendo sostenerse que este órgano en la actualidad realiza una verdadera función de intérprete constitucional,⁶⁴ a semejanza de la que realizan los tribunales, cortes y salas constitucionales en el ámbito interno, sólo que en aquel caso tomando como *lex superior* a la Convención Americana de los Derechos Humanos y a sus protocolos adicionales.

A tal extremo se afirma el nacimiento —en fase de formación— de una nueva disciplina jurídica denominada *derecho procesal transnacional*,⁶⁵ que a decir del maestro Fix-Zamudio “abarca el es-

⁶¹ Cfr., “Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVIII, núm. 110, mayo-agosto de 1978, pp. 337-366.

⁶² Cfr. VENTURA ROBLES, Manuel E., “Contribución del juez Héctor Fix-Zamudio a la evolución institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los años 1987-1997”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, op. cit., pp. LIII-LXVII.

⁶³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

⁶⁴ Sobre el tema, véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en *Derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 703-717.

⁶⁵ La conformación de esta nueva disciplina se encuentra en auge; véanse, entre otros, LANDONI SOSA, Ángel, “El proceso transnacional”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, vol. II, núm. 16, p. 11 y ss.; AGUIRRE GODOY, Mario, “El proceso transnacional”, en op. ult. cit., núm. 17, p. 33 y ss.; HITTERS, Juan Carlos, “Algo más sobre el proceso transnacional”, en *El derecho*, t. 162, p. 1020; GOZÁFNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al estudio al nuevo derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988. Esta nueva rama desde hace tiempo la hacía notar Niceto ALCALÁ ZAMORA, en su obra: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, op. cit., p. 42 y ss.

tudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos”,⁶⁶ por lo que puede decirse que en la formación de esta novel disciplina jurídica confluyen aspectos comunes del derecho procesal, constitucional e internacional.

A esta clasificación de Cappelletti y desarrollada ampliamente por Fix-Zamudio, estimamos que debe agregarse un cuarto sector, que implica una visión o perspectiva inversa de la jurisdicción constitucional transnacional, y que podríamos denominar *derecho procesal constitucional local*.

Esta nueva dimensión comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Si bien en ciertos países como Argentina⁶⁷ y Alemania ha tenido un desarrollo considerable, recientemente también en España, mediante la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, se ha introducido una nueva competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los *conflictos en defensa de la autonomía local*.⁶⁸

En Alemania, por ejemplo, se ha consagrado una doble jurisdicción constitucional (la desarrollada por el Tribunal Constitucional federal y la encomendada a los quince Tribunales Constitucionales de los *Länder*). Incluso, la Ley Fundamental alemana, en su artículo 99, prevé la posibilidad de ceder la jurisdicción local hacia la jurisdicción federal, es decir, para que conozca el Tribunal Constitucional federal de los litigios constitucionales derivados de la interpretación de la normativa constitucional local, como es el caso del *Land de Schleswig-Holstein*, que carece de una jurisdicción constitucional propia. En este caso, como lo señala Norbert Lösing,

⁶⁶ Véase la ponencia general de Héctor FIX-ZAMUDIO, presentada en el X Congreso Mundial de Derecho Procesal (Taormina, Italia, septiembre de 1995).

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El control de constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Revista argentina de derecho constitucional*, núm. 3, Buenos Aires, 2001.

⁶⁸ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Luis, y BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Los conflictos en defensa de la autonomía local: una nueva competencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2000, pp. 459-502.

“el parámetro de control del Tribunal Constitucional federal es la Constitución del *Land*”.⁶⁹

Actualmente, en México existe una tendencia a desarrollar esta temática, como se pone en evidencia con las reformas a la Constitución del estado de Veracruz (2000), que prevé una Sala Constitucional compuesta por tres magistrados dentro de la estructura orgánica del Tribunal Superior de Justicia, teniendo competencia para conocer (sea en la etapa de instrucción o de resolución) de varios procesos de control constitucional locales: juicio de protección de los derechos humanos por actos o normas de carácter general, acciones de inconstitucionalidad (control abstracto), controversias constitucionales (conflictos de atribuciones y de competencias entre órganos estatales) y acciones por omisión legislativa (que no se prevé a nivel federal).⁷⁰

Asimismo, el artículo 158 de la Constitución del estado de Coahuila expresamente se refiere a una “justicia constitucional local”, señalando que ésta tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito interior del estado, facultando al Tribunal Superior de Justicia para conocer de ellos, al constituirse como “Tribunal Constitucional Local”.

Además del caso de Coahuila (arts. 8o. y 158), esta tendencia se ve reflejada también en las constituciones locales de Chihuahua (art. 200), Estado de México (art. 61), y Tlaxcala (art. 81, fracc. V), que prevén distintos mecanismos de protección constitucional, lo que abre una ventana para el desarrollo del *derecho procesal constitucional local o estadual*, y surgen las interrogantes para establecer la debida articulación entre estos mecanismos y los consagrados a nivel federal.

Asimismo, este nuevo sector cobra vitalidad debido al reciente fallo de la Suprema Corte federal al resolver el 9 de mayo de 2002 la controversia constitucional 16/2000, en la que esencialmente se sostuvo que el juicio para la protección de derechos humanos cuya competencia se atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior

⁶⁹ Véase su trabajo “La doble jurisdicción constitucional en Alemania”, que aparecerá publicado en la 3a. ed. del colectivo *Derecho procesal constitucional* (Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord.), del Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*

⁷⁰ Cfr. “La nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz”, ponencia preparada para el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Peruano (Universidad de Piura, 8-10 agosto, 2002).

de Justicia del Estado de Veracruz, no invade las atribuciones de los tribunales de la federación, ya que sólo se limita a salvaguardar a la Constitución veracruzana, sin que se cuenten con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, además de que el instrumento local prevé la reparación del daño, característica ésta que difiere con el juicio de amparo federal. También se consideró que los artículos 39, 40 y 41, párrafo primero de la normativa suprema federal establecen las bases de la autonomía local, en tanto de ellos deriva el régimen de gobierno republicano federal, integrado por estados libres y soberanos en todo lo relativo al régimen interno, aunque unidos en un pacto federal; y que el pueblo ejerce su soberanía por lo que hace a dichos regímenes interiores, en los términos que dispongan las constituciones locales. Esta autonomía local, incluso, se prevé de manera directa en el artículo 116, fracción III, de la Constitución federal, que establece la posibilidad de que los poderes de los estados se organicen conforme a la Constitución de cada uno de ellos; y específicamente el Poder Judicial se ejercerá por los tribunales y mediante las reglas que señalen dichos ordenamientos locales.⁷¹

V. COUTURE Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL. SUS DISTINTOS SECTORES

El estudio de Eduardo Juan Couture sobre “Las garantías constitucionales del proceso civil” que aparece en 1946, y que luego reprodujera en sus *Fundamentos de derecho procesal civil*, abre una nueva dimensión en cuanto a la trascendencia constitucional de las instituciones procesales. El pensamiento del ilustre uruguayo influyó en notables juristas como Liebman,⁷² y particularmente en Fix-

⁷¹ Cuatro ministros formularon voto minoritario, sosteniendo la invalidez del precepto que regula el juicio para la protección de derechos humanos, considerando fundamentalmente que al coincidir el catálogo de los derechos humanos previstos en la Constitución veracruzana, con las garantías individuales establecidas en la Constitución federal, se duplican las instancias, siendo atribución exclusiva de los tribunales de la federación, a través del juicio de amparo, conocer de los actos o leyes que vulneren dichas garantías individuales, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución federal.

⁷² Véase su ensayo sobre “Derecho constitucional y proceso civil”, en *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, junio-julio de 1953, Montevideo, p. 121 y ss. (publicado en Italia con anterioridad en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1952, p. 327 y ss.).

Zamudio, en su obra *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*,⁷³ y en visualizar una nueva disciplina jurídica que denominó *derecho constitucional procesal*, que lo condujo a su estudio sistemático y a establecer su contenido, destacando al respecto su trabajo "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano".⁷⁴ Esta rama que estima pertenece al derecho constitucional, constituye una disciplina paralela y diferente del *derecho procesal constitucional* anteriormente analizada.

Si bien para el destacado constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, la distinción realizada entre ambas constituye un mero juego de palabras,⁷⁵ para el pensador mexicano resulta indispensable trazar sus límites, con la finalidad de precisar su contenido, estimando que el *derecho constitucional procesal* estudia las instituciones o categorías procesales establecidas por la Constitución, advirtiendo tres aspectos esenciales: a) *la jurisdicción*, no en su sentido procesal sino constitucional, es decir, como "la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial"⁷⁶ y b) *las garantías judiciales*, entendiendo como tales al conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, entre las que se encuentran: la estabilidad, la remuneración, la responsabilidad y la autoridad de los juzgadores; c) *las garantías de las partes*, que comprenden aquellas que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Así, la acción procesal y la defensa o debido proceso se han incorporado en los ordenamientos constitucionales como derechos fundamentales de la persona.

⁷³ México, UNAM, 1974.

⁷⁴ En su obra, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 1a. reimp., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

⁷⁵ Cfr. "Sobre la jurisdicción constitucional", en la obra colectiva *Sobre la jurisdicción constitucional*, comp. Aníbal QUIROGA LEÓN, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, p. 33 y ss.

⁷⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit., p. 220.

VI. OMBUDSMAN

Desde hace varias décadas el jurista mexicano tuvo la gran visión de proponer la creación y desarrollo en Latinoamérica de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, teniendo como paradigma al *ombudsman* escandinavo,⁷⁷ propuesta que en la actualidad se ha cristalizado al incorporarse progresivamente este instituto en varios países, como Argentina (1993),⁷⁸ Bolivia (1994), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Ecuador (1996), El Salvador (1991), Guatemala (1985), Honduras (1994), Nicaragua (1995), Paraguay (1992) y Perú (1993), que por sus particularidades ha conducido a la creación de un *ombudsman* criollo.⁷⁹ A decir del ilustre jurisconsulto esta tendencia se debió fundamentalmente a la creación del promotor de la justicia en Portugal (1976), y de manera muy particular, del defensor del pueblo español (1978), al reflejarse como modelo en los países de la región; influyendo entre los juristas latinoamericanos, asimismo, la doctrina española, especialmente los valiosos estudios comparativos que emprendieron Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, y Víctor Fairén Guillén.⁸⁰

Si bien en estricto sentido, podría pensarse que este instrumento no forma parte del *derecho procesal constitucional* debido a que no constituye un mecanismo de carácter procesal, lo cierto es que Fix-Zamudio lo ha incorporado dentro de esta nueva rama del derecho procesal, como ya se anticipó, "debido a su vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos. Además, si realizamos un examen comparativo de diversas ramas procesales, podemos obser-

⁷⁷ Cfr. "Posibilidades del Ombudsman en el derecho latinoamericano", en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 35-52. También reproducido en *Justicia constitucional, Ombudsman, y derechos humanos*, México, CNDH, 2001, pp. 403-422.

⁷⁸ Este instituto primero se incorporó a nivel local en distintas provincias: Córdoba, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, etc., y luego a nivel nacional (a través de un decreto presidencial en 1993 y finalmente en la reforma constitucional de 1994).

⁷⁹ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica", en su obra *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999, pp. 399-454; especialmente el apartado "El Ombudsman criollo", pp. 447-452.

⁸⁰ Cfr., *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit., pp. 458-459.

var que son varias las instituciones que no son rigurosamente jurisdiccionales, pero que se estudian como parte de dichas disciplinas y como ejemplos pueden citarse la jurisdicción voluntaria en el proceso civil y mercantil; la averiguación previa en el proceso penal, y el procedimiento administrativo en el proceso de esta materia".⁸¹

Los estudios del maestro Fix encaminados a difundir este instituto no sólo mediante la propuesta de su desarrollo en el ámbito latinoamericano, sino en general, emprendiendo su análisis a nivel comparativo (en países escandinavos, Nueva Zelanda, Reino Unido, Australia, Israel, Canadá, Estados Unidos, Europa continental, Francia, Portugal, España, etc.),⁸² fructificaron en México con los primeros organismos,⁸³ hasta la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante decreto presidencial (1990) y, posteriormente, mediante la reforma constitucional al artículo 102, apartado "B" (1992), configurándose uno de los sistemas autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de mayor amplitud, puesto que también fueron surgiendo organismos en cada entidad federativa, debido a ese mandato constitucional. Así se establece un sistema de doble grado, en tanto que la Comisión Nacional, además de conocer de las denuncias en única instancia de los actos presuntamente violatorios de los derechos humanos provenientes de las autoridades federales, se convierte en un órgano federal de alzada al conocer de las inconformidades (recursos de queja e impugnación)

⁸¹ *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, op. cit., pp. 125-126.

⁸² Entre sus múltiples trabajos, véase "Reflexiones comparativas sobre el ombudsman", en *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, op. cit., pp. 347-397.

⁸³ Con independencia de los antecedentes nacionales remotos, como la Procuraduría de Pobres del estado de San Luis Potosí (1847), entre los primeros organismos figuran: la Procuraduría Federal del Consumidor (1976), la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en Nuevo León (1978), el Procurador de Vecinos del ayuntamiento de Colima (1983), la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM (1985), la Procuraduría para la Defensa del Indígena del estado de Oaxaca (1986), la Procuraduría Social de la Montaña y de asuntos indígenas del estado de Guerrero (1987), la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes (1988), la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro (1988), y la Procuraduría Social del Distrito Federal (1989). Sobre estos antecedentes, op. cit., pp. 133-134, especialmente la nota 184; "Posibilidades del Ombudsman en el derecho constitucional latinoamericano", op. cit., p. 417 y ss; así como la obra de GIL RENDÓN, Raymundo, *El Ombudsman en el derecho constitucional comparado*, México, McGraw-Hill, 2002, p. 356 y ss.

por lo que hace a los actos u omisiones de las comisiones estatales y del Distrito Federal,⁸⁴ así como de la insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por estos órganos por parte de las autoridades locales.

Entre los aspectos concretos al estudiar esta figura, resaltan los estudios que el profesor mexicano realiza en cuanto a la responsabilidad económica de los servidores infractores, que estima ha sido descuidada por la legislación mexicana, ya que la preocupación del legislador se ha centrado en el resarcimiento de los daños y perjuicios por parte de los servidores públicos respecto de la misma administración, empero no en relación con los particulares afectados, por lo que propone realizar modificaciones a la ley, sirviendo de ejemplo el artículo 106, párrafo 2, de la Constitución española de 1978, que establece la posibilidad de que los particulares sean indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servidores públicos.⁸⁵

Asimismo, resulta relevante su propuesta para que en México se protejan los derechos o intereses difusos y colectivos a través de este instituto, ya que si bien la legislación no exige requisitos de interés directo, sería conveniente que se regulara expresamente la representación de esos derechos e intereses, para poder precisar su alcance y efectos, que todavía son inciertos.⁸⁶ Esa protección también la propone para el juicio de amparo, que incluso ya se incorporó en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, como veremos más adelante.

VII. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

A pesar de que los principios y efectos prácticos de la interpretación constitucional comenzaron a desarrollarse en países latinoamericana-

⁸⁴ En cuanto al organismo del Distrito Federal, véase el trabajo de FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996.

⁸⁵ En general, véase su trabajo "El Ombudsman y la responsabilidad de los servidores públicos", en *Protección jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pp. 399-412.

⁸⁶ Cfr. "El papel del Ombudsman en la protección de los intereses difusos", en *Justicia constitucional, Ombudsman, y derechos humanos*, op. cit., pp. 423-443.

nos a principios de la segunda mitad del siglo XX,⁸⁷ en México no fue sino hasta el año de 1965 cuando aparece publicado el primer trabajo acucioso bajo la pluma de Fix-Zamudio con el título de "El juez ante la norma constitucional",⁸⁸ en el que advierte la importancia de la interpretación constitucional, pues si bien participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica, "posee aspectos peculiares que le otorgan una autonomía tanto dogmática como de carácter práctico, ya que resulta, en términos generales, más difícil y complicado captar el pleno sentido de una norma fundamental, que desentraña el significado de un precepto ordinario, por lo que se ha transformado en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que en la actualidad impera el sistema de acuerdo con el cual son los jueces ordinarios (en el ordenamiento llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el llamado régimen concentrado o de tribunales especiales) los capacitados, por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas".⁸⁹

Con posterioridad, el autor mexicano retoma el tema en el *VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970),⁹⁰

⁸⁷ Especialmente en Argentina: LINARES QUINTANA, Segundo V., "La interpretación constitucional", en su obra *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo II, Buenos Aires, 1953, pp. 468-495; LINARES, Juan Francisco, "Control de la constitucionalidad mediante interpretación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18-abril-1961, pp. 1-3; y ROMEO, César Enrique, "La Corte Suprema y la interpretación constitucional", en *La Ley*, Buenos Aires, 22-junio-1963, pp. 1-5.

⁸⁸ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1956, pp. 25-79 (reproducido recientemente en *Justicia constitucional, Ombudsman, y derechos humanos*, op. cit., p. 61). Con anterioridad sólo se publicó un brevísimo trabajo de GONZÁLEZ FLORES, Enrique, "La interpretación constitucional", en *Lecturas Jurídicas*, núm. 12, Chihuahua, julio-septiembre de 1962, pp. 35-42.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 58.

⁹⁰ "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Comunicaciones al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1971, pp. 271-309. Este trabajo fue publicado un año antes con el mismo título en la *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, tomo XXI, núm. 4, octubre-diciembre de 1970, pp. 5-63. Con posterioridad se publicó en inglés: "Some aspects of constitutional interpretation in México's system", en *Comparative Juridical Review*, Coral Gables, Florida, 1974.

comenzando a tener mayor repercusión a partir del *I Congreso Mexicano de Derecho Constitucional* (celebrado en la ciudad de Guadalajara, 5-10 de noviembre de 1973), al presentar una ponencia general conjunta con su discípulo Jorge Carpizo.⁹¹ De este último Congreso apareció una obra con esta denominación en el que se recogen, además, los trabajos de Grant, Limón Rojas, Pérez Carrillo, Quiroga Lavié, y Tamayo y Salmorán.⁹²

A partir de entonces Fix-Zamudio continuó con la divulgación de esta disciplina,⁹³ cobrando mayor importancia la interpretación constitucional de naturaleza judicial, que como bien señala tiene como característica el carácter progresivo y no simplemente conservador de las normas fundamentales, ya que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios y en su evolución, especialmente en la actualidad, que los que pueden introducirse en los preceptos de carácter constitucional los que poseen una pretensión de estabilidad, en tanto que únicamente pueden modificarse por un procedimiento más complejo que el de las disposiciones legales ordinarias. Esta función cobra especial importancia en los últimos años en México debido a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional a partir de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, al conocer además del centenario juicio de amparo en última instancia, también de las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto) y de las controversias constitucionales (conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del estado), teniendo sus resoluciones efectos generales para el futuro en algunos supuestos. Así, fundamentalmente a través de las controversias constitucionales se desarrolla la tendencia de la *judicialización de las cuestiones políticas*, que tiene una

⁹¹ "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano". Este trabajo se divide en dos partes: la primera elaborada por Fix-Zamudio y la segunda por Jorge Carpizo.

⁹² Todos los trabajos aparecen en *Interpretación constitucional*, México, UNAM-III, 1975.

⁹³ Especialmente a través de sus trabajos: "Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional", en *La jurisdicción constitucional*, San José, Costa Rica, Ed. Juricentro, 1993; "La interpretación constitucional", en su obra (con Salvador Carmona Valencia), *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit., pp. 137-167; y recientemente "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", que aparecerá publicada en la 3a. ed. del colectivo *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2002 (en prensa).

importante realización por conducto de la interpretación constitucional, como lo pone en evidencia el profesor mexicano.⁹⁴

Si bien todavía no existe una abundante literatura sobre la interpretación constitucional, paulatinamente se han publicado en México trabajos sobre esta materia tanto por autores mexicanos como extranjeros.⁹⁵

VIII. EL PROYECTO DE LA NUEVA LEY DE AMPARO

Recientemente el pensamiento preclaro de Fix-Zamudio influyó en el proyecto de nueva *Ley de Amparo* —que hasta la fecha no se aprueba— al participar en la Comisión de Análisis (1999-2001) designada por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dicha finalidad.⁹⁶

Desde sus primeros trabajos el querido maestro señala que en realidad el amparo mexicano comprende cinco procesos distintos, que

⁹⁴ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La justicia constitucional y la judicialización de la política", en *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho constitucional comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 557-591.

⁹⁵ Cfr., entre otros, GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2a. ed., México, Porrúa, 2000; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-CNDH, 1996; ARTEAGA NAVA, Elisur, "Interpretación constitucional", en su obra *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1998, pp. 39-81; COSSÍO, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, 1998; RAIGOSO, Luis, "Régimen político e interpretación constitucional", en *Este País*, núm. 60, marzo de 1996, pp. 32-41; así como los múltiples trabajos que aparecen en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2001 (Josep Aguiló, Manuel Atienza, José Ramón Cossío, Carlos de Silva, Francisco Javier Ezquiaga, Roberto Gargarella, Manuel González Oropeza, Ricardo Guastini, Luis Raigosa, Joseph Raz, Ulises Schmill y Rolando Tamayo y Salmorán).

⁹⁶ El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación instaló el 17 de noviembre de 1999 la Comisión de Análisis de Propuestas para una nueva Ley de Amparo (integrada por dos ministros de dicha Corte, dos magistrados de circuito, dos abogados postulantes y dos académicos). La Comisión, después de recibir a nivel nacional las propuestas, entregó un primer proyecto el 29 de agosto de 2000, el cual se discutió en un Congreso Nacional de Juristas del 6 al 8 de noviembre de ese mismo año en la ciudad de Mérida, Yucatán. Con las observaciones recibidas en el Congreso, la Comisión entregó al pleno de la Suprema Corte el proyecto el 1 de marzo del año 2001. Una vez revisado por el pleno de dicho alto tribunal, el 30 de abril siguiente se entregó el anteproyecto definitivo a las instancias que tienen la facultad de iniciativa de ley conforme al artículo 71 constitucional.

en otros países se prevén de manera autónoma: a) la protección de la libertad e integridad personal por medio del *habeas corpus*; b) la impugnación de la inconstitucionalidad de leyes; c) el amparo contra resoluciones judiciales o "amparo casación"; d) el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal o local; y e) el amparo en materia social agraria. Así, sostiene que debería la nueva legislación prever distintos tipos de procedimiento, con el objeto de lograr una mejor tutela de los derechos que cada uno de ellos tienen encomendada, empero concentrando en una parte común los lineamientos generales del procedimiento.⁹⁷ Sin embargo, esta propuesta no se aprobó.⁹⁸

En cambio, entre los novedosos aspectos que contiene el proyecto destacan cuatro que han sido divulgados y propuestos por él desde hace tiempo, y que se prevén en otros ordenamientos iberoamericanos:

- a) La ampliación del ámbito de protección del juicio de amparo no sólo a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, sino a "los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado" (art. 1o.). Lo anterior deriva lo que se ha denominado el bloque de la constitucionalidad, lo que daría una nueva jerarquía normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento mexicano, tendencia que han seguido varios países latinoamericanos.⁹⁹

⁹⁷ En cuanto a esta interesante propuesta, véanse sus trabajos "Hacia una nueva ley de amparo", en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 287-338, en pp. 312 y ss.; y "Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano", en su obra, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 727-793, especialmente p. 776 y ss.

⁹⁸ Resulta ilustrativa la tesis doctoral de ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, "Hacia una nueva Ley de Amparo", México, III, 2002 (en prensa), que analiza los diversos temas y etapas en la discusión de esta ley.

⁹⁹ Cfr. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit., pp. 486-490; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayo en honor de Tomas Buergenthal*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, p. 159 y ss.; en general sobre esta temática, véase AYALA CORAO, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a dere-

- b) La incorporación del "interés legítimo", que rompe con el tradicional "interés jurídico" y abre las ventanas de la protección de los denominados intereses o derechos difusos o transpersonales. Señala que en México se ha avanzado muy poco en esta materia, si se tiene en cuenta las modificaciones que en los últimos años han sufrido los textos constitucionales y legales de varios países latinoamericanos.¹⁰⁰
- c) Introducción de la declaración general de inconstitucionalidad, propuesta que realizó desde el *Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, celebrado en la ciudad de México en 1975, quedando reflejada en la conclusión quinta: "La realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos debe superar el principio adoptado por razones históricas, de la desaplicación concreta de la ley, para consignar en la *declaratoria general de inconstitucionalidad*, tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle una verdadera eficacia práctica".

Afirma el pensador mexicano que en la actualidad la desaplicación de las disposiciones legislativas en el caso concreto y sólo en relación con las partes, "viola el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley que es uno de los valores básicos en un régimen democrático, en cuanto dichos efectos particulares implican que, frente a una ley constitucional, únicamente las personas que cuentan con recursos económicos para obtener el asesoramiento de abogados expertos están excluidos de la obligación de cumplirla en caso de haber obtenido un fallo favorable al haber figurado como partes en los propios juicios de amparo. En tanto que un número generalmente mucho mayor de personas las que, por su limitación de recursos económicos y por su inadecuada preparación cultural no han contado con ese asesoramiento, deben acatar las disposiciones legales contrarias a los preceptos fundamenta-

chos humanos y sus consecuencias", ponencia presentada en el *VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, San Cristóbal, Táchira, noviembre de 2001.

¹⁰⁰ Cfr. "Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano", *op. cit.*, pp. 778-781; y *El poder judicial en el ordenamiento mexicano* (con José Ramón Cossío), México, FCE, 1996, p. 40 y ss.

les".¹⁰¹ Sin embargo, estima que su introducción debería ser paulatina, de manera que en una primera etapa sólo operara cuando la Suprema Corte estableciera jurisprudencia obligatoria, y así, tal como lo reflexionó desde hace tiempo, quedó incorporado en el proyecto de ley.

- d) Incorporación de la interpretación conforme de la constitucionalidad de normas generales, que surgió en la legislación y jurisprudencia alemana, y que actualmente siguen varios tribunales constitucionales latinoamericanos. Si bien este instrumento lo practican los juzgadores constitucionales, en ocasiones no lo realizan de manera consciente, por lo que precisa introducirla de manera expresa en la legislación. Así se salvaría la constitucionalidad de la norma impugnada mediante la interpretación que al respecto realizara la Suprema Corte de Justicia.¹⁰² Éstos son sólo algunos de los múltiples aspectos que el procesalista y constitucionalista mexicano señaló desde hace tiempo y que recogió recientemente el proyecto de la nueva Ley de Amparo, que esperamos sea aprobada en breve lapso.

IX. REFLEXIÓN FINAL

Como se advierte de todo lo anterior, el ilustre investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha tenido el gran acierto de acercar el procesalismo científico al derecho constitucional, realizando aportaciones muy significativas dirigidas a la sistematización del *derecho procesal constitucional* y a lograr su plena autonomía, como ha sucedido con respecto a otras ramas procesales; retomando el alma y los ideales de aquellos maestros inmortales que en vida llevaron los nombres de Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture, Mauro Cappelletti y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

La contribución del doctor Héctor Fix-Zamudio al estudio de la magistratura especializada para conocer y resolver los distintos pro-

¹⁰¹ "Ochenta años de evolución constitucional...", *op. cit.*, pp. 789-780.

¹⁰² Cfr. "La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155.

cesos y procedimientos constitucionales, al análisis de los mismos y de los métodos de interpretación que esos órganos realizan, a la valoración de la conveniencia y desarrollo del *ombudsman*, a su preocupación perenne en el perfeccionamiento del derecho de amparo y, en general, a su vocación inmensurable por el estudio de la defensa de la constitución, de los derechos humanos, y de las instituciones procesales, lo convierte en uno de los grandes pensadores de la segunda mitad del siglo XX, continuando sus frutos y su incansable labor en los albores del nuevo milenio.

Por último, deseo tomar las mismas palabras con las que el ilustre y querido profesor mexicano culmina su primer trabajo de 1956 dedicado a la aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional, para agradecer ahora a él sus enseñanzas incomparables, y como homenaje a su lucha denodada y valiente por la libertad, están dedicadas estas breves y superficiales líneas, por quien se considera como uno de sus discípulos y admiradores.

LA SENTENCIA DE LA LEY ROBLES SOBRE EL ABORTO: ¿UNA FLAGRANTE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA CONSTITUCIÓN?

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *La ley, ¿indiferente a los valores morales?* II. *Existencia del derecho natural.* III. *El nasciturus (no nacido) y su status jurídico.* IV. *La sentencia de la Suprema Corte en relación con la Ley Robles sobre el aborto.* V. *Conclusiones.*

I. LA LEY, ¿INDIFERENTE A LOS VALORES MORALES?

Aunque algunos autores, como Kelsen, propugnan por un derecho "técnico", vacío de contenidos éticos, la práctica demuestra lo contrario: no se puede asumir una posición frente al derecho, sin que ello tenga repercusiones para el contenido del mismo. El que afirma que el derecho es un vaso vacío, suele llenarlo de un contenido antiético. De ahí que sea importante, antes de analizar la Ley Robles y la sentencia de la Corte, tomar en cuenta lo aquí expuesto.

El derecho positivo humano encierra en su seno la aspiración de alcanzar algunos valores. Las diversas ideologías —que tienen su reflejo en los diversos modos de organizar la vida social— dan los criterios inspiradores de las normas civiles; criterios que representan el norte o idea moral a que se dirige el derecho positivo. (...)

No es cierto, como algunos han afirmado, que las leyes civiles puedan ser normas "libres de valores". Es ésta una afirmación engañosa con la que se ha procurado, de modo cauteloso, la reforma de

las leyes civiles para obtener, sin producir alarma, un recambio de los valores en que las normas se inspiran. Afirmación engañosa porque —la experiencia lo confirma— en derecho la técnica no existe en estado puro.

El permisivismo constituye hoy, sin duda, la ideología más influyente del mundo occidental. La crisis que padece nuestra época es una crisis moral que ha influido eficazmente en las leyes, comunicándoles la inspiración ética del permisivismo.¹

El positivismo jurídico atribuye a la ley humana la competencia exclusiva para determinar lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. Por este camino, llegan a identificarse legalidad y moralidad, la pretensión de que todo lo legal se convierta en bueno, en lícito en el orden jurídico y en el orden moral.²

II. EXISTENCIA DEL DERECHO NATURAL

Esta es una cuestión que debe ser abordada a profundidad para un análisis de la Ley Robles sobre el aborto, ya que si, aunque la ley hubiese sido, siguiendo consideraciones de los comentarios anteriores, legal, habría que analizar si forma parte del orden moral y del orden jurídico, que incluye al natural —como trataremos de demostrar— y al positivo.

Si la historia de la ciencia jurídica enseña algo es, en palabras de Javier Hervada, la constante permanencia en ella, de la existencia del derecho natural. Como es hasta la irrupción del positivismo en que aquel se pone en duda, es necesario fundamentar su existencia:

- a) La nota esencial de la persona reside en que es un ser dueño de sí. La perfección entitativa de la persona es tan alta, es ser con tal intensidad, que domina su propio ser. La nota distintiva de la persona es la posesión de su ser y la incapacidad ontológica de ser pertenencia ajena. Por lo tanto, todos los bienes inherentes a su propio ser son objeto de su dominio, son suyos en el

¹ DE FUENMAYOR, Amadeo, *Legalidad, moralidad y cambio social*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1981, pp. 11 y 12.

² *Ibidem*, p. 13.

sentido más propio y estricto. (...) Se trata de *derechos naturales del hombre en el sentido más riguroso y estricto de la palabra*.³

- b) De lo dicho se desprende claramente que la negación de los derechos naturales sólo puede fundarse en negar al hombre el carácter de persona —cosa que no creo que fue la intención de los Ministros—. De tal manera la noción de persona —al implicar esencialmente el dominio del propio ser— conlleva, con respecto a los demás, el derecho sobre los bienes propios de su naturaleza, que la negación de los derechos naturales únicamente puede sostenerse negando al hombre su carácter de persona, aunque muchas veces se utilice la palabra persona, que queda vacía de contenido específico.⁴

- c) Además, el positivismo entraña una aporía insalvable. Según esta corriente, los derechos positivos son los verdaderos y propios derechos. Ahora bien, para que el hombre tenga verdaderos derechos es necesario que posea la capacidad ontológica de ser sujeto de derecho. Si su ser, su naturaleza no fuese capaz de derechos, la concesión por la ley positiva no sería otra cosa que una ilusión. Pues, en efecto, nada puede hacer o recibir un ser para lo cual no esté ontológicamente capacitado. El oído no puede ver ni el ojo oír; el hombre no puede vivir en un medio acuoso ni el pez en un medio aéreo. Luego, por lo menos, el derecho positivo exige, para existir como verdadero derecho, que el hombre esté naturalmente —ontológicamente— capacitado para poseerlo.

Ningún hecho cultural puede existir ni inventarse sino sobre la base de un dato natural. Los distintos idiomas, por ejemplo, son hechos culturales pero se asientan en la capacidad de hablar. La razón de esto es la imposibilidad de tener o hacer alguna cosa que no corresponda a una potencia del ser. Sería imposible que la ley positiva otorgase un derecho, si la juridicidad —el derecho en sí— no fuese un dato natural. El legislador da leyes, porque el hombre está capacitado naturalmente para recibirlas. (...)

³ HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Ed. Minos, 3a. ed., México, 1997, p. 83.

⁴ *Ibidem*, p. 85.

La capacidad para tener verdaderos derechos postula *la condición ontológica de persona, pues únicamente una persona dueña de sí es capaz de tener un dominio sobre algo, sea interior o exterior a él.* Pero si sólo la persona tiene capacidad para ser sujeto de derecho, y un derecho positivo es un propio y verdadero derecho, resulta que el hombre es propia y verdaderamente persona. Mas la persona, como es dueña de sí, es *naturalmente titular de unos derechos, al menos de aquellos que constituyen bienes inherentes a su propio ser; la persona es titular de derechos naturales.*⁵

III. EL NASCITURUS (NO NACIDO) Y SU STATUS JURÍDICO

El derecho a la vida del no nacido, se basa precisamente en que la persona humana comienza desde el momento mismo de la concepción, ya que vivir en el seno materno es un mero accidente transitorio. Esto viene avalado como una realidad biológica y existencial y está establecido y fuera de toda duda por las modernas investigaciones científicas, que han venido a confirmar lo anterior.

Aceptar el hecho de que tras la concepción un nuevo ser humano ha empezado a vivir, no es cuestión de gusto o de opinión. La naturaleza humana de ese ser es, desde su concepción a la vejez, no una disputa metafísica. Es una palmaria evidencia experimental (Lejeune, Jerome).⁶

La célula humana consta de 46 cromosomas que forman 23 cromosomas masculinos, el espermatozoide, y 23 femeninos; por tanto, desde el mismo instante de la fertilización del óvulo, lo que llamamos concepción, esta célula es un ser humano; nunca antes en el mundo existió ni existirá jamás un ser idéntico a éste; es único y contiene dentro de sí mismo un código genético completamente programado y activamente se moverá hacia una existencia humana adulta. Tiene, bajo cualquier norma, una vida propia y de ninguna manera es parte del padre o de la madre; a este óvulo fecundado que se le llamará embrión, cigoto, feto y bebé, nada le

⁵ *Ibidem*, pp. 86 y 87.

⁶ Citado por PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, Ed. Panorama, 2a ed., México, 1998, p. 79.

será añadido desde el momento de la concepción, excepto tiempo, nutrición y oxígeno; todo está ahí en su totalidad; simplemente no se ha desarrollado.⁷

Ricardo Yepes sostenía que un ser que fuera capaz de conocer y amar en el futuro era porque ya ahora —desde la concepción— nos encontrábamos ante un ser humano.

Este ser está vivo, pues posee todas las características de la vida humana, puede reponer sus propias células y desarrolladas dentro de un plan específico de funcionamiento y maduración.

Es un ser humano, único en el Universo, completamente distinto de cualquier otro organismo viviente, sus características son completamente humanas y podrá desarrollarse y convertirse en adulto.

Es un ser completo, ya que nada nuevo se le añade después de la unión del óvulo con el espermatozoide. Tiene un alma inmortal.⁸

El derecho a la vida del no nacido, ha sido un asunto que se ha llevado a la polémica pública, en los últimos años en relación con las posibles modificaciones propuestas por algunos legisladores con objeto de modificar las leyes y quitar penas al delito de aborto, o en ocasiones autorizarlo.

Un primer grupo de argumentos señala que el feto es parte del cuerpo de la madre. Sin embargo, la vida del feto es independiente de la vida de la madre, lo cual viene confirmado por las leyes genéticas. Hoy, gracias a la inmunología, se sabe con absoluta certeza que el feto no es parte del cuerpo de la madre. Los glóbulos blancos de la sangre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo. Cuando el feto se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar al intruso, pero naturalmente, el feto está dotado de un método de defensa frente a esa reacción. (...)

Un segundo grupo de argumentos a favor del aborto consideran que puede autorizarse, en el caso de hijos no deseados, y especialmente en los casos de violación. En estos casos se argumenta que va a ser mejor para la madre, que no quiere tener ese hijo, y para el hijo

⁷ HERRASTI, Alicia, Sociedad E.V.C., 10a. ed., México, 1977, p. 2.

⁸ *Ibidem*, p. 3.

que nacerá en un hogar mal constituido, y por lo tanto será un infeliz o un desadaptado durante su vida. (...)

Se llega al caso de tratar de justificar el aborto por situaciones psicológicamente angustiosas, subjetivas. En ningún caso el embarazo no deseado, sea consecuencia de una violación o por cualquier otra causa, se justifica para quitar la vida al feto. "La culpa del violador significa la pena de muerte del concebido a causa de una violación. La pena más grande se impone a un ser inocente. En el fondo se ponen bienes secundarios de la madre por encima del bien primario de la vida de un niño. (...)

Otro grupo de argumentos tratan de indicar que para proteger al no nacido, debe ser suprimido cuando se conocen malformaciones congénitas que lo harán infeliz toda su vida. Además de que la ciencia médica no es infalible, y no se puede hablar de la irreversibilidad de malformaciones congénitas, aun cuando llegaren a comprobarse, tampoco justifican el aborto. Porque si el niño va a nacer con malformaciones y si esto justificara, con mucha mayor razón deberíamos suprimir la vida de otros muchos inútiles ya nacidos, que inclusive pueden ser una carga para la sociedad. Esta causa supone una concepción materialista de la vida. (...)

El aborto terapéutico es otro de los argumentos aducidos a favor del aborto. A ello hay que señalar, junto con la Academia Española de Ciencias Morales y Políticas, que cada vez es más difícil que se dé la situación, por los avances de la medicina, pero si se llegare a dar, hay que intentar salvar las dos vidas. (...)

Otro argumento es afirmar que se trata de un mal, pero que existe, y que es mejor controlarlo en clínicas higiénicas que en hospitales que no reúnen las condiciones sanitarias. A ello hay que señalar que la mejor forma de garantizar la salud de la madre es la prolongación del proceso hasta su terminación.

Con frecuencia se argumenta que la despenalización del aborto no es su autorización. Sobre esto no hay que engañarnos: despenalizar equivale a legalizar. El hombre nace libre, y todo lo que no le está prohibido está permitido. Así como la autoridad debe actuar dentro del marco legal, el particular puede lícitamente hacer todo lo que la ley no le prohíba.⁹

⁹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *op. cit.*, pp. 79 a 85.

El aborto va contra el mandamiento natural de no matar y respetar la vida desde el momento de la concepción.¹⁰

IV. LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE EN RELACIÓN CON LA LEY ROBLES SOBRE EL ABORTO

A continuación vamos a transcribir los extractos de la sentencia de la Corte a una Controversia Constitucional de hace unos meses, donde toma partido en pro del aborto, si bien de una forma camuflada, al señalar que existen "causas eximentes de responsabilidad". Transcrita la tesis, realizaremos el comentario relativo:

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. Del análisis de lo previsto en el citado numeral, se desprende que en su fracción III se contempla una disposición totalmente ajena al principio de certeza jurídica en materia penal, consistente en la prohibición de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, toda vez que lo único que determina es que, cuando se reúnan los requisitos ahí especificados, no se impondrá la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto, por lo que es claro que no transgrede dicho principio.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VIII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: El enfoque de esta tesis chupa de su más pura fuente kelseniana, incapaz de ver, tras la excusa absolutoria, el delito de que se trata, cuando además, esa excusa absolutoria rompe con las razones por las

¹⁰ GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Introducción a la ética social*, Ed. Riapl, 4a. ed., Madrid, 1990, p. 94.

cuales se otorgan, que es cuando se afecta la voluntariedad del delincuente, cuando en este caso, el delito se comete voluntariamente, razón por la cual estimamos que no se le debe denominar excusa absolutoria y menos absolver del delito en cuestión, ya que si se analiza sistemáticamente con la Constitución y el Código Civil se puede hablar de un reconocimiento del derecho a la vida del nasciturus.

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva (aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan los requisitos consignados en aquella fracción, las sanciones previstas en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número *IX/2002*, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: Esta causal se contradice a sí misma, pues aboga por la protección del producto desde la concepción, y por otra, permite que se le prive de la vida al feto, no por las condiciones del feto, sino de la madre, pero el efecto, a final de cuentas es el mismo: la privación de la vida del feto. Esto atenta contra el art. 4 constitucional, que señala la protección de la familia, ya que, si los hijos constituyen un bien para la familia, con el aborto se facilita su eliminación, por lo que la referencia a dicho artículo es incorrecta.

ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para

diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número *10/2002*, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: La redacción de este infame artículo, además de imprecisa, incurre en una contradicción: su *ratio legis* es proteger al nasciturus y en razón de que el nasciturus viene frágil, se justifica su eliminación. Como dijimos antes, si se justifica este actuar, entonces toda persona cuya vida esté en peligro, a juicio de dos médicos, debería ser eliminada.

Olvida la ejecutoria el carácter de persona del nasciturus: no depende de condiciones de la madre o de circunstancias accidentales —malformaciones genéticas, por ejemplo— el reconocimiento de su derecho a la vida.

ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de

aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: I) Dos médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) Que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) Que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales y c) Que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél. 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada. 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable. 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. 5) Que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos, la autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este Alto Tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: El consentimiento de la mujer embarazada es indiferente para decidir la suerte del producto, ya que no nos encontramos frente a jus-

ticia conmutativa, que depende de la convención humana; como ya señalamos debidamente, el producto es algo diferenciado —demostrado por la medicina—, por lo cual la mujer no tiene dominio sobre otro ser.

La opinión de dos médicos no es suficiente garantía para asegurar el estado de la mujer. Además, los aspectos sobre los que resuelven son accidentales, frente a la sustancia, que es la persona, es decir, el embrión, que merece protección legal.

Por último, no es congruente que el feto que presente malformaciones o enfermedades o que esté en peligro y que se le mate por eso, cuando como en la medicina, cuando se tratan enfermos, hay que extremar el cuidado del mismo y poner los medios para obtener la curación.

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien

con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: Hay una absoluta contradicción entre el reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción que se hace en virtud de leyes y tratados internacionales, con la posterior decisión de la constitucionalidad de la Ley Robles.

Si es ser humano desde la concepción, ésta debe ser protegida como hace el Código Civil (al darles el derecho de heredar o de recibir donaciones condicionado a que nazca vivo y viable) o el Código Penal al proscribir el delito de aborto. Sin embargo, este último ordenamiento es incongruente, pues establece algunas excepciones —“excusas absolutorias” las llama— que no se avienen con el reconocimiento de tutela jurídica desde el momento de la concepción.

DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente,

te, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discrepó el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 13/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: Nuevamente la incongruencia de nuestro máximo Tribunal, que si en otros casos —p. ej., en materia fiscal— ha sido valiente, cuando se trata de la defensa de la vida, el bien jurídico fundamental, ha agachado la cabeza, no sabemos si por presión de las minorías, grupos feministas, etc., o por pretender ser un “tribunal de avanzada” (con lo que regresa a ser un tribunal especial, que solamente protege a determinada clase de sujetos, pero no a los no nacidos). Repetimos la tristeza que frente a la posibilidad de que la Suprema Corte reafirmara el valor de la vida humana desde el momento de la concepción, haya doblado las manos por presión, transigencia, falta de ideal. Y como decía cierto autor, una persona que transige con su honra o su ideal, es un hombre sin honra y sin ideal, que podemos trasladar a que un

Tribunal que cede en cuestiones de ideal (la vida humana desde la concepción) es un Tribunal sin ideal, cosa peligrosa en tratándose del Tercer Poder Federal y la "conciencia de la sociedad" (misma que parece haberla perdido).

EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpa desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpa, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El *Tribunal Pleno*, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 11/2002, la *tesis jurisprudencial* que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

COMENTARIO: Esta tesis se inclina por el error que señalamos en que algunos consideran que despenalizar no supone legalizar. Si se configura el delito de aborto, debiera penalizarse, pues reúne los requisitos para considerarse como excusa absolutoria, ya que si analizamos éstas hay motivos de voluntariedad, mientras en este caso hay voluntariedad plena de la madre que debiera ser sancionada.

Además, como ya señalamos, el individuo puede hacer todo aquello que no le prohíbe la ley, y si el Código Penal quita la sanción a determinado delito, está legalizando y facilitando que otras muchas personas realicen esa conducta. Craso error de nuestro máximo Tribunal que debe corregirse con modificaciones legislativas al Código Penal del Distrito Federal.

V. CONCLUSIONES

La vida humana, como se ha visto, empieza desde el momento de la concepción. Y ello por derecho natural, que no depende de convenciones entre los hombres o de decisiones del legislador. Y esto está reconocido por la legislación mexicana sobre la materia.

La decisión sobre la constitucionalidad de la llamada Ley Robles —ampliación de los casos del aborto— es incongruente y carece incluso de sentido lógico (matar para proteger), lo cual no es reconocido por nuestro máximo Tribunal en sus ejecutorias. Ello hace preocupante la figura —al menos actual— de la Suprema Corte, por su poco sentido crítico, autonomía (ceder ante minorías) y sentido de la justicia, que no mostró en este caso. Esperemos que cuando vuelva a presentarse otro caso similar, enmiende la plana para que podamos estar orgullosos de una Corte defensora de los derechos del más débil, que es una de las aspiraciones de la justicia.

GAI INSTITUTIONES. COMMENTARIUS SECUNDUS INSTITUCIONES DE GAYO. COMENTARIO SEGUNDO

Traducción y notas de Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. De rebus. *De las cosas*. III. De pupillis an aliquid a se alienare possunt. *De los pupilos si pueden así enajenar algo*. IV. De testamentis militum. *Del testamento militar*. V. De substitutionibus. *De las sustituciones*. VI. De legatis. *De los legados*. VII. Ad legem Falcidiam. *Sobre la ley Falcidia*. VIII. De inutiliter relictis legatis. *De los legados dejados inútilmente*. IX. De poenae causa relictis legatis. *De los legados dejados por causa de pena*. X. Ad fideicommissa. *Sobre los fideicomisos*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años tuvimos oportunidad de publicar el libro primero de las *Instituciones* de Gayo,¹ en tal ocasión mencionamos brevemente algunos datos sobre la biografía del jurista, la obra, así como los criterios seguidos para su traducción, que seguirán siendo los mismos en la presente; por ello, presentamos sin mayores preámbulos el segundo que corresponde al tema central de los “bienes” o “cosas”.

La obra inicia con una clasificación de las cosas (2.1 a 2.14) y después de explicar la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, así como su forma de transmisión (2.14a-2.21), trata la *in iure cessio* y

¹ Yuri González Roldán, “Gai Institutiones. Commentarius Primus”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 24, 2000, pp. 271 a 354.

su aplicación específica (2.22 a 2.37), haciendo un paréntesis sobre la transmisión de las obligaciones (2.38 a 2.39).

Una vez que Gayo ha entrado en el tema del *dominium ex iure Quiritium* (2.40) procede al análisis de la usucapión como forma de adquisición del mencionado derecho (2.42 a 2.61) presentando el problema del propietario que no puede enajenar la cosa y del caso contrario (2.62 a 2.64); después explica los medios originarios que permiten obtener la propiedad (2.65 a 2.79), si los pupilos o las mujeres pueden enajenar algo (2.80 a 2.85); así como aquella que obtenemos por otras personas (2.86 a 2.96).

Dentro del argumento referente a la adquisición de una universalidad (2.97 a 2.98) el jurista trata de las herencias que se adquieren por testamento o *ab intestato* (2.99), procediendo al análisis de la primera (2.100 a 2.108), testamento militar (2.109 a 2.111); la *testamenti factio* (2.112 a 2.214); como se designa un heredero en el testamento (2.116 a 2.117); la necesidad del tutor cuando la mujer lo realiza (2.118); *bonorum possessio* (2.119 a 2.120); la validez de los testamentos realizados por las mujeres (2.121 a 2.122); la necesidad de nombrar o desheredar a los *sui heredes* (2.123 a 2.143); otras razones por las que se invalida el testamento (2.144 a 2.151a); tipos de herederos (2.152 a 2.173); las sustituciones (2.174 a 2.184); los esclavos que son designados como herederos (2.185 a 2.190).

Después que Gayo ha analizado la sucesión universal trata de los legados (2.191 a 2.223); de la ley Falcidia (2.224 a 2.228); de aquellos dejados inútilmente (2.229 a 2.234) así como los que son originados por una causa de pena (2.235 a 2.245) terminando la exposición con los fideicomisos (2.247 a 2.289).

La sencillez de la exposición así como la claridad en la materia permiten que el libro segundo de las *Instituciones* de Gayo pueda considerarse un instrumento fundamental en el estudio del derecho romano en las partes referentes a los bienes y a las sucesiones, por ello proponemos a los docentes y a los actuales estudiantes universitarios la presente traducción para que puedan utilizarla en el análisis de la materia, cumpliéndose así los propósitos didácticos del propio jurista del siglo II d.C.

II. DE REBUS. DE LAS COSAS

1. ((*Superiore commentario de iure personarum*))² *exposuimus; modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*

Expusimos en el comentario precedente del derecho de las personas; veamos en este momento de las cosas. Que o bien están en nuestro patrimonio o bien son consideradas fuera de nuestro patrimonio.³

2. *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.*

Por lo tanto, la suma división de las cosas es separada en dos puntos: en efecto, algunas son de derecho divino, otras del humano.

3. *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae.*

Las de derecho divino son como por ejemplo las cosas sagradas y religiosas.⁴

4. *Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictiae sunt.*

Las sagradas son las que son consagradas a los dioses superiores; las religiosas, las que son dejadas a los dioses "Manes".

5. *Sed sacrum quidem hoc solum existimatur quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto.*

Pero ciertamente es considerado sagrado sólo lo que ha sido consagrado con base en la autoridad del pueblo romano, por ejemplo por una ley aprobada o bien un senadoconsulto hecho sobre esta cosa.

² Integrado según Ins. Just. 2.1.pr.

³ Mismo contenido en Inst. 2.1.pr.

⁴ Sobre las *res sacrae* y *religiosae* ver: José Luis Murga, "Nulidad o ilicitud en la enajenación de las *res sacrae*", *AHDE*, v. 41 (1971), pp. 555 a 638; Fabrizio Fabbrini, "Dai religiosa loca alle *res religiosae*", *BIDR*, v. 73 (1970), pp. 197 a 228; Carlo Busacca, "Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat?", *SDHI*, v. 43 (1977), pp. 265 a 292; J. W. Tellegen, "Religio occupavit solum", *TR*, v. 54 (1986), pp. 73 a 83.

6. *Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.*

Pero al enterrar un muerto en un lugar nuestro, lo hacemos religioso por nuestra voluntad, con tal que nos pertenezca el funeral de aquel muerto.⁵

7. *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur; utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Item quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.*

Pero la mayor parte (de los juristas) decide que en el suelo provincial no se hace religioso el suelo, porque en este suelo está el dominio del pueblo romano o bien del César; mientras resulta que nosotros solamente tenemos la posesión o bien el usufructo; ciertamente, sin

⁵ Un concepto de sepulcro lo encontramos en Ulpiano, *libro vicésimo quinto ad edictum* D.11.7.2.5: Sepulcro es el lugar donde están depositados el cuerpo o los huesos de un hombre; pero dice Celso que no todo el lugar que fue destinado a la sepultura es religioso, sino la parte en que fue inhumado el cuerpo. Sobre tal aspecto Paulo, *libro vigésimo séptimo ad edictum* D.6.1.43: Las cosas que están adheridas a las religiosas son religiosas; *idem*, *libro tertio quaestionum* D.11.7.40: Porque si alguno hubiera enterrado un cadáver con esta intención, porque pensara trasladarlo después de allí a otra parte, y más bien para depositarlo temporalmente que para enterrar allí el cadáver, y cual si hubiere determinado darle mansión eterna, el lugar permanecerá siendo profano; Gayo, *libro nono décimo ad edictum provinciale* D.11.7.7.pr: El que inhumó un muerto en lugar ajeno es obligado a desenterrar al que enterró o a pagar el precio del lugar por la acción que resulta del hecho, la cual compete tanto al heredero, como contra el heredero, y es perpetua; Ulpiano, *libro vicésimo quinto ad edictum* D.11.7.8.pr: Cuestionéese si sea lícito al dueño del lugar desenterrar o hechar fuera sin decreto de los pontífices, o sin mandato del príncipe, los huesos o el cadáver que por otro fueron enterrados; y dice Labeón que se ha de esperar a permiso pontifical o mandato del príncipe, porque de otro modo habría la acción de injurias contra aquel que los desenterró; Paulo, *libro vicésimo séptimo ad edictum praetoris* D.47.12.4: Los sepulcros de los enemigos no son religiosos para nosotros, y por lo tanto podemos aplicar a cualquier uso las piedras quitadas de ellos y no compete la acción de sepulcro violado; Paulo, *libro tertio quaestionum* D.11.7.44: Cuando un cadáver fue enterrado en diversos lugares, ciertamente que uno y otro lugar no se hacen religiosos, porque la sepultura de uno solo no puede constituir muchos sepulcros, pero a mí me parece que es religioso aquel en donde fue enterrada la parte principal, esto es, la cabeza, cuya imagen es por donde somos conocidos; Gayo, *libro nono décimo ad edictum provinciale* D.11.7.5: Dícense sepulcros familiares los que alguno dedicó para sí y para su familia, pero hereditarios los que alguno destinó para sí y sus herederos.

embargo, aunque no sea religioso, se considera como religioso. En el mismo modo, lo que en las provincias no fue consagrado con base en la autoridad del pueblo romano, propiamente no es sagrado; sin embargo, se considera como sagrado.⁶

8. *Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini iuris sunt.*

También las cosas santas, como por ejemplo los muros y las puertas, son en cierto modo de derecho divino.⁷

9. *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani ((iuris est, plerumque alicuius in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse; nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt⁸)...(8 fere versus legi nequeunt)...sine domino.⁹*

De otra parte, lo que es de derecho divino, no está en los bienes de ninguno; pero lo que es de derecho humano, generalmente está en los bienes de alguno; pero puede también no estar en los bienes de ninguno, en efecto, las cosas hereditarias, antes que alguien exista como heredero no están en los bienes de ninguno...sin dueño.

10. *Hae autem ((res)),¹⁰ quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.*

De otra parte, estas cosas que son de derecho humano son o bien públicas o privadas.¹¹

⁶ Respecto al suelo provincial ver: Francesco Grelle, "L'appartenenza del suolo provinciale nell'analisi di Gaio, 2.7 e 2.22", *Index*, v. 18 (1990), pp. 167 a 183.

⁷ Inst. 2.1.10: También las cosas santas, como los muros y las puertas de una ciudad son en cierto modo de derecho divino y en su consecuencia no son de propiedad particular. Se llaman santos los muros porque cualquier atentado a las mismas se castiga con pena capital; por una razón semejante se llama sanción a la parte de la ley en que se fijan penas para los contraventores.

⁸ Integrado según D.1.8.1.pr.

⁹ Según la mayor parte de los editores, Gayo trataba en las líneas que faltan de las *res nullius* propiamente dichas, después de las *res derelictae*, concluyendo con la mención de los *servi sine domino*.

¹⁰ La presente inserción y las otras que han realizado los editores hasta el § 14 son basadas en D.1.8.1 (texto que corresponde a la presente obra).

¹¹ Sobre esta distinción ver: Max Kaser, "*Ius publicum und ius privatum*", *ZSS*, v. 116 (1986), pp. 1 a 101.

11. *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum ((sunt)).*

Las que son públicas, no se consideran estar en los bienes de ninguno; en efecto, se estiman que sean de la misma entidad.¹² Son privadas las que son de cada uno de los hombres.

12. *Quaedam prateriae res corporales sunt, quaedam incorporales.* Después algunas son cosas corporales, otras incorporales.¹³

13. *((Corporales)) hae ((sunt)), quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.*

Son corporales las que pueden tocarse; como por ejemplo: un fundo, un esclavo, un vestido, oro, plata y en fin otras cosas innumerables.¹⁴

14. *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae ((in)) iure consistunt, sicut hereditas ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet ((quod in hereditate res corporales)) continentur et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum.¹⁵ (Praediorum urbanorum iura sunt veluti ius) altiut tollendi (aedes suas et officendi) luminibus vicini (aedium aut) non extollendi, ne luminibus vicini officiat; item fluminum et stillicidiorum ius, (id est ut vicinus flumen vel stillicidium in) aream (vel in aedes suas recipiat; item cloacae immittendae et luminum immittendorum.*

¹² Marciano, *libro tertio institutionum* D.1.8.6.1: Son de la comunidad y no de los particulares, por ejemplo, los teatros que hay en las ciudades y los estadios y otras cosas semejantes, así como también algunas otras que son comunes a las de las ciudades.

¹³ Sobre tal distinción el título II del libro I de las *Instituciones* de Justiniano, así también respecto a la bibliografía ver: Pierpaolo Zamorani, "Gaio e la distinzione *res corporales, res incorporales*", *Labeo*, v. 20 (1974), pp. 362 a 369; Frango Baldessaarelli, "A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* nel Digesto", *RIDA*, v. 37 (1990), pp. 71 a 116.

¹⁴ Mismo contenido en Inst. 2.2.1.

Praediorum rusticorum iura sunt veluti via iter actus, item pecoris ad aquam adpulsus, item) ius aquae ducendae. (Haec iura tam rusticorum quam urbanorum praediorum servitutes vocantur.

Son incorporales las que no pueden tocarse, como por ejemplo son las que consisten en un derecho como la herencia, el usufructo, las obligaciones contraídas en cualquier modo. No interesa el hecho que en una herencia son contenidas cosas corporales y que los frutos que son percibidos de un fundo son corporales y que lo que con base en cualquier obligación nos es debido generalmente es corporal; como por ejemplo: un fundo, un esclavo, el dinero; en efecto, el mismo derecho de sucesión y el mismo derecho de usar, disfrutar y el mismo derecho de obligación es incorporal.¹⁶ Del mismo número son los derechos de los predios urbanos y rústicos. Los derechos de los predios urbanos son por ejemplo: el derecho de alzar más alto sus casas y de tapar las luces de las casas del vecino o bien de no alzar, con la finalidad de no tapar las luces del vecino; igualmente, el derecho de aguas corrientes y agua de goteo; es decir, que el vecino reciba en su terreno o bien en sus casas el agua corriente o bien el agua de goteo; igualmente el derecho de introducir cloacas y abrir luces. Son derechos de los predios rústicos como por ejemplo: el camino, tránsito, pasaje, igualmente el derecho de conducir el ganado al agua, igualmente el derecho de conducir el agua. Estos derechos de los predios rústicos así como urbanos son llamados servidumbres.¹⁷

14. *(Est etiam alia rerum divisio: nam aut mancipi sunt aut) nec mancipi. Mancipi (sunt veluti fundus in Italico solo), item aedes in Italico solo, (item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, veluti boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum. Nam servitutes¹⁸) praediorum urbanorum nec mancipi sunt. Item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt.*

También hay otra división de las cosas: en efecto, son o bien *mancipi*, o bien *nec mancipi*. Son *mancipi* por ejemplo los fundos en suelo itálico, igualmente los esclavos y los animales que suelen ser

¹⁵ La parte que sigue no reproducida en el citado texto del Digesto es reconstruida por los editores.

¹⁶ Mismo contenido en Inst. 2.2.2.

¹⁷ Mismo contenido en Inst. 2.2.3.

¹⁸ Integrado por Krueger.

domados por el cuello o bien por la espalda, por ejemplo los bueyes, los caballos, las mulas, los asnos; igualmente las servidumbres de los predios rústicos; en efecto, las servidumbres de los predios urbanos son *nec Mancipi*. Igualmente los predios estipendarios y tributarios son *nec Mancipi*.

15. *Sed quod diximus (ea animalia, quae domari solent,) Mancipi esse, (quomodo intellegendum sit, quaeritur, quia non statim ut nata sunt domantur. Et nostrae quidem scholae auctores¹⁹) statim ut nata sunt Mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent.*

Pero respecto a lo que dijimos que los animales que suelen ser domados son *Mancipi*, se discute en qué modo debe ser entendido, porque no son domados inmediatamente cuando nacieron. Y ciertamente los autores de nuestra escuela piensan que inmediatamente que nacieron son *Mancipi*; pero Nerva y Próculo y todos los otros autores de la escuela contraria piensan que son *Mancipi*, no de otro modo que si fueron domados; y si a causa de la excesiva ferocidad no pueden domarse, entonces comienzan a resultar que sean *Mancipi*, cuando hayan llegado a la edad en que suelen ser domados.²⁰

16. *At ferae bestiae nec Mancipi sunt, veluti ursi leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephantum et camelum. Et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne (notitia²¹) quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quaedam res Mancipi esse, quaedam nec Mancipi.*

Pero las bestias feroces son *nec Mancipi*, por ejemplo: los osos, leones, igualmente los animales que están casi en el número de las bestias; por ejemplo: elefantes y camellos. Por lo tanto, tampoco in-

¹⁹ Integrado por Krueger.

²⁰ Sobre el presente ver: Giovanni Nicosia, "Animalia quae collo dorsove domantur", *Iura*, v. 18, pp. 45 a 107; "Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione", *Labeo*, v. 14 (1968), pp. 167 a 186.

²¹ Integrado por Kuebler.

teresa el hecho que estos animales también suelen ser domados por el cuello o por la espalda; en efecto, no hubo tampoco la noticia de estos animales en aquel tiempo, en que era establecido que algunos eran cosas *Mancipi*, otras *nec Mancipi*.

17. *Sed item fere omnia quae incorporalia sunt nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum: nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*

Pero también casi todas las cosas que son incorporales son *nec Mancipi*, exceptuadas las servidumbres de los predios rústicos; en efecto, resulta que éstas son *Mancipi* aunque sean del número de las cosas incorporales.

18. *Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. Pero gran diferencia existe entre las cosas Mancipi y nec Mancipi.*

19. *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*

Ciertamente las mismas cosas *nec Mancipi* se hacen de pleno derecho de otro por *traditio*, si solamente son corporales y a causa de esto reciben la *traditio*.

20. *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

Por lo tanto, si a ti transmito (mediante *traditio*) un vestido o bien oro o bien plata por causa de venta o bien donación o bien cualquier otra causa, se hace tuya inmediatamente esta cosa, con tal que yo de ésta sea dueño.

21. *In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendiaria alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur.*

En la misma causa son los predios provinciales, de los cuales denominamos algunos estipendarios otros tributarios. Son estipendarios los que son en estas provincias que son entendidas ser propias del

pueblo romano; son tributarios los que son en estas provincias que son creídas ser propias del César.²²

22. *Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. Quod autem valet mancipatio, ((idem valet et in iure cessio.*

Por el contrario, son cosas *mancipi*, las que son transferidas a otro por *mancipatio*; por eso, también son denominadas *res mancipi*. Pero lo que vale respecto a la *mancipatio*, lo mismo también vale respecto a la *in iure cessio*.

23. *Et mancipatio)) quidem quemadmodum fiat, superiore commentario tradidimus.*

Y ciertamente como sea hecha la *mancipatio* lo hemos tratado en el comentario superior.²³

24. *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem (vel apud praesidem provinciae), is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.*

Pero la *in iure cessio* se hace en este modo: frente a un magistrado del pueblo romano, por ejemplo el pretor (o bien frente al gobernador de la provincia), él al cual es cedida *in iure* la cosa, teniendo la cosa dice así: "Afirmo yo que este hombre en base al derecho de los Quirites es mío"; y enseguida después que este haya vindicado, el pretor interroga al que cede, si no contravindica; negando o callando este, entonces al que haya vindicado atribuye aquella cosa; y esto es llamado *legis actio*. Esto puede ser hecho también en las provincias frente a sus gobernadores.²⁴

²² Al respecto ver la obra de Francesco Grelle, *Stipendium vel Tributum. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo* (Napoli, Jovene, 1963), pp. 1 a 103, así como las recensiones de Filippo Gallo en *SDHI*, v. 31 (1965), pp. 456 a 461; Jean Macqueron en Labeo, v. 13 (1967), pp. 267 a 273.

²³ Al respecto ver: Alessandro Corbino, "Il rituale della mancipatio nella descrizione di Gaio", *SDHI*, v. 42 (1976), pp. 149 a 196.

²⁴ Sobre este aspecto: Karl Hackl, "Der Sakramentsprozess ueber Herrschaftsrechte und die *In iure Cessio*", *ZSS*, v. 119 (1989), pp. 152 a 179.

25. *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse est cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.*

Pero generalmente utilizamos casi siempre a las *mancipationes*. Ya que nosotros mismos podemos hacer tal cosa por nosotros con la presencia de amigos, no interesa ni es necesario hacerla con mayor dificultad frente al pretor o bien frente al gobernador de la provincia.

26. *Quod si neque mancipata neque in iure cessa sit res mancipi...32 fere versus desiderantur...25*

Porque si la cosa *mancipi* ni sea mancipada ni *in iure* cedida...

27. *(Praeterea) admonendi sumus, (quod veteres dicebant soli Italici nexum) esse, provincialis soli nexum non (esse, hanc habere) significationem: solum (Italicum) mancipi (esse), provinciale nec mancipi (esse). Aliter enim veteri lingua actus (vocantur, et quod illis nexum, idem nobis est) mancipatio.26*

Además, debemos recordar que lo que los antiguos decían que es *nexum* el suelo itálico, no es *nexum* el suelo provincial, tiene tal significado: el suelo itálico es *mancipi*, el provincial es *nec mancipi*. Ya que en la lengua antigua los actos son llamados diversamente y lo que para aquellos es *nexum*, lo mismo para nosotros es *mancipatio*.

28. *((Res)) incorporales traditionem non recipere manifestum est. Es evidente que las cosas incorporales no admiten traditio.*

29. *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi ((tantum)) possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt.*

²⁵ Dice Arangio-Ruiz que tomando en consideración las pocas palabras que pueden leerse, los editores son de la idea que Gayo en el § 26 continuaba a exponer el regimen de las *res mancipi* transmitidas por simple *traditio*. Los textos que se encuentran en *Tit. Ex corp. Ulp* pueden llenar la laguna como 19.4-5: *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. (5) Commercium est emendi vendendique invicem ius. La mancipatio tiene lugar entre ciudadanos romanos y latinos coloniarii y latinos junianos y aquellos peregrinos a los que fue dado el comercio. (5) Comercio es el derecho de comprar y vender recíprocamente.*

²⁶ Integrado por Beseler.

Pero los derechos de los predios urbanos pueden solamente transmitirse mediante *in iure cessio*, mientras de los rústicos pueden también ser mancipados.²⁷

30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit. Nam dominus proprietatis alii ususfructum in iure cedere potest, ut ille ususfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis ususfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

El usufructo únicamente admite la *in iure cessio*; en efecto, el dueño de la propiedad puede ceder *in iure* a otro el usufructo, de modo que aquel obtenga el usufructo y el mismo retenga la nuda propiedad. El mismo usufructuario cediendo *in iure* al dueño de la propiedad hace de modo que el usufructo se separe de él y sea convertido en propiedad; pero cediendo *in iure* a otro, nada menos retiene su derecho, ya que se cree que nada se hace con esta cesión.²⁸

31. *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis ususfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.*

Pero las cosas están así en los predios itálicos, porque también los mismos predios admiten *mancipatio* e *in iure cessio*. Diferentemente si alguien en los predios provinciales quiera constituir o bien un usufructo o bien el derecho de ir y conducir o bien de conducir agua o bien de construir más alto las casas o bien de no construirlas para que no se tape a las luces del vecino, y todos los demás derechos similares, puede hacerlo con pactos y estipulaciones, porque tampoco estos mismos predios no admiten *mancipatio* o *in iure cessio*.

²⁷ Al respecto ver Rosa Mentxaka, "Praedia rustica-praedia urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en el derecho romano", *RIDA*, v. 33 (1986), pp. 149 a 178.

²⁸ Paulo, *libro tertio ad Vitellium* D.7.1.1: El usufructo es el derecho de usar y disfrutar da cosas ajenas quedando salva la naturaleza de las cosas; sobre tal ver: Giuseppe Grosso, "Note esegetiche in tema di usufrutto", *BIDR*, v. 74 (1971), pp. 37 a 43.

32. *Sed cum ususfructus et hominum et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus horum usumfructum etiam in provinciis per in iure cessionem constitui posse.*

Pero pudiéndose constituir el usufructo bien sea de los esclavos bien sea de otros animales, debemos entender que su usufructo puede constituirse también en las provincias por *in iure cessio*.

33. *Quod autem diximus ususfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietatis sit.*

Pero lo que dijimos que el usufructo únicamente admite *in iure cessio*, no ha sido dicho sin reflexión, aunque también pueda ser constituido por *mancipatio* por el hecho que puede retenerse cuando se mancipa la propiedad; ya que el mismo usufructo no es mancipado, sino sustrayéndose cuando se mancipa la propiedad, por esto sucede que a uno pertenezca el usufructo, y a otro la propiedad.

34. *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. También la herencia admite únicamente in iure cessio.*²⁹

35. *Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

En efecto, si aquel al que pertenece en derecho legítimo la herencia *ab intestato*, la ceda *in iure* a otro antes de la aceptación, es decir, antes que haya sido heredero, por esto se hace heredero aquél al que haya cedido *in iure*, como si el mismo por ley hubiese sido llamado a la herencia; pero si haya cedido después de la obligación, nada

²⁹ Ver nuestra investigación: Yuri González Roldán, "In iure cessio hereditatis", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 20, 1996, pp. 277 a 333.

menos que el mismo permanece heredero y a causa de esto será obligado a los acreedores, pero las deudas perecen y de este modo los deudores hereditarios hacen lucro; pero los bienes corporales de esta herencia al mismo modo pasan al que ha sido cedida la herencia, como si le hubiesen sido cedidos *in iure* singularmente.

36. *Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat.*

Pero el heredero escrito en el testamento antes de la aceptación ciertamente cediendo *in iure* esta herencia a otro nada hace; pero si ceda después que haya aceptado, suceden las cosas que dijimos hace poco de aquel al que pertenece *ab intestato* por derecho legítimo la herencia, si la ceda *in iure* después de la obligación.

37. *Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. Sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.*

Los autores de la escuela contraria consideran lo mismo también de los herederos necesarios, porque no resulta de ningún interés si alguno aceptando la herencia se haga heredero, o bien sea tal en contra de su voluntad; como esto sucede aparecerá en su lugar. Pero nuestros maestros piensan que nada hace el heredero necesario cuando ceda *in iure* la herencia.

38. *Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales, ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.*

Las obligaciones en cualquier modo contraídas no admiten nada de estas cosas; en efecto, lo que me es debido por alguno, si quisiera que sea debido a ti, no puedo hacerlo con ninguno de aquellos modos por los que se transfieren a otro las cosas corporales, pero es necesario, que ordenándolo por mí, tú te hagas prometer por éste; y

esta cosa hace de modo que él sea liberado respecto a mí y comience a estar obligado hacia ti, y esta cosa es llamada novación de la obligación.

39. *Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

Pero sin esta novación no podrás ejercitar en tu nombre; sino debes con base en mi persona actuar como mi *cognitor* o bien *procurator*.³⁰

40. *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quod iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

Enseguida recordemos que ciertamente entre los peregrinos existe un solo dominio; en efecto, o bien cada uno es dueño, o bien no es entendido dueño. En un tiempo también el pueblo romano utilizaba este derecho; ya que o bien con base en el derecho de los Quirites cada uno era dueño, o bien no era entendido dueño. Pero después el dominio recibió una división, que alguno pueda ser con base en el derecho de los Quirites dueño, otro tener la misma cosa *in bonis*.

41. *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipa vero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea Mancipata velin iure cessa esset.*

En efecto, si no te haya Mancipada ni cedida *in iure* una cosa Mancipi, sino únicamente te la haya transmitida por *traditio*, ciertamente esta cosa se incluye en tus bienes, pero permanecerá mía con base en el derecho de los Quirites, hasta que tú poseyéndola la usucapias; porque una vez completada la usucapición comienza a ser tuya la cosa por pleno derecho; esto es, bien sea *in bonis*, bien sea

³⁰ Sobre la cesión de créditos ver: Wladyslaw Rozwadowski, "Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano", *BIDR*, v. 76 (1973), pp. 11 a 170.

por el derecho de los Quirites, la cosa comienza a ser tuya como si ésta hubiera sido mancipada o bien cedida *in iure*.

42. *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.*

De otra parte, la usucapión de las cosas muebles ciertamente se completa al año, pero de un fundo y de casas a los dos años; y en este modo fue establecido por la ley de las XII tablas.³¹

43. *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.*

De otra parte, nos compete también la usucapión de aquellas cosas que no nos hayan sido transmitidas mediante *traditio* por el dueño, sean estas cosas *mancipi* o bien *nec Mancipi*, con tal que las hayamos recibido en buena fe, creyendo que quien transmitiera fuese dueño.³²

44. *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.*

Por tal motivo resulta admitido esto, para que no estuvieran demasiado en incerteza los dominios de las cosas, siendo suficiente al dueño el espacio de un año o bien de dos años para indagar la cosa suya, y este tiempo fue concedido al poseedor para la usucapión.

45. *Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, veluti si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia.*

Pero algunas veces también si alguien en máximo grado posea la cosa ajena con buena fe; sin embargo, no le procede la usucapión;

³¹ Al respecto: Recven Yaron, "Reflections on Usucapio", *TR*, v. 35 (1967), pp. 191 a 229; Max Kaser, "Altroemisches Eigentum und usucapio", *ZSS*, v. 118 (1988), pp. 122 a 164.

³² Ver Herbert Hausmaninger, *Die Bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, (Wien-München, Herold, 1964), pp. 7 a 96, así como la recensión de Antonio Masi en Labeo, v. 14 (1968), pp. 317 a 327.

por ejemplo,³³ si alguien posea la cosa robada o bien poseída con violencia; en efecto, la ley de las XII tablas prohíbe que sea usucapida la cosa robada, la ley Julia y Plautia la poseída con violencia.³⁴

46. *Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt.*
Del mismo modo los predios provinciales no admiten la usucapión.

47. *Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent; id ita lege XII tabularum cautum erat.*

Del mismo modo en un tiempo las cosas *mancipi* de la mujer que estaba en la tutela de los agnados no podían ser usucapidas, excepto que si por la misma con la autoridad del tutor hubieran sido transmitidas por *traditio*; esto así había sido establecido por la ley de las XII tablas.

48. *Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.*

Del mismo modo, es evidente que los hombres libres y las cosas sagradas y religiosas no pueden ser usucapidas.

49. *Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet); sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.*

Lo que así se dice comúnmente que la usucapión de las cosas robadas y poseídas con violencia fue prohibida por la ley de las XII tablas, no concierne el hecho de que el mismo ladrón o bien quien posee con violencia no pueda usucapir (ya que a éste con base en otra razón no compete la usucapión, porque se entiende que posee con mala fe); sino que ningún otro, si bien haya comprado con base en la buena fe no tenga el derecho de usucapir.³⁵

³³ Mismo contenido pero con diferentes ejemplos en Inst. 2.6.1.

³⁴ En Inst. 2.6.1 se hace referencia también a una ley Atinia.

³⁵ Mismo contenido en Inst. 2.6.3.

50. *Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*

Por esto en las cosas muebles no procede fácilmente que competa la usucapición al poseedor de buena fe, porque quien vendió la cosa ajena y transmitió comete hurto; y lo mismo también sucede si con base en otra causa sea entregada por *traditio*. Pero sin embargo, ciertas veces esto se hace diferentemente; en efecto, si el heredero haya vendido o bien donado la cosa dada en comodato o bien arrendada o depositada al difunto estimando que ésta es hereditaria, no comete hurto; también si éste, al que pertenece el usufructo de la esclava, haya vendido o donado el parto creyendo que también es suyo, no comete hurto; ya que el hurto no es cometido sin intención de hurtar. También en otros modos puede suceder que alguien sin vicio del hurto transfiera una cosa ajena a otro y haga de modo que sea usucapida por el poseedor.³⁶

51. *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor: et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse.*

También de un fundo ajeno alguien puede sin violencia obtener la posesión, que sea vacante o bien por la negligencia del dueño, o bien porque el dueño haya muerto sin descendiente o bien haya estado

lejano por largo tiempo; y esta posesión si haya transmitido a otro aceptante en buena fe, podrá usucapir el poseedor; y aunque el mismo, que obtuvo la posesión vacante, sepa que es ajeno el fundo, sin embargo esto no perjudica por nada al poseedor de buena fe respecto a la usucapición, no resultando aprobada la opinión de los que hayan estimado que un fundo pueda convertirse en objeto de hurto.³⁷

52. *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem: quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.*

De otra parte, por el contrario, sucede que usucapie quien sepa de poseer una cosa ajena; por ejemplo, si alguien haya poseído una cosa hereditaria cuya posesión el heredero todavía no obtuvo; en efecto, le fue concedido de usucapir con tal que aquella sea una cosa que admite la usucapición; y esta especie de posesión y usucapición es llamada *pro herede*.³⁸

53. *Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur.*

Y esta usucapición fue concedida en este solo caso, que también las cosas que son contenidas en el suelo sean usucapidas en un año.

³⁷ Mismo contenido en Inst. 2.6.7 complementado con Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum* D.41.3.38. Sobre las *res derelictae* ver: Letizia Vacca, *Derelictio e Acquisito delle res pro derelicto habitae* (Giuffrè, Milano, 1984), pp. 1 a 168; Alberto Burdese, "In tema di *res derelictae*", *BIDR*, v. 92-93 (1989-1990), pp. 625 a 636; Laura Solidoro Maruotti, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano* (Jovene, Napoli, 1989), pp. 5 a 348; recensión a la presente obra por Alberto Burdese en *SDHI*, v. 56 (1990), pp. 427 a 443.

³⁸ Pomponio, *libro trigensimo secundo ad Sabinum* D.41.5.1: A título de heredero no se puede usucapir nada de los bienes del que vive aunque el poseedor haya estimado que la cosa era de uno que había muerto; Paulo, *libro quinto ad legem Iuliam et Papiam* D.41.5.4: Es sabido que el que tiene la *testamenti factio* puede usucapir como heredero. Respecto a la bibliografía ver: Gennaro Franciosi, *Usucapio pro herede* (Jovene, Napoli, 1965), pp. 5 a 206; recensiones de Filippo Gallo en *SDHI*, v. 32 (1966), pp. 416 a 427 y Theo Mayer-Maly en *Labeo*, v. 14 (1968), pp. 209 a 214; Geoffrey Mac Cormack, "Usucapio pro herede, *res hereditariae* and *furtum*", *RIDA*, v. 25 (1978), pp. 293 a 305; Enrique Gómez-Royo, "Bona fides und usucapio pro herede", *RIDA*, v. 39 (1992), pp. 167 a 184; Alfonso Castro Sáenz, Aproximación a la *usucapio pro herede*, *RIDA*, v. 45 (1998), pp. 143 a 208; así como en el v. 46 (1999), pp. 166 a 218.

³⁶ Confrontar con Inst. 2.6.4-6.

54. *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione veluti ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.*

Pero esta es la razón por la que en este caso se haya constituido la usucapación anual también de las cosas del suelo; porque en un tiempo se pensaba que por la posesión de las cosas hereditarias eran usucapidas las mismas herencias y ciertamente en un año; ya que la ley de las XII tablas ordenó que las cosas del suelo son usucapidas a los dos años, pero todas las otras cosas al año; y por tanto, la herencia se consideraba que estaba en todas las otras cosas porque no es del suelo, y porque no es corporal; y aunque después haya sido estimado que las mismas herencias no pueden ser usucapidas, sin embargo, en todas las cosas hereditarias, también en las que son tenidas en el suelo, permaneció la usucapación anual.

55. *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

Pero la razón por la que haya sido concedido en general una posesión y usucapación tan injusta, es ésta: que quisieron los antiguos que las herencias fuesen aceptadas más rápidamente para que existieran quienes atendieran los cultos familiares, de los que en aquellos tiempos existió una gran observación, y para que los acreedores tuviesen a quién exigir lo suyo.

56. *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrificat.*

De otra parte, esta especie de posesión y usucapación también es llamada lucrativa; en efecto, cada uno sabiéndolo, lucra una cosa ajena.

57. *Sed hoc tempore iam non est lucrativa. Nam ex auctoritate ((divi)) Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones*

revocarentur. Et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Pero en este tiempo no es ya lucrativa; en efecto, fue hecho un senadoconsulto con base en la autoridad del divino Adriano, para que fuesen revocadas tales usucapiones. Y por este motivo, puede el heredero pidiendo la herencia al que usucapió la cosa, conseguir la cosa misma, como si no hubiese sido usucapida.

58. *((Suo))³⁹ et necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.*

Sin embargo, existiendo un heredero *suus et necessarius* nada se puede usucapir de pleno derecho como heredero.

59. *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet soli si sit.*

Todavía también con base en otras causas cada uno sabiéndolo usucapie una cosa ajena; en efecto, quien haya dado una cosa a otro por causa de fiducia mediante *mancipatio* o bien *in iure cessio*, si el mismo haya poseído la misma cosa, puede usucapir, ciertamente al año si sea del suelo.

60. *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, siquidem cum amico, contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucrativa usus capio competit.*

Pero la fiducia se contrae o bien con un acreedor por derecho de prenda, o bien con un amigo, para que nuestras cosas fuesen más seguras con él, claramente si la fiducia haya sido contraída con un amigo, compete de todos modos la *usus receptio*; pero si con un acreedor, ciertamente pagado el dinero compete de todos modos, pero si no es pagado todavía, compete sólo en este modo, si el deudor no haya arrendado del acreedor aquella cosa ni haya pedido a título de

³⁹ Integrado por Solazzi.

precario que le fuese permitido de poseer aquella cosa; en tal caso compete la usucapión lucrativa.⁴⁰

61. *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usus receptio; sed hoc casu praedium biennio usurecipitur. Et hoc est quod vulgo dicitur ex praediatura possessionem usurecipi: nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.*

También si el pueblo haya vendido la cosa obligada a sí mismo y el dueño la haya poseído, fue concedida la *usus receptio*; pero en este caso el predio sufre la *usus receptio* a los dos años. Y esto es lo que se dice comúnmente que la posesión por *praediatura* sufre la *usus receptio*; ciertamente, el que adquiere del pueblo es llamado *praediator*.

62. *Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit.*

Sucede ciertas veces que quien sea dueño no tenga la potestad de enajenar la cosa y quien no sea dueño pueda enajenarla.⁴¹

63. *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. Quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.*

En efecto, por la ley Julia es prohibido al marido enajenar el predio dotal contra la voluntad de la esposa, aunque sea del mismo, o bien, porque por causa de dote le fue mancipado o bien cedido *in iure*, o bien lo haya usucapido. Ciertamente se duda si este derecho se refiere sólo a los predios itálicos o también a los provinciales.⁴²

⁴⁰ Sobre la *fiducia* ver: Bert Noordraven, "Die Fiducia im Roemischen Recht", *Index*, v. 18 (1990), pp. 229 a 264.

⁴¹ Mismo contenido en Inst. 2.8.pr.

⁴² En Inst. 2.8.pr Justiniano hace referencia a una corrección hecha a la ley Julia (que se encuentra también en C.5.13.1.15):...Nosotros hemos corregido los términos de la ley Julia, mejorándola. La ley sólo era aplicable a los fundos situados en suelo itálico y permitía las enajenaciones hechas por el marido con el consentimiento de su esposa, a la vez que prohibía las hipotecas, incluso en el caso de que la mujer diese su consentimiento; pues bien, hemos remediado estos inconvenientes extendiendo la prohibición de enajenar a los fundos provinciales y prohibiendo la enajenación lo mismo que la hipoteca del fundo dotal, aun en el caso de que las esposas presten su consentimiento, a fin de evitar que la fragilidad propia del sexo femenino sea causa de quebrantos económicos para ellas.

64. *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator rem absentis, cuius negotiorum administratio ei permissa est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitam ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Por el contrario, con base en la ley de las XII tablas el agnado curador del furioso puede enajenar la cosa del furioso; del mismo modo el procurador puede enajenar la cosa del ausente, la administración de cuyos negocios le fue permitida; del mismo modo el acreedor puede enajenar la prenda con base en un pacto, aunque aquella cosa no sea suya. Pero esto quizá parece que se hace por el hecho de que se considera que la prenda se enajena por la voluntad del deudor, que anteriormente pactó, que fuera lícito al acreedor vender la prenda, si no sea pagado el dinero.⁴³

65. *Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

Consecuentemente, con base en lo que dijimos es evidente que algunas cosas son enajenadas por el derecho natural, como son aquellas que son enajenadas por *traditio*, otras por el derecho civil; en efecto, el derecho de la *mancipatio* e *in iure cessio* y *usucapio* es propio de los ciudadanos romanos.

66. *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur.*

Sin embargo no solamente las cosas que se hacen nuestras por *traditio* nos son adquiridas con base en la razón natural, sino tam-

⁴³ Confrontar con Inst. 2.8.1, que hace referencia a una constitución (en C.8.33.3) que para que los acreedores no encontraran dificultad en hacer valer sus derechos y los deudores no fueran despojados caprichosamente de lo que les pertenece estableció el modo de proceder en las ventas de las prendas. Del tenor de esta constitución se desprende que se ha prestado la atención debida lo mismo a los intereses de los acreedores que a los de los deudores. Respecto a la mencionada disposición de las XII tablas ver: Xavier D'ors, "Sobre 12 tab. 5, 7A. Si furiosus escit...", *AHDE*, v. 50 (1980), pp. 797 a 814.

bién las que conseguiremos ocupándolas por este motivo, porque antes no eran de ninguno, como son todas aquellas que se recogen de la tierra, el mar, el cielo.⁴⁴

67. *Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit, statim nostrum fit et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur: cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut, licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.*

Por lo tanto, si hayamos cogido una bestia feroz o bien un pájaro o bien un pez, al mismo tiempo que haya sido capturado, inmediatamente se hace nuestro y se considera que es nuestro, por todo el tiempo que sea mantenido en nuestra custodia; pero cuando se haya evadido de nuestra custodia y haya regresado en natural libertad, se hace de nuevo de quien lo ocupe, porque cesa de ser nuestro; pero se considera que recupera la libertad natural cuando o bien se haya evadido de nuestros ojos o bien, aunque sea en vista; sin embargo sea difícil su persecución.⁴⁵

68. *In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: revertendi autem animum videntur desinere habere cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Pero respecto a aquellos animales que con base en la costumbre suelen alejarse y regresar, por ejemplo las palomas y las abejas, también los ciervos, que suelen ir y regresar en los bosques, tenemos tal regla transmitida; que si hayan cesado de tener el ánimo de regresar, también cesan de ser nuestros y se hacen de quienes los ocupan; pero

⁴⁴ Sobre tal aspecto: A. J. Arnaud, "Reflexion sur l'occupation, du Droit Romain classique au Droit Moderne", *RHDE*, v. 46 (1968), pp. 183 a 210; Renzo Lambertini, "Erepta a bestiis e occupazione", *Labeo*, v. 30 (1984), pp. 191 a 202.

⁴⁵ Sobre la posesión ver: Pierpaolo Zamorani, *Possessio e Animus* (Giuffrè, Milano, 1977), pp. 5 a 262, así como las recensiones a la presente obra por: Letizia Vacca en *BIDR*, v. 82 (1979), pp. 296 a 305; Valeria Castagna en *Iura*, v. 28 (1977), pp. 293 a 312.

se considera que cesan de tener el ánimo de regresar cuando hayan abandonado la costumbre de regresar.

69. *Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.*

También las cosas que son tomadas a los enemigos son hechas nuestras con base en la razón natural.

70. *Sed et id, quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur: hoc est quod vulgo dicitur per adluvionem id adici videri, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat.*

Pero también lo que a nosotros se añade por aluvión, con base en el mismo derecho se hace nuestro. Pero resulta que se aumenta por aluvión lo que en este modo el río paulatinamente añade a un campo nuestro, de modo que no podemos estimar, cuanto sea añadido en cada momento del tiempo; esto es lo que comúnmente se dice que resulta que se añade por aluvión, lo que se añade así paulatinamente que no se ve a nuestros ojos.⁴⁶

71. *Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet.*

También si el río haya tallado alguna parte de tu predio y la haya llevado a mi predio, esta parte permanece tuya.

72. *At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident: si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxima est, iuxta ripam praedia habent.*

⁴⁶ Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum* D.41.1.7.1: Además de esto, lo que por aluvión agregó el río a nuestro campo, se adquiere por el derecho de gentes para nosotros; pero se considera que se agrega por aluvión lo que se agrega paulatinamente, de suerte que no podamos determinar cuánto se agrega en cada momento de tiempo. Respecto a tal problema ver: Paolo Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica* (Jovene, Napoli, 1970), pp. 1 a 138, así como las recensiones a la presente obra de Pasquale Voci en *Iura*, v. 21, pp. 236 a 240; Giuliano Cervencia en *Labeo*, v. 18, pp. 101 a 114; Paolo Maddalena, "A proposito di incrementi fluviali", *Labeo*, v. 20 (1974), pp. 224 a 233; Marco P. Pavese, "Fundus cum alluvionibus", *SDHI*, v. 66 (2000), pp. 63 a 117.

Y si en medio del río nació una isla, ésta es común de todos aquellos que de una u otra parte del río poseen los predios cercanos a la orilla; pero si no está en medio del río, pertenece a aquellos, que por aquella parte, que es próxima, tienen los predios cercanos a la orilla.⁴⁷

73. *Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.*

Además lo que en nuestro suelo fue edificado por alguno, si bien aquel haya edificado en su nombre, se hace nuestro por el derecho natural, porque la superficie accede al suelo.

74. *Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.*

Y mucho más esto sucede también en la planta que alguien haya puesto en nuestro suelo, con tal que haya comprendido la tierra con sus raíces.⁴⁸

75. *Idem contingit et in frumento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit.*

Lo mismo sucede también en el cereal que en nuestro suelo haya sido sembrado por alguno.

76. *Sed si ab eo petamus fundum vel aedificium et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolim, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit.*

⁴⁷ Paulo, libro sexto decimo ad Sabinum D.41.1.29: La isla formada en un río no se hace común *pro indiviso* de los que tienen predios junto a una de las orillas, sino dividiéndose por regiones; porque cada uno de ellos tendrá en la misma en porciones determinadas tanto cuanto haya delante de la orilla de cada cual, como si se hubiese tirado una línea recta a través de la isla; Ulpiano, libro sexagesimo octavo ad edictum D.43.12.1.6: Si en un río público se hubiere formado una isla, y en ella se hiciera alguna cosa, no se considera que se hace en sitio público, porque aquella isla o es del que la ocupa, si los campos estuvieran deslindados, o de aquel a cuya orilla toca, o si se formó en medio del cauce, es de aquellos que poseen junto a una y otra orilla.

⁴⁸ Paulo, libro cuarto decimo ad Sabinum D.41.1.26.1: El árbol arrancado de raíz y plantado en otro campo es del dueño anterior antes que haya pegado; y luego que pegó cede al campo, y si de nuevo hubiera sido arrancado, no vuelve a su dueño anterior, porque es de creer que se convirtió en otro árbol con el alimento de otra tierra.

Pero si pedimos a éste el fundo o bien el edificio, y no queremos pagarle los gastos hechos en el edificio, o bien en la siembra, o bien en las semillas, nos podrá repeler por la excepción de dolo malo; en todo caso, si haya sido poseedor de buena fe.

77. *Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranibus meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranibus cedunt. Itaque si ego eos libros easve membranas petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero.*

Por la misma razón fue aprobado que lo que alguno haya escrito en las hojas o bien en los pergaminos míos, aunque con letras doradas, sea mío, porque las letras acceden a las hojas o bien a los pergaminos. Por ello, si yo pida aquellos libros o aquellos pergaminos, y no pague el gasto de la escritura, podré ser rechazado por la excepción de dolo malo.

78. *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subriperis tabulam sive alius, competit mihi furti actio.*

Pero si en mi tabla haya pintado alguno por ejemplo una imagen, es aprobado lo contrario ya que mayormente se dice que la tabla cede a la pintura. De esta diversidad se da fatigosamente una razón idónea; ciertamente según esta regla si poseyéndola yo, pidas que sea tuya la imagen y no pagues el precio de la tabla, podrás ser rechazado por la excepción de dolo malo, pero si tú poseas, consigue que a mí deba ser dada una acción útil contra ti; en este caso, salvo que pagase el gasto de la pintura, me podrás repeler por la excepción de dolo malo, ciertamente si hayas sido poseedor de buena fe. Aquello es notorio, que si o bien tú hayas sustraído la tabla o bien otro, me compete la acción de hurto.⁴⁹

⁴⁹ Ins. 2.1.34: ...Nosotros hemos preferido la opinión de los que consideran que lo accesorio es la tabla, porque sería ridículo que el cuadro de un Apeles o de un Parrasio cediese en

79. *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis ((aut olivis aut spicis)) meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris, item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, ((quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo effeceris⁵⁰)), an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subriperit habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.*

También en otros casos se requiere la razón natural. Por lo tanto, si de mis uvas o aceitunas o espigas hayas hecho vino o aceite o cereal, se pregunta si sea mío aquel vino o aceite o cereal, o bien sea tuyo. Del mismo modo, si por mi oro o plata hayas hecho algún vaso, o bien por mis tablas hayas fabricado una nave o un armario o una silla; del mismo modo, si por mi lana hayas hecho un vestido, o bien si por mi vino y miel hayas hecho el *mulsum*, o bien por mis medicamentos hayas hecho un emplastro o bien un colirio, se pregunta si sea tuyo lo que hayas realizado con lo mío o bien mío. Algunos piensan que se deben considerar la materia y la sustancia; esto es, que se considere que la cosa que ha sido hecha sea de aquél de quien también sea la materia; y esto fue decidido sobre todo por Sabino y Casio. Pero otros piensan que la cosa es del que la haya hecho, y esto pareció sobre todo a los autores de la escuela contraria; y que pero aquel de que haya sido la materia y sustancia, en contra de quien haya robado, tiene la acción de hurto; y que no de menos, en contra del

favor de una miserable tabla. Sobre la *tabula picta* ver: Paolo Maddalena, "Tabula picta, ritorno a Jhering", *Labeo*, v. 13 (1967) pp. 68 a 74; "Accedere e cedere nelle fonti clasiche", *Labeo*, v. 17 (1971), pp. 169 a 186; Max Kaser, "Tabula picta", *TR* (1968) pp. 31 a 56; Glyn Thomas Watkin, "Tabula Picta, images and icons", *SDHI*, v. 50 (1984), pp. 383 a 399; Francesco Lucrezi, *La Tabula picta tra creatore e fruitore* (Jovene, Napoli, 1984), pp. 15 a 278.

⁵⁰ Integrado por Lachmann.

mismo le competa la *condictio*, porque las cosas extinguidas, aunque no puedan ser vindicadas, sin embargo, pueden ser reclamadas a los ladrones y a cualquier otros poseedores.⁵¹

III. DE PUPILLIS AN ALIQUID A SE ALIENARE POSSUNT. DE LOS PUPILLOS SI PUEDEN POR ELLOS MISMOS ENAJENAR ALGO

80. *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.*

⁵¹ Al respecto el mismo Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum* D.41.1.7.7: Cuando alguno hubiere hecho en su nombre alguna cosa con materia de otro, opinan Nerva y Próculo, que es dueño el que lo hubiere hecho, porque lo que se hizo no había sido antes de nadie. Sabino y Casio opinan que la razón natural hace más bien que el mismo que haya sido dueño de la materia sea también dueño de lo que se haya hecho de la misma materia, porque sin la materia no se podría hacer ninguna cosa; por ejemplo, si con oro o plata o bronce hubiere yo hecho algún vaso; o si con tablas tuyas hubiere yo hecho una nave o un armario, o escaños o con lana tuya, un vestido; o con vino y miel, mulso; o con medicamentos tuyos un emplastro o un colirio, o con uvas, o aceitunas o espigas tuyas, vino o aceite o trigo; pero existe también la opinión intermedia de los que juzgan con razón, que si la cosa pudiera convertirse en la materia, es más verdadero lo que opinaron Sabino y Casio; y si no pudiera convertirse, que es más verdadero lo que les pareció bien a Nerva y a Próculo; por ejemplo, un vaso forjado puede convertirse en masa informe de oro, o de plata o de bronce, pero el vino o el aceite o el trigo no se pueden convertir en las uvas, las aceitunas y las espigas, y tampoco ciertamente el mulso se puede convertir en la miel y el vino, o el emplastro o los colirios en los medicamentos; pero a mí me parece, que con razón dijeron algunos que no se debe dudar que el trigo sacado de espigas ajenas es de aquel de quien también fueron las espigas, porque los granos, que se contienen en las espigas, tienen perfecta su especie, y el que trilló las espigas no hace una nueva especie, sino que descubre la que existe; Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* D.6.1.5.1 menciona: escribe el mismo (Pomponio), que si de mi miel y de tu vino se hubiera hecho mulso, opinaron algunos que también esto se hace común; pero tengo por más verdadero, como también el mismo indica, que es más bien del que lo hizo, porque no contiene su propia primitiva especie. Mas si se hubiera mezclado plomo con plata, como se puede desunir, no se hará cosa común, ni se reclamará por la acción de división de cosa común, porque puede separarse; pero se ejercitará la acción real; pero si no pudiera (dice), desunirse, por ejemplo, si se hubiere mezclado bronce y oro, se ha de vindicar por la parte respectiva; y de ninguna manera se dirá lo que se ha dicho respecto al mulso, porque, aunque confundidas, permanecen no obstante una y otra materia; Paulo, *libro cuarto decimo ad Sabinum* D.41.1.24: Respecto a todo lo que se puede reducir a su misma especie se ha de decir que, si subsistiendo la materia se hubiera cambiado acaso solamente la especie, como si con bronce mío hubieses hecho una estatua, o con plata una taza, yo continúo siendo dueño de estas cosas; Calistrato, *libro secundo institutionum* D.41.1.25: A no ser que esto haya sido hecho a nombre de otro con el consentimiento del dueño; porque por virtud del consentimiento del dueño toda la cosa se hace de aquel en

En este momento debemos advertir que ni la mujer ni el pupilo sin la autoridad del tutor pueden enajenar una cosa *mancipi*,⁵² pero una *nec Mancipi* ciertamente la mujer puede, el pupilo no puede.

81. *Ideoque si quando mulier mutuum pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec Mancipi sit, contrahit obligationem.*

Y por este motivo, si una mujer haya dado dinero en mutuo a alguna persona sin la autoridad del tutor, contrae una obligación, porque lo hace de quien lo recibe, siendo ciertamente el dinero una cosa *nec Mancipi*.⁵³

82. *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extant, id est eos petere... (6 fere versuum umbrae tantum cernuntur)...⁵⁴*

Pero si un pupilo haya hecho lo mismo, porque no lo hace de quien lo recibe sin la autoridad del tutor, no contrae ninguna obligación; por esto, ciertamente el pupilo puede reivindicar sus monedas, en el lugar en que estén, esto es, pedir las.⁵⁵

83. *Et ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est.*

cuyo nombre fue hecha. El final del texto se encuentra también en Inst. 2.1.26. Sobre tal aspecto ver: Bernardo Santalucia, "Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede", *BIDR*, v. 72 (1969), pp. 89 a 138; Joseph Plescia, "The case of specification in Roman Law", *Iura*, v. 24 (1973), pp. 214 a 221.

⁵² Mismo contenido en Inst. 2.8.2, por supuesto sin la referencia a la *res Mancipi*.

⁵³ Confrontar con Inst. 2.8.2.

⁵⁴ Tomando en consideración las palabras y letras que se encuentran Mommsen integra: *suos ex iure Quiritium esse, neque tamen stricto iure petere potest sibi eos dari oportere. Unde de pupillo quidem quaeritur, an nummis quos mutuos dedit ab eo qui accepit consumptis civili actione eos persequi possit, quoniam dari eos sibi oportere intendere non potest. ...* que son suyas con base en el derecho de los Quirites, y no obstante, no puede pedir por el derecho estricto que existe una obligación a dárselas; por esto, ciertamente respecto al pupilo se pregunta si una vez consumidas las monedas que dio en mutuo por parte de quien las recibió pueda conseguir las con una acción civil, porque no puede afirmar que exista una obligación de dárselas.

⁵⁵ Confrontar con Inst. 2.8.2.

Y por el contrario, todas las cosas tanto *mancipi* como *nec Mancipi* pueden ser pagadas sin la autoridad del tutor a las mujeres y a los pupilos, ya que les fue concedido de hacer mejor su condición también sin la autoridad del tutor.⁵⁶

84. *Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est: sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoverti potest.*

Por esto, si un deudor pague el dinero al pupilo, ciertamente hace el dinero del pupilo, pero el mismo no es liberado, porque el pupilo ninguna obligación puede extinguir sin la autoridad del tutor, porque la enajenación de ninguna cosa le fue concedida sin la autoridad del tutor; pero, sin embargo, si por aquel dinero haya sido hecho más rico y todavía pida, puede ser rechazado por la excepción de dolo malo.⁵⁷

85. *Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest; nam qui solvit liberatur obligatione, quia res nec Mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt. Quamquam hoc ita est, si accipiat pecuniam: at si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest.*

Pero a la mujer correctamente puede pagarse también sin la autoridad del tutor; en efecto, quien paga es liberado de la obligación, porque a las cosas *nec Mancipi*, como dijimos hace poco, las mujeres pueden renunciar también sin la autoridad del tutor. Ciertamente esto es así, si reciba el dinero; por el contrario si no lo reciba, pero diga tenerlo y quiera por *acceptilatio* liberar al deudor, no puede sin la autoridad del tutor.

86. *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu Mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligenter dispiciamus.*

⁵⁶ Mismo contenido sin la presente distinción en Inst. 2.8.2.

⁵⁷ Confrontar con Inst. 2.8.2.

De otra parte, se adquiere a nosotros no sólo por nosotros mismos, sino también por los que tenemos en potestad, en *manu* o bien en *mancipium*; del mismo modo, por aquellos esclavos en los que tenemos el usufructo; así como también por los hombres libres y esclavos ajenos que poseemos en buena fe. Examinemos diligentemente cada uno de estos casos.⁵⁸

87. *Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.*

Por consecuencia, lo que nuestros descendientes que tenemos en potestad, igualmente lo que nuestros esclavos reciben en *mancipio*, o bien por *traditio*, o bien algo se hagan prometer, o bien adquieran por cualquier otra causa, esto es adquirido por nosotros; ya que el que está en nuestra potestad, no puede tener nada suyo. Y por este motivo, si es instituido heredero, no puede aceptar la herencia si no por nuestra orden, y si ordenándolo nosotros haya aceptado la herencia, se nos adquiere del mismo modo como si nosotros mismos fuésemos instituidos herederos; y consecuentemente, un legado por medio de ellos naturalmente es adquirido a nosotros.⁵⁹

88. *Dum tamen sciamus, si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium ex omnibus causis ei soli per eum adquiri, cuius in bonis est.*

⁵⁸ Confrontar con Inst. 2.9.pr.

⁵⁹ Confrontar con Inst. 2.9.1 que además menciona: Este régimen nos ha parecido contrario a los sentimientos de humanidad, y en una constitución general (C.6.61.6) hemos prestado la debida atención a los intereses de los descendientes sin olvidar lo que a los ascendientes les es debido; en conformidad con este criterio hemos dispuesto que todo lo que el hijo obtenga utilizando bienes del padre, al padre pertenecerá de acuerdo con las viejas normas, pues, qué tiene de injusto que lo que se obtuvo gracias al padre a él vuelva?, pero lo que el hijo hubiese adquirido por otra causa pasa en usufructo al padre y en nuda propiedad al hijo, a fin de que éste no tenga que lamentarse de que lo que ganó con su esfuerzo o le deparó su buena suerte pase a otras manos.

Con tal que, sin embargo sepamos que, si un esclavo sea *in bonis* de uno, y con base en el derecho de los Quirites de otro, por medio de él en todos los casos se adquiere sólo a él del que está *in bonis*.

89. *Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio: cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit.*

Pero no sólo la propiedad se adquiere a nosotros por aquellos que tenemos en potestad, sino también la posesión; en efecto, de cuya cosa hayan conseguido la posesión, resulta que nosotros la poseemos; por eso también la usucapión procede por medio de ellos.⁶⁰

90. *Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietatis quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.*

En verdad, por aquellas personas que tenemos *in manu* o bien en *mancipio*, ciertamente se adquiere la propiedad a nosotros con base en todos los casos; así como por medio de aquellos que están en nuestra potestad; pero suele cuestionarse si se adquiera la posesión, porque no poseemos a las mismas.

91. *De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirunt, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietatis acquiritur.*

Pero de estos esclavos que sólo tenemos en usufructo, en este modo se decidió, que cualquier cosa adquieran por medio de nuestro patrimonio o bien por medio de su obra, esto sea adquirido a nosotros; pero lo que adquieran fuera de estas causas, esto pertenezca al dueño de la propiedad; por lo tanto, si este esclavo haya sido instituido heredero o bien le haya sido dado un legado, se adquiere no a mí sino al dueño de la propiedad.⁶¹

⁶⁰ Mismo contenido en Inst. 2.9.3.

⁶¹ Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

92. *Idem placet de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore. Itaque quod extra duas istas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est.*

También es decidido de aquel que es poseído por nosotros en buena fe, o bien sea libre o bien esclavo ajeno. Ya que lo que ha sido decidido del usufructuario, lo mismo también es aprobado para el poseedor de buena fe; por lo tanto, lo que sea adquirido fuera de estas dos causas, esto o bien pertenece al mismo, si es libre, o bien al dueño, si es un esclavo.⁶²

93. *Sed bonae fidei possessor cum usucepit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi adquirere potest. Usufructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet ius utendi et fruendi; deinde quia scit alienum servum esse.*

Pero el poseedor de buena fe cuando usucapió el esclavo, porque de este modo se hace dueño, con base en cualquier causa a través de aquel puede adquirir para sí; pero el usufructuario no puede usucapir, porque en primer lugar no posee, sino tiene el derecho de usar y disfrutar; después, porque conoce que el esclavo es ajeno.⁶³

94. *De illo quaeritur, an per eum servum, in quo usumfructum habemus, possidere aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possidemus. Per eum vero, quem bona fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus. Loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem, quam proxime expusimus, id est si quid ex re nostra vel ex operis suis adquirant id nobis adquiritur.*

De eso se cuestiona, si por aquel esclavo que tenemos en usufructo podemos poseer alguna cosa y usucapirla, porque al mismo no lo poseemos. Pero por medio del que poseemos en buena fe, sin duda podemos, bien sea poseer así como usucapir. De otra parte decimos, para una u otra persona según la indicación que expusimos hace poco, es decir si algo con base en nuestro patrimonio o bien con base en sus obras adquirieran, esto nos es adquirido.⁶⁴

⁶² Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

⁶³ Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

⁶⁴ Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

95. *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an per extraneam personam nobis adquiratur.*

Con base en esto aparece que por medio de los hombres libres, que ni tenemos sujetos a nuestro derecho ni poseemos en buena fe, del mismo modo por medio de los esclavos ajenos, en que no tenemos el usufructo ni una posesión justa, por ninguna causa puede adquirirse a nosotros; y esto es lo que comúnmente se dice que no puede ser adquirido a nosotros por extraña persona. Únicamente es cuestionado de la posesión, si por extraña persona se adquiere a nosotros.⁶⁵

96. *In summa sciendum est his, qui in potestate manu mancipiove sunt, nihil in iure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse in iure vindicare possint.*

En total debe saberse que a los que están en potestad, *manu* o bien en *mancipio*, nada puede cederse *in iure*, ya que de estas personas nada puede ser suyo, naturalmente es consecuente que no puedan vindicar en juicio nada como suyo.

97. *Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis adquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.*

Hasta aquí en tanto es suficiente haber indicado como sean adquiridas a nosotros las cosas singulares; en efecto, el derecho de los legados, con base en el que también adquirimos las cosas singulares, en otro lugar referiremos más oportunamente. Por lo tanto, veamos

⁶⁵ Confrontar con Inst. 2.9.5 que además incluye:...Se exceptúa el caso de que se trate de una persona libre, como el procurador, por medio del cual se puede adquirir la posesión a ustedes incluso sin que se den cuenta en virtud de una constitución del emperador Severo (C.7.32.1), posesión que determinará inmediatamente la adquisición de la propiedad si el que llevó a cabo la entrega era el dueño y que de no ser así la usucapión o la prescripción de largo plazo.

en este momento, en cuáles modos se adquirieran a nosotros las cosas por universalidad.⁶⁶

98. *Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.*

Si hemos sido hechos herederos de alguien, o bien hayamos pedido la *bonorum possessio* de alguien, o bien hayamos comprado los bienes de alguien, o bien hayamos adoptado a alguien, o bien hayamos recibido en *manus* a alguna como esposa, las cosas suyas pasan a nosotros.⁶⁷

99. *Ac prius de hereditatibus dispiciamus. Quarum duplex condicio est; nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent.*

Y primero tratemos de las herencias. De éstas la condición es doble; en efecto, o bien por testamento o bien *ab intestato* nos pertenecen.⁶⁸

100. *Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obveniunt.*

Y primero es, que tratemos de aquellas que nos llegan por testamento.⁶⁹

101. *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

De otra parte, al inicio existieron dos géneros de testamento; en efecto, o bien hacían el testamento *calatis comitiis*, y estos comicios dos veces en un año estaban destinados para hacer testamentos; o bien *in procinctu*, es decir, cuando asumían las armas por causa de guerra; *procinctus* es en efecto el ejército preparado a combatir y

⁶⁶ Mismo contenido en Inst. 2.9.6.

⁶⁷ Mismo contenido en Inst. 2.9.6.

⁶⁸ Mismo contenido en Inst. 2.9.6.

⁶⁹ Mismo contenido en Inst. 2.9.6; Modestino, *libro secundo pandectarum* D.28.1.1: El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte.

armado. El primero por lo tanto lo hacían en paz y en ocio, el segundo cuando estaban por salir en combate.⁷⁰

102. *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui ((enim)) neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

Después se añadió un tercer género de testamento, que es hecho por el bronce y la balanza; en efecto, quien no había hecho ni el testamento *calatis comitiis* ni el *in procinctu*, si éste se encontraba a punto de morir, daba su “familia” en mancipio a un amigo; es decir, su patrimonio, y le rogaba qué cosa quería que fuese dado a cada uno después de su muerte. Este testamento es llamado por el bronce y la balanza (*per aes et libram*), se entiende porque es concluido por *mancipatio*.⁷¹

103. *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

Pero ciertamente cayeron en desuso aquellos dos géneros de testamentos; pero este solo que se hace por el bronce y la balanza fue conservado en uso.⁷² Ciertamente en la actualidad es regulado diversamente de como solía hacerse en un tiempo; en efecto, en un tiempo el comprador de la “familia”; esto es, quien por el testador

⁷⁰ Mismo contenido en Inst. 2.10.1. Sobre el testamento *in procinctu* ver: Luciano Minieri, “Il testamento *in procinctu*”, *SDHI*, v. 64 (1998), pp. 253 a 296.

⁷¹ Mismo contenido en Inst. 2.10.1. Al respecto ver: Gaetano Scherillo, *Corso di diritto romano. Il Testamento* (Milano, La Goliardica, 1965), v. 1, pp. 1 a 272; del mismo autor la parte segunda (Milano, La Goliardica, 1967), pp. 1 a 112; recensión de Mario Amelotti en *Iura* (1967), v. 18, pp. 315 a 321; del mismo autor, *Le forme classiche di testamento* (Torino, Giappichelli, 1966), pp. 1 a 266; recensión de H.A. Rupprecht en *Iura*.

⁷² En Inst. 2.10.1 se menciona que también el testamento *per aes et libram* aunque se siguió utilizando durante más tiempo, también al menos parcialmente cayó en desuso.

recibía en mancipio el patrimonio, obtenía el lugar de heredero, y por esto el testador le mandaba qué cosa quería darse a cada uno después de su muerte; pero actualmente, en verdad, una persona es instituida heredera en el testamento, a cargo del cual también son dejados los legados; otra persona como por imitación del viejo derecho se predispone como comprador del patrimonio.⁷³

104. *Eaque res ita agitur: qui facit ((testamentum)), adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ((ESSE AIO ET EA)). QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, ET, UT QUIDAM ADICIUNT, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori veluti pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA, UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

Y esto es hecho así: quien hace el testamento, predispuestos como en las otras *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un *libripens*, después que haya escrito las tablas del testamento, mancipa por ejemplo a alguno su patrimonio; en tal circunstancia el comprador del patrimonio utiliza estas palabras: DIGO QUE TU FAMILIA Y DINERO POR MANDATO TUYO SON EN CUSTODIA MÍA (Y ESTAS COSAS). PARA QUE TÚ PUEDES HACER TESTAMENTO SEGÚN LA LEY PÚBLICA, CON BASE EN ESTE BRONCE, y como algunos añaden, con la balanza de bronce, serán para mí comprados, después con el bronce se golpea la balanza, y da este bronce al testador como en lugar del precio; después el testador deteniendo las tablas del testamento dice así: ESTAS COSAS ASÍ COMO FUERON ESCRITAS EN ESTAS TABLAS ENCERADAS, ASÍ DOY, ASÍ LEGO,⁷⁴ ASÍ DISPONGO EN EL TES-

⁷³ Sobre la aplicación de la *mancipatio* en el testamento ver: Andre Magdelain, "L'acte per aes et libram et l'auctoritas", *RIDA*, v. 28 (1981), pp. 127 a 161.

⁷⁴ Sobre el significado de la presente palabra ver: Enzo Nardi, "I significati storici del verbo *lego* come termine giuridico" *SDHI*, v. 63 (1997), pp. 293 a 300.

TAMENTO Y ASÍ VOSOTROS, QUIRITES, HACED TESTIMONIO PARA MÍ; y esto es llamado *nuncupatio*;⁷⁵ "nuncupar" es en efecto nombrar públicamente; y ciertamente lo que el testador especialmente haya escrito en las tablas del testamento, se considera nombrarlo y confirmarlo con una frase general.

105. *In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat: itaque reprobatur in ea re domesticum testimonium.*

De otra parte, entre los testigos no debe estar quien está en potestad o bien del comprador del patrimonio o bien del mismo testador, porque a causa de la imitación del derecho antiguo todo este negocio que se hace para realizar el testamento, se cree que se hace entre el comprador del patrimonio y el testador; ya que una vez, como dijimos hace poco, quien recibía en mancipio el patrimonio del testador, estaba en lugar del heredero; por lo tanto, fue desaprobado en esta cosa un testimonio doméstico.⁷⁶

106. *Unde et si is qui in potestate patris est familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, veluti frater eius. Sed ((et)) si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est.*

Por eso también, si quien está en la potestad del padre haya sido utilizado como comprador del patrimonio, su padre no puede ser testigo; y ciertamente tampoco quien está en la misma potestad, por ejemplo su hermano. Pero también si el descendiente con base en el *peculio castrense* haga testamento después del servicio, ni su padre correctamente es utilizado como testigo, ni el que está en potestad del padre.

⁷⁵ Sobre tal concepto ver: José María Blanch Nougues, "Nuncupare heredem", *RIDA*, v. 47 (2000), pp. 123 a 149.

⁷⁶ Confrontar con Inst. 2.10.9.

107. *De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.*

Del *libripens* entenderemos lo mismo que se dijo de los testigos; en efecto, también éste es en el número de los testigos.

108. *Is vero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusve heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusve is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.*

Pero el que está en potestad del heredero o bien del legatario, o bien del que el mismo heredero o bien legatario está en potestad, y el que está en la potestad del mismo, puede ser utilizado como testigo y *libripens*, al punto que también el mismo heredero o bien el legatario sean utilizados conforme al derecho; pero, sin embargo, en lo que concierne al heredero y a quien está en su potestad o del que él estará en potestad, en ningún modo debemos utilizar este derecho.

IV. DE TESTAMENTIS MILITUM. DEL TESTAMENTO MILITAR

109. *Sed haec diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est. Nam quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint neque vendiderint familiam neque nuncupaverint testamentum, recte nihilo minus testantur.*

Pero esta observación diligente en la realización de los testamentos fue perdonada a los militares con base en las constituciones de los príncipes por causa de la demasiada impericia; en efecto, aunque no hayan utilizado el número legítimo de testigos, ni hayan vendido el patrimonio, ni hayan hecho la *nuncupatio* del testamento, correctamente nada menos han realizado testamento.⁷⁷

⁷⁷ Ulpiano, libro *quadragesimo quinto ad edictum* D.29.1.1pr: El divino Julio César fue ciertamente el primero que les concedió a los militares la libre facultad de hacer testamento, pero esta concesión era temporal; pero después fue el divino Tito el primero que la dio; luego Domiciano y posteriormente el divino Nerva concedió a los militares plenísima facul-

110. *Praeterea permissum est iis et peregrinos et Latinos instituere heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legataque, Latini vero per legem Iuniam.*

Además les fue permitido instituir bien sea a los peregrinos, bien sea a los latinos como herederos; o bien legar a ellos, aunque ciertamente los peregrinos con base en una razón de derecho civil les es prohibido recibir herencia y legados, mientras a los latinos con base en la ley Junia.

111. *Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex ((Papia plus quam dimidias partes hereditatis legatorumque capere vetat. Ex militis testamento solidum capiunt))⁷⁸...(duae paginae et fere 21 versus desiderantur)...⁷⁹.*

... y Trajano la mantuvo...; D.29.1.1.1: Pero se llama militar o por la milicia, esto es, duro servicio, que por nosotros soportan, o por la multitud, o por el mal que los militares suelen evitar, o por el número de mil hombres, significado sacado de una palabra griega, derivada de *tagma*; porque los griegos llaman así la muchedumbre de mil hombres, como si cada uno se llamara un milésimo, por lo cual llaman "comandante de mil" al mismo jefe; pero la palabra ejército provino de ejercicio. En Inst. 2.11.pr mismo contenido con referencia a la constitución del 529 en C.6.21.17 que regula la presente materia.

⁷⁸ Integrado por Huschke.

⁷⁹ Menciona Arangio-Ruiz que la grande laguna no admite integraciones porque falta una hoja. Probablemente Gayo hablaba de la *testamenti factio* activa; confrontar Inst. Inst. 2.12. Para entender el argumento el autor cita una serie de textos que hemos traducido para el lector: *Gai Epit* 2.2. (1). *Id quoque statum est, quod non omnibus liceat facere testamentum: sicut sunt hi, qui sui iuris non sunt, sed alieno iuri subiecti sunt, hoc est filii, tam ex nobis nati, quam adoptivi.* También fue establecido que no a todos sea lícito hacer testamento: como es el caso de los que no son *sui iuris*, sino que están sujetos a derecho ajeno, esto es los descendientes, tanto nacidos por nosotros como adoptivos. (2). *Item testamentum facere non possunt impuberes, id est minores quattuordecim annorum, aut puellae duo, decim.* Del mismo modo no pueden hacer testamento los impúberes, esto es, los menores de catorce años, o bien las niñas de doce años. (3). *Item et hi, qui furiosi, id est mente insani, fuerint non possunt facere testamentum. Sed hi, qui insani sunt, per intervalla, quibus sani sunt, possunt facere testamentum.* Del mismo modo, también los furiosos, esto es, los que hayan sido de mente insana, no pueden hacer testamentos. Pero los que son insanos, en los intervalos, en que están sanos, pueden hacer testamentos. *Tit. ex corpore Ulp* 20. (10). *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testatori de eo possit. Sed divus Augustus (Marcus) constituit, ut filius familiae miles de eo peculio quod in castris adquisivit testamentum facere possit.* El descendiente no puede hacer testamento, porque no tiene nada de suyo, de modo que pueda hacer testamento de esto. Pero el divino Augusto estableció que el descendiente soldado pueda hacer testamento de aquel peculio que adqui-

También los célibes, que con base en la ley Julia les está prohibido recibir herencia y legados, así como a los *orbi*, esto es, quienes no tienen hijos; a los que la ley Papia prohíbe recibir más que la mitad de la herencia y legados. Con base en el testamento de un soldado reciben la totalidad....⁸⁰

112. *...ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factus est, quo permissum est (capite non minutis⁸¹) feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, ((tutore auctore)) testari deberent.*
...con base en la autoridad del divino Adriano se hizo un senado-consulta con que fue permitido a las mujeres no *capite minutae* ha-

rió en guerra. (11). *Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat se sui iuris esse, testamentum facere non potest.* El que tiene incerteza de su *status*, porque ignora si es *sui iuris* porque el padre ha muerto en el extranjero, no puede hacer testamento. (12). *Impubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet.* El impúber aunque sea *sui iuris*, no puede hacer testamento, ya que no tiene todavía pleno juicio del espíritu. (13). *Mutus surdus furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest.* El mudo, el sordo, el loco y también el prodigo, al que por ley le fue prohibida la administración de sus bienes, no pueden hacer testamento; el mudo porque no puede decir las palabras en la *nuncupatio*; el sordo ya que no puede escuchar las palabras del comprador del patrimonio; el loco ya que no tiene mente, de modo que pueda hacer testamento de estas cosas; el prodigo ya que le fue prohibido el comercio y a causa de esto no puede mancipar el patrimonio. (14). *Latinus Iunianus, item is qui dediticiorum numero est, testamento facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.* El latino Juniano, así como el que está en el número de los dediticios, no puede hacer testamento; ciertamente el latino ya que le fue prohibido expresamente por la ley Junia; pero el que está en el número de los dediticios, ya que no puede ni realizar testamento como ciudadano romano siendo peregrino, ni como peregrino, ya que no es ciudadano de alguna ciudad cierta, de modo que según las leyes de su ciudad haga testamento. (15). *Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt tutore auctore, donec in tutela sunt.* Las mujeres después de los doce años de edad pueden hacer testamentos con base en la autoridad del tutor por todo el tiempo que están en tutela. (16). *Servus publicus populi Romani partis dimidiaei testamenti faciendi habet ius.* El esclavo público del pueblo romano tiene el derecho de hacer el testamento por la mitad.

⁸⁰ Sobre las mencionadas leyes ver: Riccardo Astolfi, "Note per una valutazione storica della *lex Iulia et Papia*", *SDHI*, v. 39 (1973), pp. 187 a 238.

⁸¹ Integrado por Huschke.

cer testamento también sin *coemptio*, con tal que no fueran menores de doce años, evidentemente de modo que las que no estuvieran libres de tutela, hicieran testamento con base en la autoridad del tutor.

113. *Videntur ergo melioris conditionis esse feminae quam masculi: nam masculus minor annorum XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit, femina vero potest: ((facta enim)) XII annorum testamenti faciendi ius nanciscitur.*

Resulta por esto que las mujeres están en una condición mejor que la de los hombres; en efecto, el hombre menor de catorce años no puede hacer testamento, no obstante quiera con base en la autoridad del tutor hacer testamento, pero la mujer puede hacerlo ya que cumplidos los doce años obtiene el derecho de hacer testamento.

114. *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, in primis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint permittitur testamentum facere.*

Por lo tanto, si preguntamos, si valga el testamento, en primer lugar debemos considerar si quien lo haya hecho haya tenido la *testamenti factio*; después, si la haya tenido, investigaremos si según la regla del derecho civil haya hecho testamento, exceptuando a los militares, a los cuales, a causa de la demasiada impericia, como dijimos, se permite hacer testamento como quieran o como puedan.

115. *Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio quam supra exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus.*

Sin embargo, para que el testamento valga por el derecho civil, no es suficiente esta observación, que expusimos arriba de la venta del patrimonio y de los testigos y de las *nuncupationes*.⁸²

116. *((Sed)) ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

⁸² Confrontar con Inst. 2.13.pr.

Pero ante todo se debe investigar, si la institución de heredero haya sido hecha con base en la costumbre solemne; en efecto, hecha de modo diverso la institución, de nada sirve vender así el patrimonio del testador y así predisponer los testigos y así pronunciar el testamento como arriba dijimos.

117. *Sollemnis autem institutio haec est: TITIUS HERES ESTO; sed et illa iam comprobata videtur: TITIVM HEREDEM ESSE IUBEQ; at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque improbatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVQ, item HEREDEM FACIQ.*

De otra parte, la institución solemne es ésta: TICIO SERÁ HEREDERO; pero se considera ya aprobada también aquélla: ORDENO QUE TICIO SEA HEREDERO; pero no es aprobada aquella: QUIERO QUE TICIO SEA HEREDERO; pero por la mayoría son desaprobadas también aquellas: TICIO INSTITUYÓ HEREDERO, del mismo modo; HAGO HEREDERO.

118. *Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur.*

Debe ser observado enseguida, que si la mujer que está en tutela haga testamento, debe hacerlo con la autoridad del tutor; de otro modo, inútilmente será realizado el testamento con base en el derecho civil.⁸³

119. *Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, veluti frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. Nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, veluti quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

Sin embargo el pretor promete la *bonorum possessio* según las tablas del testamento a los herederos escritos, si el testamento haya sido imprimido con los siete sellos de los testigos; y si no exista nadie al que pertenezca la herencia *ab intestato* por el derecho legítimo,

⁸³ Sobre el testamento realizado por una mujer ver: Jan Zablocki, "Appunti sul testamentum mulieris in età arcaica", *BIDR*, v. 94 a 95 (1991 a 1992), pp. 157 a 179; Carmen Tort-Martorell Llabres, "Le testament d'une femme: à propos de D.5.2.19", *RIDA*, v. 43 (1996), pp. 315 a 342.

como por ejemplo el hermano nacido del mismo padre, o bien el tío paterno, o bien el hijo del hermano, así podrán retener la herencia los herederos escritos; en efecto, el mismo derecho es también si con base en otra causa no valga el testamento, por ejemplo, porque el patrimonio no haya sido vendido o bien no haya dicho el testador las palabras de la *nuncupatio*.

120. *Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores, scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

Pero veamos, si en el caso que existan el hermano o bien el tío paterno, sean considerados preferidos a los herederos escritos. Ya que en un rescripto del emperador Antonino es declarado que aquellos que hayan pedido la *bonorum possessio* según las tablas del testamento no hechas con base en el derecho, pueden contra aquellos que vindican la herencia *ab intestato*, defenderse por la excepción de dolo malo.

121. *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint aut nuncupationis verba locutae non sint; an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.*

Y en efecto es cierto que esto concierne a los testamentos de los hombres; lo mismo vale respecto a aquellos de las mujeres, que no hicieron un testamento útil con base en este motivo, porque por ejemplo, no hayan vendido el patrimonio, o bien no hayan pronunciado las palabras de la *nuncupatio*; veamos si esta constitución concierne también a aquellos testamentos de las mujeres, que los hayan hecho sin la autoridad del tutor.

122. *Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed (de his) quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri: alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summo veri palam est.*

Pero evidentemente hablamos de estas mujeres que no están en la tutela legítima de los padres o bien de los patronos, sino de las que tienen tutores de otro género, que también contra su voluntad son constrañidos a dar la *auctoritas*; de otro modo es claro que el padre o el patrono no son removidos por un testamento hecho sin su autoridad.⁸⁴

123. *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, (quod) scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant ((non)) statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

Del mismo modo, el que tiene un hijo en potestad, debe hacer de modo que éste o bien lo instituya heredero o bien lo desherede nominativamente, si no, si lo haya omitido con el silencio, inútilmente hará testamento, a tal punto ciertamente que nuestros preceptores estimen que nadie puede ser heredero con base en aquel testamento, ciertamente porque desde el inicio no había subsistido la institución. Pero los autores de la escuela contraria admiten que, si ciertamente el hijo viva en el momento de la muerte del padre, ciertamente éste es de obstáculo a los herederos escritos, y aquél se convierte en heredero *ab intestato*, pero si haya muerto antes la muerte a la del padre, piensan que se puede adquirir la herencia con base en el testamento, no siendo el hijo ya un obstáculo, porque evidentemente estiman que el testamento no es hecho inútilmente desde el inicio aunque el hijo sea preterido.⁸⁵

⁸⁴ Al respecto: Alejandro Guzmán, "Sobre la responsabilidad del tutor *mulieris*, *AHDE*, v. 46 (1976), pp. 145 a 161.

⁸⁵ Confrontar con Inst. 2.13.pr; Ulpiano, *libro primo ad Sabinum* D.28.2.1: Veamos que significa ser desheredado nominalmente, si ha de expresarse el nombre, el nombre propio, y el sobrenombre o basta uno de ellos, y es sabido que basta uno de ellos; *idem*, *libro sexto regularum* D.28.2.2: También se considera desheredado nominalmente un hijo de este modo: QUEDE DESHEREDADO MI HIJO; aunque no se haya expresado ni su nombre si fuera único,

124. *Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, ((sed)) praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt, si sui heredes sint, in virilem, si extranei, in dimidiam. Id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo pro quarta parte fit heres, et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ((ceteris)) liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus.*

Pero si el testador haya preterido a todos los otros descendientes, vale el testamento, pero estas personas preteridas acrecen en parte a los herederos escritos, si sean *sui heredes* en una parte viril, si son extraños, en la mitad; esto es, si el que por ejemplo haya instituido a tres hijos herederos y haya preterido a la hija, la hija se hace heredera acreciendo por la cuarta parte, y con base en esta razón, consigue lo que tendría *ab intestato* muerto el padre; pero si aquel haya instituido herederos extraños y haya preterido a la hija, la hija acreciendo por la mitad se transforma en heredera. Lo que dijimos de la hija, entenderemos dicho respecto al nieto y a todos los descendientes, bien sean del sexo masculino o bien del femenino.⁸⁶

125. *Quid ergo est? licet eae secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem modo detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur et efficiuntur sine re heredes.*

¿Qué es en consecuencia? Aunque estas personas según lo que dijimos sustraigan a los herederos escritos solamente la mitad, sin embargo, el pretor les promete la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento; y por esta razón los herederos extraños son rechazados de toda la herencia y se convierten en herederos sin patrimonio.

porque si son muchos los hijos, preferentemente se responde por benigna interpretación que ninguno fue desheredado.

⁸⁶ Al respecto ver: Luigi di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria* (Napoli, Jovene, 1972), pp. 1 a 279; recensiones de Pasquale Voci en *IURA*, (1972), v. 23, pp. 278 a 281; Marrone en *Labeo*, (1973), v. 19, pp. 358 a 365.

126. *Et hoc iure utebatur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrendi consequerentur. Quod in emancipatarum quoque persona observandum est, ut hae quoque, quod adcrendi iure habiturae essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant.*

Y utilizábamos este derecho, como si no hubiera ninguna diferencia entre mujeres y hombres; pero recientemente el emperador Antonino declaró en un rescripto suyo que las mujeres obtienen por *bonorum possessio*, no más que lo que obtendrían por el *ius adcrendi*; lo que se debe observar también respecto a las emancipadas, que también éstas, lo que por el *ius adcrendi* tendrían, si estuvieran en potestad, lo mismo tendrían también por *bonorum possessio*.

127. *Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet: alioquin non potest exheredari. Nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur: TITUS FILIUS MEUS exheres esto, sive ita: filius meus EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine.*

Pero si ciertamente el hijo sea desheredado por el padre, debe nominativamente ser desheredado; si no, no puede ser desheredado; pero nominativamente resulta ser desheredado, sea que del siguiente modo sea desheredado: TICIO, HIJO MÍO, sea desheredado, o bien, de este modo: el hijo mío SERÁ DESHEREDADO, no añadiendo el propio nombre.⁸⁸

128. *Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his verbis: ceteri OMNES EXHEREDES SUNTO, quae verba statim post institutionem heredum adici solent.*

Pero todos los otros descendientes, bien sean del sexo femenino o bien del masculino son desheredados suficientemente en forma colectiva; esto es, con estas palabras: TODOS LOS OTROS SERÁN DESHEREDADOS, y estas palabras suelen agregarse inmediatamente después de la institución de los herederos.

⁸⁷ Integrado por Krueger.

⁸⁸ Confrontar con Inst. 2.13.1.

129. *Sed hoc ita est iure civili. Nam praetor omnes virilis sexus liberorum personas, id est nepotes quoque et pronepotes, ((nominatim exheredari iubet, femini vero inter ceteros: qui nisi fuerint ita exheredati, promittit eis contra tabulas bonorum possessionem⁸⁹)).*

Pero esto es así con base en el derecho civil; ciertamente el pretor a todos los descendientes del sexo masculino, esto es, también los nietos y bisnietos, ordena que nominativamente sean desheredados, pero los descendientes del sexo femenino colectivamente; y a aquellos si no hayan sido desheredados en este modo, les promete la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento.

130. *Postumi quoque liberi (nominatim) vel heredes institui debent vel exheredari.*

También los descendientes póstumos nominativamente deben ser instituidos herederos o bien ser desheredados.⁹⁰

131. *Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio (postumo et in quolibet ex ceteris) liberis sive (femini sexus sive) masculini praeterito valet (quidem testamentum, sed postea agnatione postumi) sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua (postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam⁹¹).*

Y en esto es igual la condición de todos, porque también en el hijo póstumo preterido y en todos los otros descendientes bien sean del sexo femenino o bien masculino preteridos ciertamente vale el testamento, pero es anulado después por la agnación del póstumo o de la póstuma, y con base en esta razón es anulado enteramente. Y por este motivo, si la mujer, por la que era esperado un póstumo o bien una póstuma, haya hecho un aborto, no es de ningún impedimento a los herederos escritos para aceptar la herencia.⁹²

132. *(Sed feminini) quidem sexus personae (vel nominatim vel) inter ceteros exheredari solent, dum tamen, si inter ceteros (exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem) praeteritae (esse.*

⁸⁹ Integrado por Lachmann.

⁹⁰ Al respecto Marcella Balestri Fumagalli, "Spes Vitae", *SDHI*, v. 49 (1983), pp. 337 a 358.

⁹¹ Integrado con base en Inst. 2.13.1.

⁹² Confrontar con Inst. 2.13.1.

*Masculini vero sexus liberorum) personas placuit non aliter (recte exheredari, quam si nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: quicumque mihi filius genitus fuerit EXHERES ESTO*⁹³ ... (10 fere versus desiderantur)...⁹⁴

Pero ciertamente las personas del sexo femenino suelen ser desheredadas o bien nominativamente o bien colectivamente, con tal que, si sean desheredadas colectivamente, algo les sea dejado en legado, para que no resulten ser preteridas por olvido. Pero fue decidido que los hijos del sexo masculino no sean desheredados correctamente de otro modo que si sean desheredados nominativamente, ciertamente de este modo: cualquier hijo me haya sido generado SERÁ DESHEREDADO.

133. *Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius meus me vivo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur.*

Pero en el lugar de póstumos están también los que sucediendo en el lugar de un *suus heres* se hacen *sui heredes* de los ascendientes como por agnación. Como por ejemplo, si tenga en potestad un hijo y un nieto o bien una nieta nacidos de él, porque el hijo precede en grado, éste sólo tiene los derechos de *suus heres*, si bien también el nieto y la nieta nacidos de él estén en la misma potestad; pero si mi hijo muere conmigo vivo, o bien por cualquier otra razón salga de mi potestad, comienza el nieto o bien la nieta a suceder en el lugar de éste, y de tal modo consiguen los derechos de *sui heredes* como por agnación.⁹⁵

⁹³ Integrado con base en Inst. 2.13.1.

⁹⁴ El sentido del texto puede completarse con *Gai Epit. 2.3.2: ...quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habentur, nisi quod melior est condicio posthumae quam natae, quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, posthuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit...* porque como ya fue dicho más arriba, los concebidos legítimamente son considerados como nacidos, a menos que la condición de la póstuma es mejor que la de la nacida, porque la nacida, si haya sido preterida, no rompe el testamento, mientras que la póstuma, así como los varones, rompe el testamento.

⁹⁵ Mismo contenido en Inst. 2.13.2.

134. *Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, <sicut ipsum filium vel heredem> instituere vel exheredare debeo, ne non <iure faciam testamentum, ita et> nepotem neptemve ex eo necesse est mihi <vel heredem instituere vel exheredare, ne forte, me vivo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos neptisve> quasi agnatione rumpat testamentum: idque lege Iunia Vellaea provisum est, in qua simul exheredationis modus notatur, ut virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis qui inter ceteros exheredantur aliquid legetur.*⁹⁶

Para que por lo tanto de tal modo no se me rompa el testamento, como el mismo hijo debo instituirlo heredero o bien desheredarlo, para que no haga un testamento no con base en el derecho, así me es necesario que también el nieto o bien la nieta nacidos de él o bien los instituya heredero o bien los desherede, para que en caso que al morir el hijo viviendo yo, sucediendo en el lugar de éste el nieto o bien la nieta no se rompa el testamento como por agnación; y esto fue previsto por la ley *Iunia Vellaea*, en que es mencionado al mismo tiempo el modo de la desheredación, que sean desheredados nominativamente los del sexo masculino, los del femenino, o bien nominativamente o bien colectivamente con tal que a los que sean desheredados colectivamente sea legada alguna cosa.⁹⁷

135. *Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros: quod si neque heredes instituti fuerint neque ita ut supra diximus exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem.*

No es necesario por el derecho civil que los descendientes emancipados sean instituidos herederos o sean desheredados, porque no son *sui heredes*; pero el pretor ordena que todos tanto del sexo femenino como masculino, si no sean instituidos herederos, sean deshe-

⁹⁶ Las partes que no se leen de los núms. 133 y 134 han sido integradas con base en D.28.3.13 del mismo jurista, ver también Inst. 2.13.2.

⁹⁷ Confrontar con Inst. 2.13.2; Estévol, *libro sexto quaestionum* D.28.2.29.11: Veamos ahora respecto a la ley *Veleya*, tal quiso que los que nacieron viviendo nosotros no rompieran tampoco el testamento.

redados, los del sexo masculino nominativamente, los del femenino o bien nominativamente o bien colectivamente; que si no hayan sido instituidos herederos ni como dijimos arriba, desheredados, el pretor promete a éstos la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento.⁹⁸

135 a. *In potestate patris non sunt, qui cum eo civitate Romana donati sunt, nec in accipienda civitate Romana pater <petiit statim a principe⁹⁹>, > ut eos in potestate haberet, aut, si petiit, non impetravit: nam qui in potestatem patris ab imperatore rediguntur, nihil differunt <ab his, qui ita nati sunt¹⁰⁰>.*

No están en potestad del ascendiente a los que con éste fue donada la ciudadanía romana, ni el ascendiente que al recibir la ciudadanía romana no pidió inmediatamente al príncipe de tenerlos en potestad, o bien si pidiéndolo no lo consiguió; en efecto, aquellos que son sometidos en potestad del ascendiente por el emperador, en nada se diferencian de los que así nacieron.

136. *Adoptivi filii quamdiu manent in adoptione naturalium loco sunt: emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet inter liberos numerantur.*

Por todo el tiempo que permanecen los descendientes adoptivos en adopción están en el lugar de los naturales; pero los emancipados por el ascendiente adoptivo no son calculados entre los descendientes ni con base en el derecho civil ni en lo que respecta al edicto del pretor.¹⁰¹

137. *Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur; si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre <emancipati> fuissent.*

Con base en esta razón sucede por el contrario, que, en lo que concierne al padre natural ciertamente por todo el tiempo que estén en la familia adoptiva, sean considerados en el número de los extra-

⁹⁸ Mismo contenido en Inst. 2.13.3.

⁹⁹ Integrado por Polenaar.

¹⁰⁰ Integrado por Kuebler.

¹⁰¹ Confrontar con Inst. 2.13.4.

ños; pero si hayan sido emancipados por el ascendiente adoptivo, entonces comienzan a estar en aquella situación en la que estuvieran, si por el mismo padre natural hubieran sido emancipados.¹⁰²

138. *Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui iuris est, aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis.*

Si alguien después de haber hecho el testamento haya adoptado para él un hijo o bien por medio del pueblo el que es *sui iuris*, o bien por medio del pretor, el que haya sido en potestad del ascendiente, en todos los casos su testamento se rompe como por agnación de un *suus heres*.

139. *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua.*

El mismo derecho es si a alguien después de haber hecho el testamento obtenga *in manum* una esposa, o bien se espose la que fue *in manu*; en efecto, en tal modo comienza a estar en lugar de una hija y como si fuera una *heres sua*.

140. *Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, cum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit.*

¹⁰² Confrontar con Inst. 2.13.4; en Inst. 2.13.5 Justiniano menciona que estas normas habían sido establecidas por los antiguos, pero una constitución (en C.6.28.4) había estimado que no debe haber diferencias en esta materia entre los dos sexos, ya que cada uno cumple su papel en la procreación de los hijos y que además, con arreglo a la antigua ley de las XII Tablas eran llamados a la sucesión *ab intestato* sin distinción alguna (lo que ha sido después confirmado por el derecho pretorio), introdujo unas normas sencillas y uniformes para los hijos y las hijas y para los demás descendientes por línea masculina, nacidos o póstumos, con arreglo a las cuales todos ellos, estén o no bajo la patria potestad, deben ser desheredados nominalmente; produciendo el mismo efecto en orden a la invalidación del testamento de los ascendientes y la pérdida de la herencia de los herederos instituidos, la preterición de los hijos emancipados y de los que no lo son, la de los nacidos y la de los meramente concebidos. En cuanto a los hijos adoptivos hemos hecho una cierta distinción que aparece en la constitución que otorgamos al respecto (C.8.47.10).

Y no es útil que bien sea aquella, bien sea aquel que fue adoptado haya sido instituido o bien instituida en aquel testamento; en efecto, de su desheredación resulta inútil indagar, porque en el tiempo de hacer el testamento no había sido en el número de los *sui heredes*.

141. *Filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento heres institutus vel exheredatus fuerit.*

También el hijo, que con base en la primera o bien segunda *mancipatio* es manumitido, porque regresa en la potestad del padre, rompe el testamento hecho antes; y no es útil, si en aquel testamento haya sido instituido heredero o bien desheredado.

142. *Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum.*

En un tiempo existió un similar derecho en la persona de aquel en cuyo nombre con base en un senadoconsulto se prueba la causa del error, porque había nacido de una peregrina o bien latina que por error hubiera sido conducida como esposa como si fuera ciudadana romana; en efecto, o bien él hubiera sido instituido heredero por el padre o bien desheredado, o bien la causa hubiera sido probada, vivo el padre o bien después de su muerte, en todos modos rompía el testamento como por agnación.

143. *Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, aequae ut olim omni modo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum; ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.*

Pero actualmente con base en un nuevo senadoconsulto que fue hecho bajo la autoridad del divino Adriano, si ciertamente vivo el padre es probada la causa, igualmente, como en un tiempo, rompe de

todos modos el testamento; pero si después de la muerte del padre, ciertamente el preterido rompe el testamento, pero si en éste fue nombrado heredero o bien desheredado, no rompe el testamento, para que evidentemente los testamentos hechos con diligencia no fuesen rescindidos en aquel tiempo en que no pudieran renovarse.

144. *Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit. Ideoque si quis ex posteriore testamento quod iure factum est aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut condicione sub qua heres institutus est defectus sit, aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate: quibus casibus pater familias intestatus moritur, nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.*

También por el testamento posterior que fue hecho con base en el derecho, se rompe el precedente. No interesa si con base en él alguien haya existido como heredero, o no haya existido; ya que solamente esto se considera, si haya podido existir. Y por este motivo si alguien por el testamento posterior que fue hecho con base en el derecho o bien no haya querido ser heredero, o bien haya muerto con el testador vivo o bien después de su muerte, antes que aceptara la herencia o bien haya sido excluido por la *cretio*, o bien haya faltado de la condición bajo la que fue instituido heredero, o bien a causa del celibato haya sido rechazado de la herencia por la ley Julia; en estos casos el *pater familias* muere intestado, en efecto, el primer testamento no vale roto por el posterior, igualmente el posterior no tiene ninguna fuerza, porque con base en esto nadie haya existido como heredero.¹⁰³

145. *Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, veluti ((cum)) is qui fecerit testamentum capite deminutus sit: quod quibus modis accidat, primo commentario relatum est.*

También por otro modo los testamentos hechos con base en el derecho son anulados, por ejemplo, cuando el que haya hecho el testa-

¹⁰³ Mismo contenido en Inst. 2.17.2.

mento haya sufrido la *capitis deminutio*; y en cuales modos esto sucede fue referido en el comentario primero.¹⁰⁴

146. *Hoc autem casu inrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur inrita fiant, ((et quae statim ab initio non iure fiunt inrita sint; sed et ea, quae iure facta sunt et postea propter capitis deminutionem inrita fiunt¹⁰⁵)), possunt nihilo minus rupta dici. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non iure fieri dicuntur, quaedam iure facta rumpi vel inrita fieri.*

Pero diremos que por este caso se hacen los testamentos “inritos” porque diferentemente se transforman en “inritos” también los que se rompen y los que inmediatamente desde el inicio no se hacen con base en el derecho son “inritos”, pero también los que fueron hechos con base en el derecho y posteriormente por motivo de la *capitis deminutio* se hacen “inritos”, pueden nada menos ser llamados rotos. Pero porque ciertamente era más cómodo distinguir las causas singulares con los nombres singulares, por este motivo unos se dicen que no son hechos con base en el derecho, otros que hechos con base en el derecho son rotos o bien que se hacen “inritos”.¹⁰⁶

147. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita facta aut rupta sunt. Nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo inritum factum sit testamentum, quod puta civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

Sin embargo, no para todo son inútiles aquellos testamentos, que o bien desde el inicio no son hechos con base en el derecho o bien que hechos con base en el derecho posteriormente son hechos “inritos” o bien rotos; en efecto, si con los siete sellos de los testigos los testa-

¹⁰⁴ Mismo contenido en Inst. 2.17.4.

¹⁰⁵ Integrado con base en Inst. 2.17.5.

¹⁰⁶ Mismo contenido en Inst. 2.17.5.

mentos hayan sido marcados, puede el heredero escrito pedir la *bonorum possessio* según las tablas del testamento, con tal que el testador muerto bien sea haya sido ciudadano romano, bien sea en el tiempo de la muerte haya estado en su potestad; en efecto, si por este motivo haya sido hecho el testamento “inrito”, porque por ejemplo el testador perdió la ciudadanía o bien también la libertad, o si se dio en adopción y en el tiempo de la muerte estuvo en la potestad del padre adoptivo, no puede el heredero escrito pedir la *bonorum possessio* según las tablas del testamento.¹⁰⁷

148. *((Qui autem¹⁰⁸)) secundum tabulas testamenti, quae statim ab initio non iure factae sunt, aut iure factae postea ruptae vel inritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re; si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re.*

Pero aquellos que reciben la *bonorum possessio* según las tablas del testamento que inmediatamente desde el inicio no fueron hechas con base en el derecho, o bien hechas con base en el derecho posteriormente habrán sido rotas o bien “inritas”, si pueden obtener la herencia tendrán la *bonorum possessio cum re*; pero si a estos puede ser quitada la herencia, tendrán la *bonorum possessio sine re*.¹⁰⁹

149. *Nam si quis heres iure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare; si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius adversus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.*

Ciertamente si alguien haya sido instituido heredero con base en el derecho civil o bien con base en el primero o bien con base en el testamento posterior, o bien sea heredero *ab intestato* con base en el derecho legítimo, éste puede quitar la herencia a aquellos; pero si ningún otro sea heredero con base en el derecho civil, los mismos pueden retener la herencia, y ningún derecho tienen contra aquellos los cognados que carecen del derecho legítimo.

¹⁰⁷ Mismo contenido en Inst. 2.17.6.

¹⁰⁸ Integrado por Boecking.

¹⁰⁹ Al respecto ver: Pasquale Voci, “Testamento pretorio”, *Labeo*, v. 13 (1967), pp. 319 a 348.

149a. *Aliquando <tamen, sicut> supra quoque notavimus, etiam legitimis quoque <heredibus> potiores scripti habentur, veluti si ideo non <iure> factum sit testamentum, quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit; <tum enim, si> agnati petant hereditatem, <exceptione doli mali> ex constitutione <imperatoris Antonini removeri> possunt.*

Sin embargo a veces, así como también arriba notamos, los herederos escritos son considerados preteridos también a los herederos legítimos, por ejemplo si no haya sido hecho el testamento con base en el derecho, por este motivo, porque no se haya vendido el patrimonio o bien el testador no haya dicho las palabras de la *nuncupatio*; en efecto, entonces si los agnados pidan la herencia, con base en la constitución del emperador Antonino pueden ser excluidos por una excepción de dolo malo.

150. *<Sane> lege Iulia <scriptis non aufertur hereditas, si bonorum> possessores <ex edicto constituti sint. Nam ita demum> ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo <heres vel bonorum possessor existat>¹¹⁰.*

Ciertamente por la ley Julia a los herederos escritos no se les quita la herencia si hayan sido constituidos poseedores de los bienes con base en el edicto; en efecto, en este modo al final se hacen los bienes caducos por esta ley y se ordena que sean conferidos al pueblo, si no exista ningún heredero o bien poseedor de los bienes del difunto.

151. *Potest ut iure facta testamenta <contraria voluntate> infirmantur. Apparet <autem> non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti non ideo <nihilo> minus desinent valere <quae> ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

Se puede (hacer) de modo que sean anulados los testamentos hechos con base en el derecho por contraria voluntad. Pero es evidente que no se puede anular el testamento por esto solamente, que después el testador no haya querido que valiese, hasta al punto que, si haya dañado su tela de lino, nada menos valga por el derecho civil.

¹¹⁰ Integrado por Krueger.

Que también si haya cancelado o bien quemado las tablas del testamento, nada menos no cesan por este motivo de valer las cosas que en aquél fueron escritas, aunque la prueba de éstas sea difícil.¹¹¹

151a. *Quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat <hereditatem, per exceptionem doli mali repellatur; si vero nemo ab intestato bonorum possessionem petierit, populus scripto heredi quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum quem testator heredem habere noluit>¹¹² perveniat hereditas; et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.*

¿Qué es en consecuencia? Si alguien haya pedido la *bonorum possessio ab intestato* y el que con base en este testamento es heredero pide la herencia, es rechazado con base en la excepción de dolo malo; pero si ninguno haya pedido la *bonorum possessio ab intestato*, el pueblo quitará la herencia al heredero escrito como si fuese indigno para que de ningún modo al que el testador no quiso tener como heredero no le llegue la herencia; y esto así es indicado en un rescripto del emperador Antonino.

152. *Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii, aut extranei.*

Pero los herederos son llamados o bien necesarios o bien *sui et necessarii* o bien extraños.¹¹³

153. *Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est.*

El heredero necesario es el esclavo instituido heredero con la libertad, así fue llamado por este motivo, porque sea que quiera, sea que no quiera, de todos modos después de la muerte del testador inmediatamente es libre y es heredero.¹¹⁴

154. *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem*

¹¹¹ Confrontar con Inst. 2.17.7.

¹¹² Integrado por Krueger.

¹¹³ Mismo contenido en Inst. 2.19.pr.

¹¹⁴ Mismo contenido en Inst. 2.19.1.

instituire, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accedit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur: sed alio iure utimur.

Por lo tanto, el que tiene sus facultades "sospechosas", suele instituir a su esclavo libre y heredero en primero o bien segundo o bien en grado sucesivo, de modo que si no satisfaga a los acreedores se vendan los bienes de este heredero preferiblemente que del mismo testador, esto es, de modo que la infamia, que resulta por la venta de los bienes, llegue preferiblemente a este heredero que al mismo testador; aunque en Fufidio, Sabino decida que éste se deba eximir de la infamia, porque sufrió la venta de los bienes no por su vicio sino por necesidad del derecho; pero utilizamos otro derecho.¹¹⁵

155. *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit acquisitum, veluti si (ex eo, quod¹¹⁶) Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire soleant.*

Sin embargo, en cambio de tal inconveniente le es otorgada la prerrogativa que las cosas que después de la muerte del patrón haya adquirido para sí mismo, bien sea antes de la venta de los bienes, bien sea después, le sean reservadas; y aunque los bienes se hayan vendido por porción, una segunda vez por causa hereditaria sus bienes no serán vendidos a menos que si le sea adquirido algo por causa hereditaria, como por ejemplo si con base en lo que haya adquirido como latino se hizo más rico; mientras los bienes de todos los otros hombres cuyos bienes se hayan vendido por porción, si después adquieran algo, suelen al cuanto frecuentemente también venderse.¹¹⁷

156. *Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.*

Pero los herederos *sui et necessarii* son por ejemplo; el hijo o bien la hija, el nieto o bien la nieta nacida del hijo, y a su vez todos los otros que en aquel tiempo fueron en la potestad del que muere. Pero para que el nieto o bien la nieta sea *heres suus*, no es suficiente que éste estuvo en la potestad del abuelo en el tiempo de la muerte, sino es necesario que también su padre al vivir su ascendiente haya dejado de ser heredero *suus*; o bien porque muerto o bien por cualquier razón liberado de la potestad; entonces ciertamente el nieto y la nieta suceden en lugar de su padre.¹¹⁸

157. *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.*

Pero ciertamente son llamados *heredes sui* por este motivo; porque son herederos domésticos y también al vivir también el padre, en cierto modo son considerados dueños; por esto, también si alguien haya muerto intestado, están en primera posición en la sucesión de los descendientes. Pero necesarios son llamados por este motivo, porque de todos modos, quisieran o no quisieran, tanto *ab intestato* como por el testamento, se hacen herederos.¹¹⁹

158. *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.*

Pero el pretor permite a éstos abstenerse de la herencia de modo que mejor se vendan los bienes del ascendiente.¹²⁰

¹¹⁵ Mismo contenido en Inst. 2.19.2.

¹¹⁶ Mismo contenido en Inst. 2.19.2. Al respecto ver: Alfonso Castro Sáenz, "Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos, *BIDR*, v. 98 e 99 (1995-1996), pp. 760 a 778.

¹²⁰ Mismo contenido en Inst. 2.19.2.

¹¹⁵ Confrontar con Inst. 2.19.1.

¹¹⁶ Integrado por Savigny.

¹¹⁷ Confrontar con Inst. 2.19.1.

159. *Idem iuris est et ((in)) uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est.*

El mismo derecho es también en la persona de la esposa que está *in manu*, porque está en el lugar de la hija, y en la nuera que está *in manu* del hijo, que está en el lugar de la nieta.

160. *Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam ei, qui in causa mancipii est, si cum libertate heres institutus sit, quamvis necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus.*

E incluso el pretor similarmente hace la potestad de abstenerse también al que está *in causa mancipii*, si haya instituido heredero con la libertad, aunque sea heredero necesario y no *heres suus*, así como un esclavo.

161. *Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei videntur. Qua de causa et qui a matre heredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. Servi quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.*

Todos los otros que no están sujetos al derecho del testador, son llamados herederos extraños; por lo tanto, también nuestros descendientes que no están en nuestra potestad, por nosotros instituidos herederos resultan como extraños. También ellos que son instituidos herederos por la madre son en este número, porque las mujeres no tienen en potestad a los descendientes. También los esclavos que con la libertad son instituidos herederos y después son manumitidos por el dueño están considerados en este número.¹²¹

162. *Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.*

Pero a los herederos extraños fue dada la potestad de deliberar de aceptar la herencia o bien de no aceptarla.¹²²

163. *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda ((hereditate)) deliberare licet, adierit,*

¹²¹ Mismo contenido en Inst. 2.19.3.

¹²² Mismo contenido en Inst. 2.19.5.

postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV. Nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit. Scio quidem divum Hadrianum etiam maiori XXV annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.

Pero si quien tiene la potestad de abstenerse se haya entrometido en la gestión de los bienes hereditarios, o bien si a quien es lícito deliberar de aceptar la herencia la haya aceptado, después no tiene la facultad de abandonar la herencia, salvo que sea menor de veinticinco años; en efecto, el pretor socorre a los hombres de esta edad, así como a los engañados en todas las otras situaciones; y así también si hayan aceptado una herencia dañosa temerariamente.¹²³ Ciertamente yo sé que el divino Adriano también dio la venia al mayor de veinticinco años cuando después de aceptar la herencia hubiera aparecido una grande deuda, que en el tiempo de la aceptación de la herencia se escondía.¹²⁴

164. *Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel, si non adeant, temporis fine summoveantur, ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere.*

A los herederos extraños suele ser dada la *cretio*; esto es, un límite de deliberar de modo que entre cierto tiempo o bien acepten la herencia o bien, si no acepten sean excluidos del límite del tiempo, pero por este motivo fue llamada *cretio*, porque *cernere* es cómo decidir y establecer.¹²⁵

165. *Cum ergo ita scriptum sit: HERES TITIUS ESTO, adicere debemus: CERNITOQUE IN CENTUM DIEBUS PROXIMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE. QUODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO.*

¹²³ Mismo contenido en Inst. 2.19.5.

¹²⁴ Mismo contenido en Inst. 2.19.6 que complementa diciendo: ...pero esto lo concedió el emperador Adriano como beneficio especial a una persona determinada, extendiéndolo después a los soldados el emperador Gordiano.

¹²⁵ Sobre la aceptación de la herencia ver: Carlo Beduschi, *Hereditatis aditio*, (Milano, Giuffrè, 1976), pp. 1 a 243 y las recensiones de Peter Apathy en ZSS, v. 108 (1978), pp. 505 a 512; Pierre Leuregans en RHDE, v. 57 (1979), pp. 261 a 263; Alfonso Castro, "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la *aditio*", *Iura*, v. 47 (1996), pp. 43 a 91.

Cuando así en este modo fue escrito: TICIO SERÁ HEREDERO, debemos agregar: Y DECIDIRÁS DENTRO DE LOS PRÓXIMOS CIEN DÍAS DE CUÁNDO SABRÁS Y PODRÁS, QUE SI NO HAYAS REALIZADO LA *CRETIO* EN ESTE MODO, SERÁS DESHEREDADO.

166. *Et qui ita heres institutus est, si velit heres esse, debet intra diem cretionis cernere, id est haec verba dicere: QUOD ME P. MAEVIUS TESTAMENTO SUO HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE. Quod si ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicquam proficit, si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur.*

Y el que en este modo ha sido instituido heredero, si quiera ser heredero, deberá decidir entre el día de la *cretio*; esto es, decir estas palabras: PUESTO QUE P. MEVIO EN SU TESTAMENTO ME INSTITUYÓ HEREDERO, ESTA HERENCIA DECIDO DE ACEPTAR. Que si no haya decidido en este modo terminado en el tiempo de la *cretio* es excluido; ni algún beneficio tendrá si actúa como heredero, esto es, si a las cosas hereditarias las utilice como heredero.

167. *At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri; eique liberum est quocumque tempore voluerit adire hereditatem: ((sed)) solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.*

Pero el que sin *cretio* haya sido instituido heredero, o bien el que *ab intestato* con base en el derecho legítimo es llamado a la herencia, puede o bien realizar la *cretio* o bien actuar como heredero, o bien también con base en la voluntad desnuda de aceptar la herencia convertirse en heredero; y es libre de aceptar la herencia para él en cualquier tiempo que haya querido; pero bajo solicitud de los acreedores hereditarios suele el pretor constituir un tiempo entre el que, si la quiera, acepte la herencia, si no, que sea lícito a los acreedores vender los bienes del difunto.¹²⁶

168. *Sicut autem qui cum cretione heres institutus est, nisi creverit hereditatem, non fit heres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit intra id tempus, quo cretio finita sit: itaque, licet ante diem cretionis constituerit hereditatem non adire, tamen paenitentia actus superante die cretionis cernendo heres esse potest.*

Pero como el que con la *cretio* fue instituido heredero, si no haya realizado la *cretio* de la herencia, no se hace heredero, así también no es excluido de otro modo, que si no haya realizado la *cretio* entre aquel tiempo, en que haya sido delimitada la *cretio*; por lo tanto, aunque antes del día de la *cretio* haya decidido de no aceptarla, sin embargo, arrepintiéndose del acto puede ser heredero mediante la *cretio* si no es superado el día de la *cretio*.

169. *At is, qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.*

Pero el que sin *cretio* fue instituido heredero, o bien el que fue llamado por ley *ab intestato*, como se hace heredero por la voluntad desnuda, así también es alejado inmediatamente de la herencia por una contraria decisión.¹²⁷

170. *Omnis autem cretio certo tempore constringitur. In quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum. Potest tamen nihilo minus iure civili aut longius aut brevius tempus dari: longius tamen interdum praetor coartat.*

Pero toda *cretio* es limitada en un cierto tiempo. Y para esta cosa resultó tolerable un tiempo de cien días. Sin embargo, por el derecho civil puede darse nada menos o bien un tiempo más amplio o bien más breve; sin embargo, el pretor reduce ciertas veces el más amplio.

171. *Et quamvis omnis cretio certis diebus constringatur, tamen alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum: vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est in qua adiciuntur haec verba, QUIBUS SCIET POTERITQUE; certorum dierum, in qua detractis his verbis cetera scribuntur.*

¹²⁶ Confrontar con Inst. 2.19.7.

¹²⁷ Mismo contenido en Inst. 2.19.7.

Y por cuanto que toda *cretio* es limitada en ciertos días, sin embargo una *cretio* se llama común, y otra de ciertos días; común la que expusimos arriba, esto es, en que son añadidas estas palabras: DE LOS DÍAS DE QUE CONOCERÁ Y PODRÁ, de ciertos días, en que, quitadas estas palabras, son escritas todas las otras.

172. *Quarum cretionum magna differentia est. Nam vulgari cretione data nulli dies computantur, nisi quibus scierit quisque se heredem esse institutum et possit cernere. Certorum vero dierum cretione data etiam nescienti se heredem institutum esse numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub condicione heres institutus est, tempus numeratur: unde melius et aptius est vulgari cretione uti.*

Entre estas *cretiones* existe gran diferencia; en efecto, dada la *cretio* común, ningunos días son calculados, si no (a partir) del que cada uno haya conocido que fue instituido heredero y pueda decidir; pero dada la *cretio* de ciertos días, los días son contados continuos también para quien desconozca que fue instituido heredero; igualmente también a quien por alguna causa es impedido aceptar, y aún más a quien bajo condición fue instituido heredero, el tiempo se cuenta; por esto es mejor y más conveniente utilizar la *cretio* común.

173. *Continua haec cretio vocatur, quia continui dies numerantur. Sed quia tamen dura est haec cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam vulgaris dicta est.*

Esta *cretio* es llamada continua, porque continuos son contados los días; pero, porque sin embargo es dura esta *cretio*, la otra se tiene más en uso; por eso también fue llamada común.

V. DE SUBSTITUTIONIBUS. DE LAS SUSTITUCIONES

174. *Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo: L. TITIVS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS ((CENTUM)) PROXIMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE. QUODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TUM MAEVIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM et reliqua; et deinceps in quantum velimus substituere possumus.*

Ciertas veces nombramos dos o más grados de herederos, de este modo: L. TICIO SERÁS HEREDERO Y DECIDIRÁS DE ACEPTAR EN LOS CIEN DÍAS PRÓXIMOS DE QUE CONOCERÁS Y PODRÁS. QUE SI EN ESTE MODO NO HAYAS DECIDIDO SERÁS DESHEREDADO. ENTONCES MEVIO SERÁS HEREDERO Y DECIDIRÁS EN LOS CIEN DÍAS y todas las otras cosas; y después enseguida podemos sustituir en cuanto queramos.¹²⁸

175. *Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve, et contra in plurium locum vel unum vel plures substituere.*

Y es lícito a nosotros sustituir en lugar de uno solo o bien tantos, y por el contrario sustituir en lugar de tantos uno o bien tantos.

176. *Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres et substitutus excluditur; non cernendo summovetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit. Et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit.*

Por lo tanto, realizando la *cretio* el heredero escrito de primer grado se hace heredero y es excluido el sustituto; no realizando la *cretio* es removido, aunque cumpla con la *pro herede gestio*, y en su lugar sucede el sustituto. Y en seguida si sean más grados, en cada uno le toca lo mismo por similar razón.

177. *Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec verba: SI NON CREVERIS, TUM P. MAEVIUS HERES ESTO, illud diversum invenitur, quod si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit et fiunt ambo aequis partibus heredes. Quod si neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit.*

Pero si la *cretio* haya sido dada sin desheredación, esto es, con tales palabras: SI NO HAYAS REALIZADO LA *CRETIO* ENTONCES P. MEVIO SERÁ HEREDERO, esto resulta diferente, que, si el primero omitida la *cretio* cumple con la *pro herede gestio*, admite en parte el sustituto y

¹²⁸ Ulpiano, libro quinto ad Sabinum D.28.5.28: Si alguno hubiera sido instituido en esta forma: SEA HEREDERO TICIO, SI EL SEGUNDO NO FUERE HEREDERO, Y DESPUÉS SEA HEREDERO EL SEGUNDO, se establece, que el segundo fue instituido en primer grado; Gayo, libro tertio decimo ad legem Iuliam et Papiam D.28.5.74: Si habiendo instituido heredero bajo condición lo sustituyéramos, se entiende que sustituimos puramente al heredero si no repitiéramos la misma condición.

ambos se hacen herederos en partes iguales. Que si no realiza la *cretio* ni la *pro herede gestio*, entonces ciertamente es removido en la totalidad, y el sustituto sucede en toda la herencia.

178. *Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admittit substitutum. Aliis vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittit et amplius ad cretione reverti non posse.*

Pero ciertamente Sabino decidió que por todo el tiempo que el primero pueda realizar la *cretio* y convertirse en heredero de este modo, también si haya cumplido con la *pro herede gestio*, no se admite sin embargo el sustituto; pero cuando el plazo de la *cretio* haya sido terminado, entonces cumpliendo con la *pro herede gestio* admite al sustituto; pero otros decidieron que, también cuando está pendiente el término de la *cretio*, puede éste cumpliendo con la *pro herede gestio* admitir en parte al sustituto y no puede regresar más a la *cretio*.

179. *Liberis nostris inpuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita ut supra diximus substituere possumus, id est ut, si heredes non extiterint, alius nobis heres sit; sed eo amplius ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc inpuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres, veluti hoc modo: TITIUS FILIUS MEUS MIHI HERES ESTO: SI FILIUS MEUS MIHI (HERES NON ERIT SIVE HERES¹²⁹) ERIT ET HIC PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT, TUNC SEIUS HERES ESTO.*

A nuestros descendientes impúberes, que tenemos en potestad, no sólo podemos sustituir otros, así como dijimos arriba, esto es, que si no hayan sido herederos, sea otro nuestro heredero; sino que además, aunque hayan sido nuestros herederos y hayan muerto siendo impúberes, alguien sea heredero a ellos; por ejemplo en este modo: TICIO HIJO MÍO SERÁ MI HEREDERO; SI MI HIJO NO SERÁ MI HEREDERO O BIEN SERÁ HEREDERO Y MUERA ANTES DE QUE HAYA LLEGADO EN SU TUTELA, ENTONCES SEYO SERÁ HEREDERO.¹³⁰

¹²⁹ Integrado con base en Inst. 2.16.pr.

¹³⁰ Mismo sentido en Inst. 2.16.pr.; además: Ulpiano, *libro sexto ad Sabinum* D.28.6.2.pr. Se introdujo por las costumbres que cualquiera pueda hacer testamento por los descendien-

180. *Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.*

En este caso si ciertamente no haya sido heredero el hijo, el sustituto se hace heredero del padre; pero si el hijo haya sido heredero y haya muerto antes de la pubertad, del mismo hijo se hace heredero el sustituto. Por esta razón en un cierto modo son dos los testamentos; uno del padre, otro del hijo, como si el mismo hijo hubiera instituido para sí un heredero; pero ciertamente uno es el testamento de dos herencias.¹³¹

181. *Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus, in usu est vulgarem quidem substitutionem palam facere, id est eo loco quo pupillum heredem instituimus; nam vulgaris substitutio ita vocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit; quod accidit, cum vivo parente moritur, quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum scilicet et vivo testatore omnia, quae in testamento scripta sint, ignorentur. Illam autem*

tes impúberes hasta que los varones lleguen a los catorce años, y las mujeres a los doce; lo cual se habrá de entender de este modo, si estuvieran bajo potestad; pero no podemos por los emancipados, pero podemos los póstumos, y también podemos por los nietos, y los demás descendientes, si no han de recaer en la potestad del padre...; Ulpiano, *libro sexto decimo ad Sabinum* D.28.6.20.1: Si el padre hubiere hecho testamento para sí en escritura, y nuncupativo para su hijo, o al contrario, será válido. Al respecto ver: Giovanni Finazzi, *La sostituzione pupillare* (Napoli, Jovene, 1997), pp. 3 a 490.

¹³¹ Confrontar con Inst. 2.16.pr y 2.16.2; además: Ulpiano, *libro sexto ad Sabinum* D.28.6.2.4: Pero antes uno debe instituir para sí heredero, y después nombrarle sustituto al hijo, y no invertir el orden de la escritura; y esto opina Juliano, que debe instituir heredero primeramente para sí, y después para su hijo; pero que si antes hiciera testamento para el hijo, y luego para sí, no es válido. Cuya opinión se haya comprobada en un rescripto de nuestro emperador dirigido a Virio Lupo, presidente de la Bretaña; y con razón, porque es sabido que hay un solo testamento, aunque sean dos las herencias, de tal manera que a los que uno hace herederos necesarios para sí, los haga también para el hijo, y pueda uno sustituir su propio póstumo al hijo impúber; además en Inst. 2.16.1 se dice: Movidos por esta consideración, hemos insertado en nuestro código (C.6.26.9) en que se ha previsto que aquellos que tengan hijos o nietos u otros descendientes que no están en su juicio (de cualquier sexo o grado que sean y aunque hayan alcanzado la pubertad), nombrar a ciertas personas para que los sustituyan, a semejanza de la sustitución pupilar. Ahora bien, si recobrasen la razón, la sustitución se invalidaría, y esto también a semejanza de la sustitución pupilar, que pierde su validez cuando el pupilo alcanza la pubertad.

substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc inpubere aperiantur. Sed longe tutius est utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari; quia si ita consignatae vel separatae fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intellegi in altera quoque idem esse substitutus.

Pero para que después de la muerte del padre el pupilo no resulte sujeto al peligro de insidias, es cierto en uso hacer abiertamente la sustitución común, esto es, en aquel lugar en que instituímos heredero al pupilo; en efecto, la sustitución común así llama a la herencia al sustituto, si completamente el pupilo no haya sido heredero; lo que sucede, cuando muere con el padre vivo, y en este caso no podemos sospechar ningún delito del sustituto, siendo ignoradas evidentemente con el testador vivo todas las cosas que en el testamento hayan sido escritas. Pero aquella sustitución, por la que, también si el pupilo haya sido heredero y haya muerto dentro de la pubertad, llamamos el sustituto, la escribimos separadamente en las tablas (del testamento) inferiores, y estas tablas las sellamos con sus propios hilos y cera, y en las primeras tablas avisamos que no sean abiertas las tablas inferiores con el hijo vivo y todavía impúber; pero es mucho más seguro que ambos géneros de sustitución sean selladas separadamente en las tablas inferiores; porque si las sustituciones hayan sido selladas o bien separadas, así como dijimos, con base en la primera puede entenderse que también el mismo es sustituido en la otra.¹³²

182. *Non solum autem heredibus institutis inpuberibus liberis ita substituere possumus, ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is heres, quem nos voluerimus, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet.*

Pero no sólo podemos así sustituir a los descendientes impúberes instituidos herederos, de modo que si hayan muerto antes de la pubertad, sea heredero el que nosotros hayamos querido, sino también a aquellos desheredados. Y así en este caso, si algo al pupilo haya

sido adquirido con base en herencias o bien legados o bien donaciones de los parientes, todo esto pertenece al sustituto.¹³³

183. *Quaecumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegemus.*

Todo lo que dijimos de la sustitución de los descendientes impúberes o bien de los herederos instituidos o bien desheredados, lo entenderemos también respecto a los póstumos.¹³⁴

184. *Extraneo vero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit: sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam vel (pro) parte restituat; quod ius quale sit, suo loco trademus.*

Pero no podemos sustituir en este modo al heredero extraño instituido, que si haya sido heredero y dentro de algún tiempo haya muerto, otro sea heredero a él. Pero sólo esto nos fue permitido, que lo obliguemos por fideicomiso, que entregue toda nuestra herencia o bien una parte; cuál sea este derecho, en su lugar lo trataremos.¹³⁵

185. *Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt.*

Pero como los hombres libres, así también los esclavos, tanto nuestros como ajenos, pueden ser nombrados herederos.

186. *Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: STICHUS SERVUS MEUS LIBER HERESQUE ESTO, VEL HERES LIBERQUE ESTO.*

Pero debe ordenarse que nuestro esclavo al mismo tiempo sea libre y heredero, es decir de este modo: ESTICO, ESCLAVO MÍO SERÁ LIBRE Y HEREDERO, O BIEN, SERÁ HEREDERO Y LIBRE.

187. *Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius*

¹³³ Confrontar con Inst. 2.16.4.

¹³⁴ Mismo contenido en Inst. 2.16.5.

¹³⁵ Mismo contenido en Inst. 2.16.9.

¹³² Mismo contenido en Inst. 2.16.3.

non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini novi cernere hereditatem.

En efecto, si el heredero haya sido instituido sin libertad, también si posteriormente haya sido manumitido por el dueño, no puede ser heredero, porque no existió la institución en su persona; y por este motivo, aunque haya sido enajenado, no puede realizar la *cretio* de la herencia por orden del nuevo dueño.

188. *Cum libertate vero heres institutus si quidem in eadem causa duraverit, fit ex testamento liber et inde necessarius heres. Si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest. Quod si alienatus sit, iussu novi domini adire hereditatem debet, qua ratione per eum dominus fit heres; nam ipse neque heres neque liber esse potest.*

Pero el heredero instituido con la libertad si ciertamente haya permanecido en la misma condición, se hace libre con base en el testamento e inmediatamente se hace heredero necesario, pero si haya sido manumitido por el mismo testador, puede con base en su arbitrio aceptar la herencia; que si haya sido enajenado, debe aceptar la herencia por orden del nuevo dueño, y por esta razón el dueño se hace heredero mediante él, porque él mismo no puede ser ni heredero ni libre.¹³⁶

189. *Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere; si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest.*

También el esclavo ajeno instituido heredero si haya permanecido en la misma condición, debe aceptar la herencia por orden del dueño; si por el contrario haya sido enajenado por él o bien con el testador vivo o bien después de su muerte, antes que realice la *cretio*, debe realizarla por orden del nuevo dueño; pero si ha sido manumitido, puede aceptar la herencia por su arbitrio.¹³⁷

190. *Si autem servus alienus heres institutus est vulgari cretione data, ita intellegitur dies cretionis cedere, si ipse servus scierit se heredem institutum esse, nec ullum impedimentum sit, quo minus certio rem dominum faceret, ut illius iussu cernere possit.*

Pero si el esclavo ajeno ha sido instituido heredero dándose la *cretio* común, en este modo se entiende que empieza el término de la *cretio*, si el mismo esclavo haya sabido que fue instituido heredero, y no exista ningún impedimento a informar al dueño que pueda por su orden realizar la *cretio*.

191. *Post haec videamus de legatis. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de his iuris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur: sed cum omni modo de testamentis deque heredibus qui testamento instituuntur locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari.*

Después de esta materia veamos la de los legados; esta parte del derecho resulta ciertamente fuera de la materia expuesta; en efecto, hablamos de aquellas figuras del derecho, por las que las cosas se adquieren a nosotros a título universal, pero puesto que de todos modos hemos hablado de los testamentos y de los herederos que son instituidos en el testamento, no sin razón se podrá tratar en el siguiente lugar esta materia del derecho.¹³⁸

VI. DE LEGATIS. DE LOS LEGADOS

192. *Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.*

Por lo tanto de los legados son cuatro los géneros; porque realizamos legados *per vindicationem* o bien *per damnationem* o bien *sinendi modo* o bien *per praeceptionem*.

193. *Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHUM DO LEGO; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti DO aut LEGO, aequè per vindicationem legatum est; item, ut magis visum*

¹³⁶ Confrontar con Inst. 2.14.1.

¹³⁷ Confrontar con Inst. 2.14.1

¹³⁸ Mismo contenido en Inst. 2.20.pr.

est, si ita legatum fuerit: SUMITO, vel ita: sibi habeto, vel ita: CAPITO, aequae per vindicationem legatum est.

Realizamos el legado *per vindicationem* de este modo: A TICIO, por ejemplo, DOY, LEGO EL HOMBRE ESTICO; pero también si una u otra palabra haya sido colocada, por ejemplo: DOY o bien LEGO, igualmente se realizó un legado *per vindicationem*; del mismo modo, como resultó mejor, si haya sido legado así: ASUMIRÁ, o bien así: TENDRÁ PARA ÉL; o bien así: TOMARÁ; igualmente se realizó un legado *per vindicationem*.

194. *Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.*

Pero por este motivo es llamado legado *per vindicationem*, porque después de aceptar la herencia inmediatamente con base en el derecho de los Quirites se hace la cosa del legatario; y si el legatario pide aquella cosa al heredero o bien a cualquier otro que la posee, debe vindicarla, es decir afirmar que la cosa es suya con base en el derecho de los Quirites.

195. *In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse (dimissum), sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit: nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, "Deliberent", inquit, "decuriones an ad se velint pertinere", proinde ac si uni legatus esset.*

Sólo en esto disienten los juristas, que ciertamente Sabino y Casio y todos nuestros maestros piensan que así inmediatamente lo que haya sido legado después de aceptar la herencia se hace del legatario, también si ignora que es dejado un legado para él, pero después que haya conocido y omitido el legado, es como si el legado no existiera; pero Nerva y Próculo y todos los otros autores de aquella es-

cuela piensan que se hace la cosa del legatario no de otro modo que si haya querido que ésta le pertenezca; pero hoy, con base en una constitución del divino Antonino Pío nos resulta mejor utilizar aquel derecho que Próculo decidió; en efecto, habiendo un latino dispuesto un legado *per vindicationem* en favor de una colonia, dijo: "Los decuriones decidan si quieren que les pertenezca", como si hubiese sido realizado un legado en favor de uno.

196. *Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem res, quae pondere numero mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum oleum frumentum pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur: alioquin inutile est legatum.*

Pero, sólo aquellas cosas que son del mismo testador con base en el derecho de los Quirites son legadas correctamente *per vindicationem*. Pero se decidió que aquellas cosas que consisten en el peso, cantidad y medida, era suficiente que en el tiempo de la muerte fuesen del testador con base en el derecho de los Quirites, por ejemplo: vino, aceite, trigo, dinero; mientras que se decidió que las otras cosas deben ser del testador con base en el derecho de los Quirites en ambos tiempos, esto es, en el que hizo el testamento y en el que muere; de otro modo es inútil el legado.

197. *Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.*

Pero ciertamente esto es así por el derecho civil. Pero después fue hecho un senadoconsulto con base en la autoridad de Nerón César, en que fue establecido, que si cada uno haya legado aquella cosa, que nunca haya sido suya, igualmente sea útil el legado, como si hubiera sido dejado por óptimo derecho; en efecto, óptimo es el derecho del legado *per damnationem*, en este género también se puede legar una cosa ajena, como aparecerá más abajo.

198. *Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari. Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.*

Pero si el que haya legado una cosa suya, después de haber hecho el testamento la haya enajenado, muchos piensan que no solamente es el legado inútil con base en el derecho civil, sino que tampoco es confirmado por el senadoconsulto. Esto fue dicho por este motivo porque también si *per damnationem* haya legado alguna cosa suya y después la haya enajenado, muchos piensan que aunque sea debido el legado por derecho, sin embargo el legatario que pide puede por la excepción de dolo malo ser repelido, como si pida en contra de la voluntad del difunto.

199. *Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario ad crescere. Coniunctim autem ita legatur: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO LEGO; disiunctim ita: L. TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO. SEIO EUNDEM HOMINEM DO LEGO.*

Esto resulta que, si haya sido legada la misma cosa *per vindicationem* a dos o más simultáneamente o bien separadamente, y todos vengan al legado, las partes pertenecen a cada uno y la porción de quien abandona se acrece al colegatario; después es realizado el legado simultáneamente de este modo: DOY, LEGO EL HOMBRE ESTICO A TICIO Y SEYO; y separadamente así: DOY, LEGO EL HOMBRE ESTICO A TICIO, EL MISMO HOMBRE DOY, LEGO A SEYO.

200. *Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit. Nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est; quem constat interea heredis servum esse. Sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod pure legatum est antequam legatarius admittat legatum.*

Esto se pregunta, de quien sea lo que fue legado *per vindicationem* bajo condición, mientras que está pendiente la condición. Nuestros maestros piensan que es del heredero según el ejemplo del *statuliber*, esto es, de aquel esclavo, que en el testamento bajo alguna condición se ordenó que fuera libre; éste resulta que es mientras tanto del heredero; pero los autores de la escuela contraria piensan que en tal lapso esta cosa no es de nadie; esto dicen mucho de más de lo que puramente fue legado antes que el legatario acepte el legado.

201. *Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est.*

Legamos de este modo *per damnationem*: EL HEREDERO MÍO SERÁ OBLIGADO A DAR A MI ESCLAVO ESTICO; pero también si haya sido escrito, dará, es un legado *per damnationem*.

202. *Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres ((rem)) redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.*

Y en este género de legado también puede ser legada una cosa ajena, así de modo que el heredero deba adquirirla y darla o bien dar el valor estimado de ésta.¹³⁹

203. *Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, veluti: FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, aut QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT.*

También aquella cosa que no está en la naturaleza, si es futura, puede ser legada *per damnationem*, por ejemplo: LOS FRUTOS QUE EN AQUEL FUNDO HABRÁN NACIDO, o bien, LO QUE DE AQUELLA ESCLAVA HABRÁ NACIDO.¹⁴⁰

204. *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere HEREDEM SIBI DARE OPORTERE, et tum heres ((rem)), si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque*

¹³⁹ Confrontar con Inst. 2.20.4.

¹⁴⁰ Confrontar con Inst. 2.20.7.

tradere debet: si nec Mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si Mancipi rem tantum tradiderit nec Mancipaverit, usucapione pleno iure fit legatarii; completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, Mobilium quidem rerum anno, earum vero, quae solo tenentur, biennio.

Pero lo que fue legado así, después de aceptar la herencia, también si fue legado pura y simplemente, no se adquiere inmediatamente al legatario, como por medio del legado *per vindicationem*; y por este motivo el legatario debe ejercitar una acción *in personam*, esto es, afirmar que EL HEREDERO ESTÁ OBLIGADO A DARLE ALGO, y entonces el heredero, si la cosa sea *Mancipi*, debe darla con *Mancipatio* o bien realizar la *in iure cessio* de esa y transmitir la posesión; si sea la cosa *nec Mancipi*, es suficiente que haya realizado la *traditio*. Ciertamente si únicamente haya realizado la *traditio* de una cosa *Mancipi* y no la *Mancipatio*, se hace de pleno derecho del legatario por la usucapión; pero se completa la usucapión, como también dijimos en otro lugar, ciertamente de las cosas muebles en un año, pero de aquellas que son tenidas en el suelo, en un bienio.

205. *Est et illa differentia huius et per vindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut in illo quod per vindicationem legatum est: si vero disiunctim, singulis solidum debetur. Ita fit, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat. Et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.*

Hay también aquella diferencia entre este legado y el legado *per vindicationem*, que si la misma cosa haya sido legada a dos o más personas *per damnationem*, si en efecto simultáneamente, son debidas claramente las partes a cada uno, como en aquello que fue legado *per vindicationem*; pero si separadamente, se debe la totalidad a cada uno; así se hace que ciertamente el heredero deba dar a uno la cosa, al otro su estimación. Y respecto a los legatarios simultáneos la porción de quien falta no pertenece al colegatario, sino permanece en la herencia.

206. *Quod autem diximus, deficientis portionem in per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario adcrecere, admonendi sumus ante legem Papiam hoc*

iure civili ita fuisse; post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent.

Pero lo que dijimos, que la porción de quien falta ciertamente en el legado *per damnationem* se retiene en la herencia, mientras que en el legado *per vindicationem* acrece al colegatario, debemos recordar que así fue por el derecho civil antes de la ley Papia; pero después de la ley Papia la porción de quien falta se hace caduca y pertenece a los que en aquel testamento tienen descendientes.

207. *Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.*

Y aunque la primera posición en la *vindicatio* de los bienes caducos sea de los herederos que tengan descendientes, y después, si los herederos no tengan descendientes, de los legatarios que tienen descendientes, sin embargo se declara por la misma ley Papia, que el colegatario simultáneo, si tenga descendientes, se encuentre en una posición mejor respecto a los herederos, también si tendrán descendientes.

208. *Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.*

Pero la mayor parte (de los juristas) decidió en cuanto a este derecho, que con base en la ley Papia es establecido para los legatarios simultáneos, nada importa si haya sido legado *per vindicationem* o bien *per damnationem*.

209. *Sinendi modo ita legamus: HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE L. TITUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE.*

De este modo legamos *sinendi modo*: MI HEREDERO SERÁ OBLIGADO A PERMITIR QUE L. TICIO TOME Y TENGA PARA ÉL, EL HOMBRE ESTICO.

210. *Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem. Nam eo modo non*

solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.

Ciertamente este género de legado es más amplio que el legado *per vindicationem* pero menos que el *per damnationem*; en efecto, en este modo no solamente el testador puede útilmente legar su cosa, sino también la de su heredero, mientras que diferentemente no puede legar *per vindicationem* la cosa si no es suya, pero *per damnationem* puede legar una cosa de cualquier extraño.

211. *Sed si quidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit.*

Ciertamente pero si en el tiempo de la muerte del testador la cosa sea o bien del mismo testador o bien del heredero, claramente fue legado útilmente, también si en el tiempo de hacer el testamento no haya sido de ninguno de los dos.

212. *Quod si post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur, an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.*

Se cuestiona si sea útil el legado en caso que después de la muerte del testador haya comenzado a ser aquella cosa del heredero; y muchos piensan que es inútil. ¿Qué sucede? Aunque alguien haya legado aquella cosa que jamás haya sido suya ni después jamás haya comenzado a ser de su heredero, resulta con base en el senadoconsulto neroniano como si hubiera sido dejada *per damnationem*.

213. *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est: QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.*

Pero como la cosa legada *per damnationem* no se hace del legatario inmediatamente después de aceptar la herencia, sino permanece

del heredero por todo el tiempo hasta que él la haya hecho del legatario mediante la *traditio* o bien la *mancipatio* o bien la *in iure cessio*, así también es el derecho en el legado *sinendi modo*, y por este motivo, también a título de este legado hay la acción *in personam*: CUALQUIER COSA CON BASE EN EL TESTAMENTO EL HEREDERO DEBE DAR, HACER.

214. *Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur: quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.*

Sin embargo, existen quienes piensan que con base en este legado no se considera obligado el heredero para que mancipe o bien realice la *in iure cessio* o bien la *traditio*, sino es suficiente que tolere que la cosa la tome el legatario; porque el testador nada le ordenó de más que permita, esto es, que tolere que el legatario tenga para él la cosa.

215. *Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti. Quidam putant utrisque solidam deberi sicut per vindicationem; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia, cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quo minus eam rem haberet.*

Mayor se presenta respecto a este legado aquel contraste, si diste en legado la misma cosa separadamente a dos o más personas. Algunos piensan que es debida la totalidad a cada uno como en el legado *per vindicationem*; otros estiman que es mejor la condición del que la ocupa, porque, en este género de legado, siendo el heredero obligado a tolerar que el legatario tenga la cosa, es consecuente que, si al primero haya tolerado y éste haya tomado la cosa, él esté seguro frente a quien después haya pedido el legado, porque ni tiene la cosa, de modo que permita que ésta sea tomada por aquél, ni impidió con dolo malo que tuviese esta cosa.

216. *Per praeceptionem hoc modo legamus: L. TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO.*

De este modo legamos *per praeceptionem*: L. TICIO TOMARÁ ANTICIPADAMENTE EL HOMBRE ESTICO.

217. *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.*

Pero ciertamente nuestros maestros piensan que a ninguna otra persona puede ser legado en este modo que a quien hubiera sido escrito heredero de alguna parte; ya que *praecipere* es tomar anticipadamente; y esto solamente sucede en la persona del que fue instituido heredero de alguna parte, porque aquel tendrá un legado anticipado fuera de la porción de la herencia.

218. *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse convallescere: "nam eo", inquit, "senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur". Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, veluti peregrino, cum quo testamenti factio non sit: quo plane casu senatusconsulto locus non est.*

Y por este motivo si haya sido legado a un extraño es inútil el legado; a tal punto que Sabino consideró que ni tampoco con base en el senadoconsulto Neroniano puede sanarse; "en efecto", dice, "por este senadoconsulto solamente son convalidados aquellos legados que por un vicio de las palabras no valen con base en el derecho civil, no aquellos que no fuesen debidos por motivo de la misma persona del legatario". Pero Juliano y Sexto decidieron que también en este caso es convalidado el legado con base en el senadoconsulto, y que en efecto por las palabras también sucede este caso, que por el derecho civil el legado sea inútil, mientras es evidente que al mismo correctamente es legado con otras palabras, por ejemplo, *per*

vindicationem, per damnationem, sinendi modo; pero entonces por el vicio de la persona no vale el legado, cuando haya sido legado al que de ningún modo puede ser legado, por ejemplo, al peregrino, con el que no hay *testamenti factio*; en este caso claramente no tiene lugar el senadoconsulto.

219. *Item nostri praeceptores quod ita legatum est nulla ((alia)) ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur.*

Del mismo modo nuestros maestros piensan que al que fue legado así no pueda conseguirlo de ningún otro modo que por el juicio de división de herencia, que suele ejercitarse entre los herederos por la partición de la herencia, esto es, por la división; ya que por el oficio del juez se contiene esto, que a aquel sea adjudicado lo que fue legado *per praeceptionem*.

220. *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit; nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem ((per)) praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.*

Con base en esto entendemos que según la opinión de nuestros maestros ninguna otra cosa puede ser legada *per praeceptionem* que lo que sea del testador; ya que ninguna otra cosa que una hereditaria es incluida en este juicio. Por lo tanto, si el testador haya legado en este modo una cosa que no es suya, ciertamente será inútil el legado por el derecho civil; pero será confirmado por el senadoconsulto. Sin embargo, reconocen que en algún caso también la cosa ajena puede ser legada *per praeceptionem*; por ejemplo, si alguien haya legado aquella cosa que haya dado al acreedor en mancipio por causa de fiducia; en efecto, consideran que por el oficio del juez los coherederos pueden ser constreñidos pagado el dinero, a

dar aquella cosa para que él al que de este modo fue legado pueda recibirla anticipadamente.

221. *Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: TITIUS HOMINEM STICHUM CAPITO, supervacuo adiecta PRAE syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.*

Pero los autores de la escuela contraria piensan que también a un extraño puede ser legado *per praeceptionem*, como si de este modo sea escrito: TICIO TOMARÁ AL HOMBRE ESTICO, inútilmente añadida la sílaba *PRAE*; y por este motivo se considera esta cosa legada *per vindicationem*; y esta opinión se dice que fue confirmada por una constitución del divino Adriano.

222. *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit sive extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae eriscundae iudicis officio praestabitur: quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit.*

Entonces según esta opinión, si aquella cosa haya sido del difunto por el derecho de los Quirites, puede vindicarse por el legatario, bien que éste sea uno de los herederos o bien un extraño; porque si haya sido solamente en los bienes del testador, ciertamente para el extraño habrá sido legado útilmente con base en el senadoconsulto, mientras al heredero será dado por el oficio del juez con la *actio familiae eriscundae*; que si no haya sido del testador por ningún derecho, tanto al heredero que al extraño será útil por el senadoconsulto.

223. *Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.*

Sin embargo, si bien sea a los herederos según nuestra opinión, bien sea también a los extraños según la opinión de aquellos, la misma cosa simultánea o bien separadamente, haya sido legada a dos o más personas, cada uno debe tener su parte.

VII. AD LEGEM FALCIDIAM.

SOBRE LA LEY FALCIDIA

224. *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IUS ESTO. Qua de causa qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

Pero ciertamente en un tiempo era lícito atribuir todo el patrimonio en legados y en libertades, y dejar ninguna cosa al heredero, excepto que el vacío nombre de heredero; y esto resultaba permitir la ley de las XII Tablas, en la que es dispuesto, que lo que cada uno hubiera testado de su patrimonio, se consideraría establecido, con estas palabras: COMO LEGO DE SU PATRIMONIO, ASÍ SERÁ EL DERECHO. Por esta razón los que eran escritos herederos, se abstendían de la herencia, y por este motivo la mayoría de las personas morían intestadas.

225. *Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Set (et) haec lex non perfecit quod voluit; qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.*

Por esto fue aprobada la ley Furia con la que a excepción de ciertas personas, no fue permitido recibir más de mil ases a título de legados o bien por causa de muerte; pero tampoco esta ley no obtuvo lo que quiso, ya que por ejemplo el que tenía un patrimonio de cinco mil ases, podía a cinco hombres erogar todo el patrimonio legando a cada uno mil ases.

226. *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat ((testator)) adeo heredi minimum*

relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Por este motivo posteriormente fue aprobada la ley Voconia con la que se estableció que a nadie era lícito adquirir a título de legados o bien por causa de muerte más que lo que los herederos adquirirían. Con base en esta ley evidentemente los herederos resultaban tener algo, pero, sin embargo nacía casi un vicio similar; en efecto, el testador, distribuido el patrimonio entre muchas personas de los legatarios podía dejar al heredero poquísimo, a tal punto que no convenía al heredero por causa de tal ganancia sostener todas las cargas de la herencia.¹⁴¹

227. *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Et hoc nunc iure utimur.*

Por esto fue aprobada la ley Falcidia, con la que se estableció que no le sea lícito legar más que las tres cuartas partes; por esto es necesario que el heredero tenga la cuarta parte de la herencia y utilizamos actualmente este derecho.¹⁴²

228. *In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam compescuit lex Fufia Caninia, sicut in primo commentario rettulimus.*

También la ley Fufia Caninia reprimió la excesiva facultad de dar las libertades como referimos en el primer comentario.

¹⁴¹ Al respecto ver: Antonio Guarino, "Lex Voconia", *Labeo*, v. 28 (1982), pp. 188 a 191; Roger Vigneron, "L'antifeministe loi Voconia et les Schleichwege des Lebens", *Labeo*, v. 29 (1983), pp. 140 a 153.

¹⁴² Paulo, *libro singulari ad legem Falcidiam* D.35.2.1.pr: Se promulgó la ley Falcidia la que concedió en el primer capítulo la libre facultad para legar hasta las tres cuartas partes con estas palabras: "Cualquier ciudadano romano que después de promulgada esta ley quiera hacer testamento tenga derecho y potestad para dar y legar este dinero y estas cosas a quienes quiera, en la forma que le será lícito por las siguientes partes de esta ley". En el segundo capítulo estableció el límite de los legados con estas palabras: "Cualquier ciudadano romano que después de promulgada esta ley hiciera testamento tenga derecho y potestad para dar y legar a cualquier ciudadano romano por derecho público cuanto dinero quiera, con tal que el legado se dé de modo que los herederos no perciban por este testamento menos de la cuarta parte de la herencia. Sea lícito a quienes así se hubiere dado o legado alguna cosa percibir este dinero sin fraude propio; y este heredero a quien se le hubiere mandado o a quien se le hubiere condenado a dar este dinero, deba dar el dinero a que fue condenado"; al respecto ver: Vincenzo Mannino, "Cervidio Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi", *BIDR*, v. 84 (1981), pp. 125 a 157.

VIII. *DE INUTILITER RELICTIS LEGATIS.*
DE LOS LEGADOS DEJADOS INÚTILMENTE

229. *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

Es legado inútilmente antes de la institución de heredero, evidentemente porque los testamentos reciben fuerza de la institución de heredero, y a causa de esto la institución de heredero se entiende como cabeza y fundamento de todo el testamento.¹⁴³

230. *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest.*

Con base en la misma razón tampoco puede darse la libertad antes de la institución de heredero.¹⁴⁴

231. *Nostri praeceptores nec tutores eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.*

Nuestros maestros consideran que tampoco pueden darse tutores en este lugar; pero Labeón y Próculo consideran que el tutor puede darse porque nada se atribuye de la herencia dándose un tutor.

232. *Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo: CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO, aut DATO. Ita autem recte legatur: CUM HERES ((MEUS)) MORIATUR, quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. Rursum ita non potest legari: PRIDIE QUAM HERES MEUS MORIETUR; quod non pretiosa ratione receptum videtur.*

Es legado inútilmente también después de la muerte del heredero, esto es, de este modo: CUANDO SERÁ MUERTO MI HEREDERO, DOY, LEGO o bien, DARÁ. Pero es legado correctamente en este modo: CUANDO MI HEREDERO MUERA, porque no es dejado después de la muerte del heredero, sino en el último tiempo de su vida; por el contrario, no puede ser legado así: EL DÍA ANTERIOR DE QUE MI

¹⁴³ Mismo contenido en Inst. 2.20.34.

¹⁴⁴ Mismo contenido en Inst. 2.20.34.

HEREDERO MUERA, porque no resulta recibido con base en una razón de gran valor.¹⁴⁵

233. *Eadem et de libertatibus dicta intellegemus.*

La misma razón entenderemos dicha también de las libertades.

234. *Tutor vero an post mortem heredis dari possit quaerentibus eadem forsitan poterit esse quaestio, quae de ((eo)) agitur, qui ante heredum institutionem datur.*

Pero respecto a los que piden si pueda darse un tutor después de la muerte del heredero podrá quizás existir la misma cuestión que se discute con referencia a aquel, que se da antes de la institución de herederos.

IX. DE POENAE CAUSA RELICTIS LEGATIS.

DE LOS LEGADOS DEJADOS POR CAUSA DE PENA

235. *Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat; veluti quod ita legatur: SI HERES MEUS FILIAM SUAM TITIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, X ((MILIA)) SEIO DATO, vel ita: SI FILIAM TITIO IN MATRIMONIUM NON COLLOCAVERIS, X MILIA TITIO DATO; sed et si heredem, si verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X ((milia)) Titio dare iusserit ((testator)),¹⁴⁶ poenae nomine legatum est; et denique ex ipsa definitione multas similes species circumspicere possumus.*

También a título de pena inútilmente es legado. Pero se considera que es legado a título de pena lo que es dejado por causa de constreñir al heredero para que el mismo haga o no haga alguna cosa; por ejemplo, lo que es legado así: SI MI HEREDERO HAYA COLOCADO EN MATRIMONIO A SU HIJA CON TICIO, DARÁ DIEZ MIL A SEYO, o bien así: SI NO HAYA COLOCADO LA HIJA EN MATRIMONIO A TICIO, DARÁ DIEZ

¹⁴⁵ Mismo contenido en Inst. 2.20.35 que además menciona: ...Nosotros hemos corregido también esto (ver C.8.37) otorgando valor a los legados de tal naturaleza, a imitación de lo que se hace con los fideicomisos, a fin de que en este punto no resulten los legados de peor condición que aquéllos.

¹⁴⁶ Integrado por Goeschen.

MIL A TICIO; pero también si el testador haya ordenado que si el heredero no haya hecho un monumento para él, por ejemplo dentro de dos años, diera diez mil a Ticio, fue legado a título de pena y al final con base en la misma definición podemos considerar muchas especies similares.¹⁴⁷

236. *Nec libertas quidem poenae nomine dari potest, quamvis de ea re fuerit quaesitum.*

Ni tampoco la libertad puede ser dada a título de pena por cuanto de ésta cosa haya sido cuestionado.

237. *De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere aut non facere; ideoque ((etsi secundum mentem testatoris is qui tutor))¹⁴⁸ datur poenae nomine tutor datus fuerit, magis sub condicione quam poenae nomine datus videbitur.*

Pero del tutor nada podemos cuestionar porque no puede, con base en la *datio* del tutor ser constreñido el heredero a hacer alguna cosa o no hacerla, y por este motivo, si bien según la mente del testador el tutor que es dado haya sido dado a título de pena, se considerará dado más bajo condición que a título de pena.

238. *Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit, veluti cum ita legatum sit: QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI HERES MEUS X ((MILIA)) DATO. Idem iuris est, si generaliter omnibus legaverit: QUICUMQUE AD FUNUS MEUM VENERIT. In eadem causa est quod ita relinquitur: QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM CONLOCAVERIT, EI HERES MEUS X MILIA DATO. Illud quoque in eadem causa est quod ita relinquitur: QUI POST TESTAMENTUM ((SCRIPTUM PRIMI)) CONSULES DESIGNATI ERUNT, aequae incertis personis legari videtur. Et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, veluti: EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI X MILIA HERES MEUS DATO.*

¹⁴⁷ Confrontar Inst. 2.20.36.

¹⁴⁸ Integrado por Mommsen.

Es dejado inútilmente el legado a una persona incierta; pero incierta se considera la persona que por incierta opinión el testador somete a su voluntad; por ejemplo, cuando haya sido legado así: EL QUE PRIMERO A MI FUNERAL SE HAYA PRESENTADO, A ÉL MI HEREDERO DARÁ DIEZ MIL. Vale el mismo derecho, si haya legado generalmente a todos: CUALQUIERA QUE A MI FUNERAL SE HAYA PRESENTADO; en la misma situación está lo que es dejado así: CUALQUIERA QUE HAYA COLOCADO A SU HIJA EN MATRIMONIO CON EL HIJO MÍO, A ÉL MI HEREDERO DARÁ DIEZ MIL. En la misma situación está también lo que es dejado así: QUIENES DESPUÉS DEL TESTAMENTO ESCRITO SERÁN DESIGNADOS PRIMEROS CÓNSULES, igualmente resulta ser legado a personas inciertas; y por lo tanto, existen otras muchas especies de tal manera; más correctamente es legado a una persona incierta pero bajo cierta demostración, por ejemplo: DE MIS COGNADOS QUE ACTUALMENTE ESTÁN, EL QUE PRIMERO SE HAYA PRESENTADO A MI FUNERAL, A ÉL MI HEREDERO DARÁ DIEZ MIL.¹⁴⁹

239. *Libertas quoque non videtur incertae personae dari posse, quia lex Fufia Caninia iubet nominatim servos liberari.*

La libertad tampoco resulta que pueda ser dada a una persona incierta porque la ley Fufia Caninia ordena que los esclavos sean liberados nominativamente.¹⁵⁰

240. *Tutor quoque certus dari debet.*
También debe darse un tutor cierto.

241. *Postumo quoque alieno inutiliter legatur. ((Est)) autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Ideoque ex emancipato quoque filio conceptus nepos extraneus postumus est; item qui in utero est eius, quae iure civili non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intellegitur.*

Es legado inútilmente también al póstumo ajeno; pero es el póstumo ajeno el que nacido no estará entre los *sui heredes* del testador; y por este motivo, también el nieto concebido por el hijo emancipado

¹⁴⁹ Confrontar con Inst. 2.20.25.

¹⁵⁰ Confrontar con Inst. 2.20.25; al respecto ver Xavier D'ors, "Liberum esse volo", *Iura*, v. 28 (1977), pp. 95 a 141.

es un póstumo extraño; del mismo modo, el que en el útero está de aquella, que con base en el derecho civil no es entendida como esposa, se considera póstumo extraño del padre.¹⁵¹

242. *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona.*

Ni tampoco puede ser instituido heredero el póstumo ajeno ya que es una persona incierta.

243. *Cetera vero, quae supra diximus, ad legata proprie pertinent. Quamquam non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse: nihil enim interest, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid aut non fecerit, an coheres ei adiciatur, quia tam coheredis adiectione quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat aut non faciat.*

Pero todas las otras cosas que dijimos arriba conciernen propiamente a los legados. Aunque sea decidido no sin razón por algunos que no se pueda instituir a un heredero a título de pena, ya que nada interesa si sea ordenado al heredero de dar un legado si haya hecho algo o no lo haya hecho, o bien se añada a él un coheredero, porque tanto con base en la adjunción de un coheredero como con base en la *datio* del legado es constreñido a que haga o no haga contra su propósito.

244. *An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari putat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte, putant: licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. Sed diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari, quia, quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.*

¹⁵¹ Mismo contenido en Inst. 2.20.26.

Es cuestionado si legamos correctamente al que está en potestad del que instituímos heredero. Servio piensa que correctamente es legado, pero se desvanece el legado si en el tiempo en que suele ceder el término de los legados todavía está en potestad; y por este motivo, o bien sea el legado puro y viviendo el testador haya terminado de estar en la potestad del heredero, o bien bajo condición y antes de la condición esto haya sucedido, se deberá el legado. Sabino y Casio piensan que correctamente es legado bajo condición, no correctamente se deja el legado puro, ya que aunque viviendo el testador pueda cesar de estar en la potestad del heredero; sin embargo, por este motivo debe ser entendido el legado inútil, porque sería absurdo que lo que no tendría ninguna fuerza, si inmediatamente después hecho el testamento hubiera muerto el testador, valiere por este motivo, porque se haya prolongado a lo largo de la vida; pero los autores de la escuela contraria piensan que ni bajo condición es legado correctamente porque no podemos a los que tenemos en potestad deberles bajo condición así como puramente.

245. *Ex diverso constat ab eo, qui in potestate ((tua)) est, herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si vero filius emancipatus aut servus manumissus erit vel in alium translatus, et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum.*

Por el contrario resulta evidente que de aquel que está en tu potestad, instituido heredero, correctamente es legado a ti; pero si tú por medio de él hayas sido heredero, desvanece el legado, porque a ti mismo no puedes deberte un legado; pero si hubiera sido emancipado el hijo o bien el esclavo manumitido o bien transmitido a otro, y haya subsistido el mismo heredero o bien haya hecho otro, es debido el legado.

X. AD FIDEICOMMISSA. SOBRE LOS FIDEICOMISOS

246. *Nunc transeamus ad fideicommissa.*

En este momento pasemos a los fideicomisos.¹⁵²

¹⁵² Mismo contenido en Inst. 2.23.pr. Al respecto Franciszek Longchamps de Bérier, *Il Fedecommissio Universale nel diritto romano classico* (Warszawa, Liber, 1997), pp. 15 a

247. *Et prius de hereditatibus videamus.*
Y primero veamos de las herencias.¹⁵³

248. *In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituat eisque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.*

Entonces, en primer lugar debe saberse que es necesario que algún heredero correctamente sea instituido con base en el derecho y se dé encargo a su confianza de transmitir la herencia a otro; si no es inútil el testamento en el que ninguno es instituido correctamente heredero con base en el derecho.¹⁵⁴

249. *Verba autem utilia fideicommissorum haec recte maxime in usu esse videntur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO; quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.*

Pero resultan correctamente estar en uso sobre todo estas palabras útiles para los fideicomisos: PIDO, RUEGO, QUIERO, DE FE CONFÍO; las que igualmente son eficaces solas como si todas estén unidas en una.¹⁵⁵

250. *Cum igitur scripserimus: L. TITIUS HERES ESTO, possumus adicere: ROGO TE, L. TITI, PETOQUE A TE, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, C. SEIO REDDAS RESTITUAS. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.*

Entonces cuando hayamos escrito: L. TICIO SERÁ HEREDERO PODEMOS AÑADIR: TE RUEGO, L. TICIO, Y TE PIDO, QUE CUANDO PUEDES ACEPTAR MI HERENCIA, LA ATRIBUYAS Y ENTREGUES A C. SEYO. Pero podemos también rogar de entregar una parte de la herencia; y es libre dejar fideicomisos bajo condición o bien puramente o a partir de un día cierto.¹⁵⁶

235; del mismo: "Il rispetto per la volontà del *de cuius* sull' esempio dei fedecommissi romani", *RIDA*, v. 45 (1998), pp. 479 a 500.

¹⁵³ Confrontar Inst. 2.23.pr.

¹⁵⁴ Mismo contenido en Inst. 2.23.2.

¹⁵⁵ Mismo contenido en Inst. 2.24.3

¹⁵⁶ Mismo contenido en Inst. 2.23.2.

251. *Restituta autem hereditate is qui restituit nihilo minus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.*

Pero una vez entregada la herencia el que la entregó nada menos permanece heredero; pero el que recibe la herencia tal vez está en el lugar del heredero, tal vez del legatario.¹⁵⁷

252. *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*

Pero en un tiempo ni estaba en el lugar del heredero ni del legatario, sino más bien del comprador; ya que entonces estaba en uso al que era entregada la herencia, que le fuese vendida aquella herencia por así decir por una moneda; y aquellas estipulaciones que suelen ser interpuestas entre el vendedor de la herencia y el comprador, las mismas eran interpuestas entre el heredero y aquel al que la herencia era entregada, esto es, de este modo: ciertamente el heredero se hacía prometer de él al que era entregada la herencia, que por cualquier cosa hubiera sido condenado a título hereditario, o bien hubiera dado algo por otras razones con base en la buena fe, a este título fuera indemnizado, y sin duda si alguien hubiese ejercitado una acción hacia él a título hereditario, correctamente fuese defendido; pero aquel que recibía la herencia a su vez se hacía prometer que si algo con base en la herencia hubiera llegado al heredero, esto fuese entregado

a él, y que también le fuese permitido ejercitar las acciones hereditarias en nombre de *procurator* o bien *cognitor*.¹⁵⁸

253. *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ((ei)) et in eum darentur, cui ex fideicommissis restituta esset hereditas. Per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.*

Pero en tiempos posteriores fue hecho un senadoconsulto durante el consulado de Trebelio Máximo y Aneo Séneca, con el que se estableció que si a alguien la herencia haya sido entregada por causa de fideicomiso, las acciones que con base en el derecho civil competirían a favor y en contra del heredero, fueran dadas a favor y en contra de él al que por el fideicomiso hubiese sido entregada la herencia. Por medio de este senadoconsulto cesaron de ser tenidas en uso aquellas garantías; entonces el pretor comenzó a dar acciones útiles a favor y en contra del que recibió la herencia como si fueran a favor y en contra del heredero, y éstas son contenidas en el edicto.¹⁵⁹

254. *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguiebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione ((consulibus)) senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Per quod senatusconsultum ipse ((heres)) onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissis reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur: quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. Unde effectum est, ut*

¹⁵⁸ Sobre el presente texto ver nuestra monografía: Yuri González Roldán, "Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, v. 21 (1977), pp. 11 a 63.

¹⁵⁹ Mismo contenido en Inst. 2.23.4.

¹⁵⁷ Mismo contenido en Inst. 2.23.3.

quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

Pero de nuevo porque los herederos escritos, puesto que eran pedidos generalmente de entregar toda la herencia o bien casi toda, rehusaban aceptar la herencia a causa de la ganancia nula o bien mínima y por eso se extinguían los fideicomisos, entonces, durante el consulado de Pegasio y Pusión el senado decretó que al que fuese pedido de entregar la herencia, fuese permitido retener la cuarta parte igualmente como es concedido retener en los legados con base en la ley Falcidia. También de las cosas singulares que son dejadas por fideicomiso fue permitida la misma retención; por medio de este senadoconsulto el mismo heredero sostiene los pesos hereditarios, pero el que con base en el fideicomiso recibe la parte restante de la herencia está en el lugar de un legatario parciario, esto es, de aquel legatario al que es legada una parte de los bienes. Esta especie de legado es llamada división, porque el legatario divide la herencia con el heredero; por esto fue hecho, de modo que las mismas estipulaciones que suelen ser interpuestas entre el heredero y el legatario parciario sean interpuestas entre el que recibe la herencia por causa de fideicomiso y el heredero, esto es, que sea común por parte determinada entre ellos el lucro y el daño hereditario.¹⁶⁰

255. *Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano. Quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.*

Por esto si ciertamente el heredero escrito haya sido rogado de entregar no más que las tres cuartas partes de la herencia, entonces,

¹⁶⁰ Mismo contenido en Inst. 2.23.5. Sobre el senadoconsulto Pegasiano ver: Ulrich Manthe, *Das Senatusconsultum Pegasianum*, (Berlín, Duncker & Humblot, 1989), pp. 1 a 228. Recensiones de Giambattista Impallomeni en *Iura*, v. 40 (1989), pp. 110 a 114; Mario Talamanca en *BIDR*, v. 92-93 (1989-1990), pp. 781 a 788.

con base en el senadoconsulto Trebeliano se entrega la herencia, y son dadas las acciones hereditarias por la parte determinada en contra del heredero, ciertamente con base en el derecho civil, mientras en contra del que recibe la herencia por el senadoconsulto Trebeliano. Por cuanto al heredero, también por aquella parte que entregó permanece heredero y le competen a su favor y en contra las acciones en totalidad, pero no es gravado, ni le son dadas las acciones ulteriormente respecto al beneficio de la herencia que a él permanece.¹⁶¹

256. *At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto.*

Pero si alguien haya sido pedido de entregar más que las tres cuartas partes o bien también toda la herencia, tiene lugar el senadoconsulto Pegasiano.¹⁶²

257. *Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.*

Pero el que haya aceptado una vez la herencia, si solamente haya aceptado por su voluntad, haya retenido la cuarta parte o bien no la haya retenido, el mismo sostiene todos los pesos hereditarios; pero ciertamente retenida la cuarta parte, deben ser interpuestas las estipulaciones como aquellas *partis et pro parte* así como entre el legatario parciario y el heredero; pero si haya entregado toda la herencia deben interponerse estipulaciones a ejemplo de aquellas de la compraventa de herencia.¹⁶³

258. *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum qui receperit*

¹⁶¹ Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

¹⁶² Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

¹⁶³ Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

((hereditatem)) actiones dentur, ac iuris esset ex senatusconsulto Trebelliano. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem.

Pero si el heredero escrito rehúse de aceptar la herencia a causa del hecho que diga que ésta es para él sospechosa, en cuanto dañosa, se establece por el senadoconsulto Pegasiano que demandándolo él al que fue pedido de entregarla, por orden del pretor la acepte y entregue, y consecuentemente las acciones son dadas a favor y en contra del que haya recibido la herencia como era el derecho con base en el senadoconsulto Trebelliano; en este caso no son necesarias ningunas estipulaciones, porque al mismo tiempo, bien sea a éste que entrega, es dada seguridad, bien sea las acciones hereditarias son transferidas a favor y en contra del que haya recibido la herencia.¹⁶⁴

259. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur; nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatusconsulto haberi solet.*

Pero nada interesa si alguien instituido heredero por la totalidad sea rogado a entregar toda la herencia o bien una parte, o instituido heredero por una parte sea rogado a entregar toda esta parte o bien una parte de esta parte; en efecto, también en este caso con base en el senadoconsulto Pegasiano suele tenerse la porción de la cuarta parte de esta parte.¹⁶⁵

260. *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, veluti fundum hominem vestem argentum pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.*

Pero cada uno puede dejar también cosas singulares por fideicomiso, por ejemplo: un fundo, un hombre, un vestido, plata, dinero, y rogar al mismo heredero que lo entregue a alguna persona, o bien a un legatario, si bien no pueda imponerse un legado a un legatario.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

¹⁶⁵ Confrontar Inst. 2.23.8.

¹⁶⁶ Mismo contenido en Inst. 2.24.pr.

261. *Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinquere, sed etiam heredis aut legatarii aut cuiuslibet alterius. Itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii sive aliena sit. Sed hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.*

Del mismo modo puede ser dejada por fideicomiso no sólo una cosa propia del testador, sino también del heredero o bien del legatario o bien de cualquier otro; por esto también el legatario no sólo puede ser rogado que entregue a alguno aquella cosa que le ha sido legada, sino también otra, que sea o bien del mismo legatario o bien ajena; pero esto solamente debe observarse que ninguno sea rogado a entregar a otro más que lo que el mismo haya recibido con base en el testamento; en efecto, lo que es de más, inútilmente es dejado.¹⁶⁷

262. *Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem eius solvere, sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit. Sunt tamen qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.*

Pero cuando una cosa ajena es dejada por fideicomiso, es necesario al que fue rogado, o bien obtener y dar la misma cosa, o bien pagar su estimación, así como es el derecho, si haya sido legada una cosa ajena *per damnationem*; sin embargo, existen quienes piensan que si la cosa dejada por fideicomiso no la vendiera el dueño, se extingue el fideicomiso y que diferente es la situación del legado *per damnationem*.¹⁶⁸

263. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius.*

También la libertad a un esclavo puede ser dada por fideicomiso de modo que el heredero sea rogado a manumitirlo o bien el legatario.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Mismo contenido en Inst. 2.24.1.

¹⁶⁸ Confrontar Inst. 2.24.1.

¹⁶⁹ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

264. *Nec interest, utrum de suo proprio*¹⁷⁰ *servo testator roget an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit.*

No importa si el testador ruegue de su propio esclavo, o bien de aquel que sea del mismo heredero o bien del legatario o bien también de un extraño.¹⁷¹

265. *Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissaria libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.*

Por esto el esclavo ajeno debe ser obtenido y manumitido. Que si el dueño no lo venda, ciertamente se extingue la libertad fideicomisaria, porque en este caso no interviene ningún cálculo del precio.¹⁷²

266. *Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus fuerit, sed eius qui manumittit.*

Pero el que es manumitido por un fideicomiso no se hace liberto del testador aunque haya sido esclavo del testador, sino de quien lo manumite.¹⁷³

267. *At qui directo testamento liber esse iubetur, veluti hoc modo: STICHUS SERVUS ((MEUS)) LIBER ESTO, vel hoc: STICHUM SERVUM MEUM LIBERUM ESSE IUBEÓ, is ipsius testatoris fit libertus. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iure Quiritium fuerit, et quo faceret testamentum et quo moreretur.*

Pero quien se ordena que sea libre en un testamento directo, por ejemplo en este modo: ESTICO, ESCLAVO MÍO SEA LIBRE, o bien en este: ESTICO ESCLAVO MÍO ORDENO QUE SEA LIBRE, aquel se hace liberto del mismo testador. Ningún otro puede conseguir la libertad con base en un testamento directo que el que en dos momentos haya sido del testador con base en el derecho de los Quirites, tanto en el que hiciese testamento como también en el que haya muerto.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Integrado con base en Inst. 2.24.2.

¹⁷¹ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

¹⁷² Confrontar Inst. 2.24.2; sobre tal aspecto Manuel Amaya Calero, "La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad", *BIDR*, v. 90 (1987), pp. 191 a 220.

¹⁷³ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

¹⁷⁴ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

268. *Multum autem differunt ea, quae per fideicommissum relinquuntur, ab his, quae directo iure legantur.*

Pero mucho se diferencian las cosas que son dejadas por fideicomiso, de aquellas que son legadas por derecho directo.

269. *Nam ecce per fideicommissum (etiam ab herede) heredis relinqui potest; cum alioquin legatum (ita relictum) inutile sit.*¹⁷⁵

En efecto puede ser dejado por fideicomiso también a cargo del heredero del heredero, mientras que diferentemente el legado dejado así es inútil.

270. *Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.*

Del mismo modo el que morirá intestado puede a cargo de él, a quien pertenecen sus bienes, dejar un fideicomiso a favor de alguno, mientras que diferentemente no puede imponerle un legado.

270a. *(Item legatum codicillis*¹⁷⁶*) relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.*

Del mismo modo el legado dejado en codicilos no vale en otro modo que si hayan sido confirmados por el testador, esto es, a menos que no haya dispuesto el testador en el testamento que cada cosa que haya escrito en el codicilio tenga valor; pero puede dejarse un fideicomiso también en codicilos no confirmados.¹⁷⁷

271. *Item a legatario legari non potest; sed fideicommissum relinqui potest. Quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus.*

Del mismo modo no puede imponerse un legado a un legatario, pero puede ser dejado un fideicomiso; y además también a cargo de

¹⁷⁵ Integrado por Krueger.

¹⁷⁶ Integrado con base en *Gai Epit.* 2.7.8.

¹⁷⁷ Al respecto ver: Mariano Scarlata Fazio, *La successione codicillare* (Milano, Giuffrè, 1939), pp. 9 a 219; Antonino Metro, *Studi sui codicilli*, (Milano, Giuffrè, 1979), v. 1, pp. 1 a 104; recensión de G. Negri en *Iura, RIDA* (1979), v. 30, pp. 129 a 140.

aquel al que dejamos por un fideicomiso podemos dejar inmediatamente un fideicomiso a favor de otro.

272. *Item servo alieno directo libertas dari non potest; sed per fideicommissum potest.*

Del mismo modo no puede darse la libertad directamente al esclavo ajeno; pero puede darse por fideicomiso.

273. *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint; at is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.*

Del mismo modo nadie puede ser instituido heredero ni desheredado por codicilos por cuanto hayan sido confirmados en el testamento, pero el que ha sido instituido heredero en el testamento puede ser rogado en codicilos para que diera aquella herencia a otro, toda o bien en una parte, aunque no hayan sido confirmados en el testamento los codicilos.

274. *Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommissio relictam sibi hereditatem capere potest.*

Del mismo modo la mujer que por quien fue censado en cien mil ases, no puede ser instituida heredera por la ley Voconia, sin embargo puede recibir la herencia dejada a ella por un fideicomiso.

275. *Latini quoque, qui hereditates legatae directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommissio capere possunt.*

También los latinos a los que con base en el derecho les es prohibido por la ley Junia recibir herencias y legados directamente, pueden recibirlos por fideicomiso.

276. *Item cum senatusconsulto prohibitum sit proprium servum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet posse nos iubere liberum esse, cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi restituatur hereditas.*

Del mismo modo aunque haya sido prohibido por un senadoconsulto instituir libre y heredero al propio esclavo menor de treinta años, la

mayor parte (de los juristas) decide que podemos ordenar que sea libre cuando tendrá treinta años y rogar, que entonces a aquel sea entregada la herencia.

277. *Item quamvis non ((possimus)) post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut cum morietur alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat. Et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: CUM TITIVS HERES MEVS MORTUUS ERIT, VOLO HEREDITATEM MEAM AD P. MAEVIUM PERTINERE. Utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommissio restituendo.*

Del mismo modo si bien no podemos después de la muerte del que nos haya subsistido como heredero instituir otro heredero en su lugar; sin embargo, podemos rogar a éste, que cuando muera entregue a otro toda o bien una parte de la herencia. Y porque también después de la muerte del heredero puede ser dado un fideicomiso, lo mismo podemos hacer también si hayamos escrito así: CUANDO TICIO MI HEREDERO HABRÁ MUERTO, QUIERO QUE MI HERENCIA PERTENEZCA A P. MEVIO; pero en un modo u otro, tanto en éste como en el otro, Ticio deja obligado a su heredero a entregar el fideicomiso.

278. *Praeterea legata ((per)) formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae.*

Además pedimos los legados por fórmula, pero ciertamente perseguimos los fideicomisos en Roma frente al cónsul o bien frente a aquel pretor, que particularmente dice el derecho de los fideicomisos, mientras que en las provincias los perseguimos frente al gobernador de la provincia.¹⁷⁸

279. *Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur; de legatis vero, cum res aguntur.*

¹⁷⁸ Sobre tal aspecto Robert Roehle, "Praetor Fideicommissarius", RIDA, v. 15 (1968), pp. 399 a 428.

Igualmente en la urbe siempre se dice el derecho de los fideicomisos; mientras que aquel de los legados (sólo) cuando se tratan las causas.

280. *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum vero usurae non debentur: idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

Igualmente son debidos los intereses y frutos de los fideicomisos si solamente haya actuado la mora del pago el que deberá el fideicomiso; mientras que no son debidos los intereses de los legados, y esto es indicado en un rescripto del divino Adriano; sin embargo, sé que Juliano decidió que en aquel legado, que es dejado *sinendi modo*, es el mismo derecho que en los fideicomisos, y veo que esta decisión prevalece mayormente también en estos tiempos.

281. *Item legata Graece scripta non valent; fideicommissi vero valent.*

Igualmente no valen los legados escritos en griego, pero valen los fideicomisos.

282. *Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.*

Igualmente si el heredero niegue un legado dejado *per damnationem* se ejercita la acción en contra de él por el doble; pero a título de fideicomiso siempre la persecución es por el simple.

283. *Item ((quod)) quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. Idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.*

Igualmente lo que alguno con base en un fideicomiso haya pagado por error más de lo debido puede repetirlo; pero aquello que por una causa falsa de un legado *per damnationem* haya sido pagado de más que la deuda, no puede ser repetido. Ciertamente el mismo derecho

es de aquel legado, que no debido haya sido pagado por error o bien por esta o bien por aquella causa.

284. *Erant etiam aliae differentiae, quae nunc non sunt.*

También existían otras diferencias que actualmente no existen.

285. *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

Así por ejemplo los peregrinos podían recibir fideicomisos, y este casi fue el origen de los fideicomisos; pero posteriormente esto fue prohibido, y actualmente con base en una oración del divino Adriano fue hecho un senadoconsulto que aquellos fideicomisos serían vindicados al fisco.¹⁷⁹

286. *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse.*

También los célibes que por la ley Julia son prohibidos recibir herencias y legados, en un tiempo resultaban que podían recibir fideicomisos.

286a. *Item orbi, qui per legem Papiam ob id quod liberos non habebant dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui ((in eo)) testamento liberos habent, aut si nulli liberos habebunt, ad populum, sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt.*

Igualmente los *orbi*, que por la ley Papia a causa del hecho que no tenían descendientes pierden la mitad de las herencias y legados, en un tiempo resultaban que podían recibir la totalidad de los fideicomisos; pero posteriormente por el senadoconsulto Pegasiano les fue prohibido recibir los fideicomisos del mismo modo que los legados

¹⁷⁹ Ver sobre el presente tema Alan Watson, "The early history of fideicommissum", *Index*, v. I (1970), pp. 178 a 183.

y herencias, y éstos fueron transmitidos a los que en aquel testamento tienen descendientes, o bien si nadie tendrá descendiente, al pueblo, así como es el derecho en los legados y en las herencias, que por la misma causa o bien por una similar se hacen caducos.

287. *Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei posset; sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

Igualmente en un tiempo podía ser dejado por fideicomiso a una persona incierta o bien al póstumo ajeno aunque no pudiera ser instituido heredero ni legarse a él; pero por un senadoconsulto que fue hecho con base en la autoridad del divino Adriano fue establecido en los fideicomisos lo mismo que en los legados y en las herencias.

288. *Item poenae nomine iam non dubitatur nec per fideicommissum quidem relinque posse.*

Igualmente no se duda ya que a título de pena ciertamente ni por fideicomiso puede ser dejado.

289. *Sed quamvis in multis iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum quam eorum quae directo relinquuntur, in quibusdam tantumdem valeant, tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo, veluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita: LIBERIS MEIS TITIVM TUTOREM DO; per fideicommissum dari vero non potest.*

Pero si bien en muchas partes del derecho más amplia es la situación de los fideicomisos que de las cosas que son dejadas directamente, y en algunas partes vale lo mismo, sin embargo el tutor no puede ser dado en el testamento de otro modo que directamente, por ejemplo así: TICIO SERÁ TUTOR DE MIS DESCENDIENTES; o bien así: DOY TICIO COMO TUTOR DE MIS DESCENDIENTES, pero por fideicomiso no puede ser dado.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y FUNCIONES JURISDICCIONALES DEL IMPI: CRÓNICA DE UNA RUPTURA CONSTITUCIONAL ANUNCIADA

Esteban C. GORCHES
Raúl PÉREZ JOHNSTON

El pasado 19 de abril de 2000 comenzó una revolución al concepto tradicional que se tenía de la aplicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y del contencioso administrativo en general, mediante la ampliación del ámbito de aplicación de la ley en comento hacia los organismos públicos descentralizados. En dicha reforma se decretó que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo sería supletoria a todos los demás ordenamientos administrativos, pero excluía expresamente de su ámbito de aplicación la procedencia del recurso de revisión en contra de los actos de los organismos públicos descentralizados. No obstante lo anterior, inconformes nuestros representantes del Poder Legislativo con los efectos limitados de la reforma que habían emprendido, con fecha 30 de mayo de 2000, decidieron dar un paso más allá y se reformó el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo con tal de que el recurso de revisión y/o el juicio contencioso administrativo ante el ahora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa fuesen procedentes en contra de los actos emitidos por los organismos públicos descentralizados. Así pues, con el objeto de culminar su reforma, el 31 de diciembre de 2000, se reformó igualmente el artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (antes Tribunal Fiscal de la Federación), con tal de que el tribunal mencionado fuese competente para conocer del juicio contencioso administrativo (antes juicio de nulidad) en contra de las resoluciones

dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia, o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Los efectos de tan trascendente reforma fueron poco esperados; en ciertos sectores, como en lo concerniente al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), se creyó que de conformidad con el mandato de supletoriedad que contiene la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo 2o., no podía ser aplicable supletoriamente un recurso, como lo es el de revisión del artículo 83 de dicha ley, ahí en donde la ley no prevé ningún recurso, siendo procedente, de conformidad con la fracción II del artículo 114 de la Ley de Amparo, el juicio de garantías con respecto a las resoluciones y actos dictados por el IMPI; sin embargo, los juzgados de distrito en materia administrativa en el primer circuito, empezaron a desechar las demandas de amparo, por considerarlas notoriamente improcedentes. Lo anterior en razón de que se empezó a considerar como notoria y manifiesta la aplicabilidad del recurso de revisión y del juicio contencioso administrativo en actos dictados por el IMPI, acreando la improcedencia del juicio de amparo, con base en lo dispuesto por la fracción XV del artículo 73.

No obstante lo anterior, el desconcierto empezó a reinar dado que por su parte el IMPI, considerando los principios de supletoriedad de la ley, determinó que no le es aplicable la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y, por tanto, desecha de plano los recursos de revisión que se enderecen en contra de sus actos y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con un criterio similar, empezó declarándose incompetente para conocer de las resoluciones emitidas por el IMPI, antes de que la Sala Superior empezara a ejercer su facultad de atracción, sin que a la fecha se haya pronunciado al respecto. Finalmente, los tribunales colegiados de circuito en materia administrativa en el primer circuito, no tienen criterio uniforme; unos confirman los desechamientos bajo el argumento que el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es ley que rige los actos en materia de propiedad industrial, puesto que el legislador quiso, con esta reforma, crear un recurso incluso ahí en donde no lo había; otros, bajo el argumento de que no es ley supletoria, de que no es causa notoria y manifiesta para el desechamiento, o incluso de que en tratándose de funciones material-

mente jurisdiccionales del IMPI, no le resulta aplicable la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, están revocando los desechamientos, y ordenando el estudio y sustanciación del juicio. Al respecto, hasta donde tenemos conocimiento, existe igualmente una contradicción de tesis denunciada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, no ha habido pronunciamiento alguno al respecto.

Ante el reino del caos en que nos encontramos, surge una reflexión, que ha cautivado nuestro interés: en tratándose del IMPI, ejerciendo funciones materialmente jurisdiccionales, esto es, resolviendo solicitudes de declaración administrativa de nulidad, caducidad y cancelación, ¿es constitucional la aplicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y consiguientemente del juicio contencioso administrativo ante el otrora Tribunal Fiscal de la Federación? ¿O se trata de una reforma que no es más que la crónica de una inconstitucionalidad anunciada? En nuestra opinión, la aplicación de los recursos en comento, por cuanto se refiere a las funciones materialmente jurisdiccionales del IMPI, es contraria a nuestro texto constitucional, de conformidad con las razones que han de expresarse a continuación.

En nuestra opinión, resulta conculcatorio de las garantías previstas en la Constitución, la aplicabilidad de lo dispuesto por los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los actos provenientes del ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales por parte del IMPI. Sobre este tenor, es necesario establecer que los artículos en cita son inconstitucionales, por contravenir lo dispuesto por los artículos 1o., 13, 14, 16, 17, 73 fracción XXIX-H y 133 de nuestra Constitución. Al respecto, para mayor claridad, se cita el contenido de los artículos cuya inconstitucionalidad se sostiene:

Ley Federal de Procedimiento Administrativo:

"Artículo 83. Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.

En los casos de actos de autoridad de los organismos descentralizados federales, de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través

de dichos organismos y de los contratos que los particulares sólo pueden celebrar con aquéllos, que no se refieran a las materias excluidas de la aplicación de esta Ley, el recurso de revisión previsto en el párrafo anterior también podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente”.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa:

“Artículo 11. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación:

*...
XIII. Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.*

*...
Para los efectos del primer párrafo de este artículo, las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa. ...”*

Primero que nada, por cuestión de método, abordaremos las razones de inconstitucionalidad de los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en relación con lo establecido por la fracción XXIX-H del artículo 73 de la Constitución, en razón de que la procedencia de los medios ordinarios previstos en los numerales citados, excluyen por naturaleza e incompatibilidad la materia derivada de los procedimientos de declaración administrativa previstos en la Ley de la Propiedad Industrial, en donde el IMPI realiza una función materialmente jurisdiccional, ya que así lo determina no sólo la doctrina misma de lo contencioso administrativo, sino también la Constitución en el precepto en estudio.

Lo anterior es así en razón de que la amplia procedencia que marcan los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se ve enfrentado con un problema y obstáculo insuperable, que encuentra su fundamento en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, al referirse a los tribunales administrativos, específicamente define que ellos se ocuparán de dirimir las controversias que se susciten entre la adminis-

tración pública federal y los particulares, tal como se desprende del contenido de la fracción XXIX-H del artículo 73 de nuestro máximo ordenamiento jurídico. Sobra decir que en la doctrina del derecho administrativo, es un tema incuestionable y prácticamente indiscutido, que el juicio contencioso-administrativo resuelve las controversias de origen suscitadas entre la administración pública y los gobernados, que derivan de la consecución de un procedimiento administrativo que desemboca en la emisión o ejecución de un acto administrativo que amplía, restringe o constata la esfera jurídica de los particulares. En términos generales, lo anterior es igualmente válido para la diferencia doctrinal y legislativa del llamado contencioso administrativo de plena jurisdicción o de anulación, y evidentemente no contiene el supuesto en que la administración pública actuó no en consecución preponderante de los intereses colectivos o de Estado, sino a instancia de los propios particulares en la resolución de una controversia suscitada entre ellos.¹

Esto deriva de y tiene su fundamento en la propia lectura e interpretación del texto constitucional que ordena, por una parte, la actuación de los llamados tribunales administrativos y, por otra, de los organismos públicos descentralizados que llevan a cabo funciones materialmente judiciales o jurisdiccionales.

En cuanto a los primeros, los llamados tribunales administrativos, son destacables las reformas constitucionales de 1967, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1967 y en vigor a partir del 28 de octubre de 1968, y de 1987, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de agosto de 1987 y en vigor a partir del 15 de enero de 1988, que adicionaron la fracción XXIX-H al artículo 73 y la fracción I-B al artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para instituir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, que tienen a su cargo, según el texto constitucional, dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, disposición que se reproduce de forma prácticamente idéntica en los artículos 116 y 122 de la propia Constitución, con relación a los estados de la República Mexicana y al Distrito Federal.

¹ Sobre el contencioso-administrativo, cfr. Emilio Margáin Manatou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, 9a. ed., Porrúa, México, 2000.

De acuerdo con el texto constitucional, el juicio contencioso-administrativo tiene una naturaleza única y definida, que es la de resolver las controversias que se suscitan entre la administración pública y los particulares o gobernados. Lo anterior, no es tan sólo una interpretación aislada, sino que fue incluso la conclusión de la consideración expresada con motivo de la contradicción de tesis 18/97 que suscitó la jurisprudencia P./J. 26/98, contenida en la p. 633 del tomo VII del *Semanario Judicial de la Federación* de mayo de 1998, Pleno, bajo el rubro "TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. SUS NOTAS DISTINTIVAS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO":

"Pues bien, de conformidad con esas disposiciones supremas [artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V, y 122, base quinta, de la Constitución Federal], un tribunal administrativo requiere para su existencia: a) Que sea creado, estructurado y organizado por las Constituciones Locales o mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por las Legislaturas Locales; b) Que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía plena para fallar; y, c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares". (Énfasis añadido)

También implica, forzosamente, la existencia de un tribunal administrativo *ad hoc*; es decir, no se trata de la facultad distraída del ámbito materialmente jurisdiccional que pueden llevar a cabo algunos órganos desconcentrados u organismos descentralizados de la administración pública para solucionar controversias entre particulares, pues dichos órganos u organismos —como lo es el propio Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, por ejemplo— tienen un francamente diferente sustento constitucional, sino que se refiere a tribunales instituidos y creados por el propio Congreso Mexicano *ex profeso*, para conocer de las controversias que se suscitan entre la administración pública y los particulares o gobernados. En esta categoría de tribunales administrativos es donde se ubica el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, antes Tribunal Fiscal de la Federación, y que por su naturaleza resulta distinto del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial haciendo funciones materialmente judiciales o jurisdiccionales.

El hecho de que en el derecho mexicano el contencioso-administrativo se entienda restringido al procedimiento o juicio llevado a cabo ante tribunales administrativos *ad hoc*, dotados de plena auto-

nomía para dictar sus resoluciones, tiene su propia explicación histórica en los antecedentes del derecho francés. Cualquier interpretación en contrario no sólo contraviene a la propia doctrina histórica del derecho administrativo, que tiene sus raíces en el derecho público francés, sino que resulta contraria al propio texto constitucional. Al discutir la naturaleza del contencioso-administrativo, el maestro Miguel Acosta Romero dice lo siguiente:

"Se ha entendido tanto en Francia como en México, por contencioso-administrativo, la existencia de un tribunal que no depende del Poder Judicial, al que le llaman administrativo y al que señalan que tiene plena autonomía para dictar sus fallos, y que resuelve conflictos entre los particulares y la administración pública derivados de actos administrativos..."² (énfasis añadido).

Congruente con lo dispuesto en el texto constitucional, el autor destaca que el contencioso-administrativo implica la existencia de un tribunal que resuelve conflictos entre los particulares y la administración pública, y que dichos conflictos derivan de actos administrativos. Como lo he mencionado anteriormente, en el derecho administrativo mexicano es de explorado derecho que el acto administrativo sólo puede referirse a los actos en que la autoridad administrativa pretende ampliar, restringir o declarar la esfera jurídica del particular o gobernado, y no a aquéllos en que resuelve derechos en disputa entre dos particulares.

Por ejemplo, una breve revisión histórica de precedentes judiciales en relación con la función contencioso-administrativa, permite observar que en todos los casos, los actos administrativos que se combaten son derivados de la actuación de la administración pública en ejercicio y potestad pública, en los que no ha intervenido como un órgano auxiliar de justicia, ejerciendo funciones materialmente judiciales o jurisdiccionales, para resolver controversias entre particulares. En ciertas tesis de jurisprudencia,³ destaca el razonamiento de la

² Cfr. Miguel Acosta Romero, *Derecho administrativo especial*, vol. II, p. 641.

³ Sirve como ejemplo de lo que se menciona, la tesis de jurisprudencia dictada por la Segunda Sala, bajo el número 2a./J. 82/98, consultable en la p. 382, tomo VIII, diciembre de 1998, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS PLANTEADOS EN CONTRA DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, POR UN POLICÍA, CON MOTIVO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL".

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que enfatiza la naturaleza del contencioso administrativo como la instancia juzgadora por excelencia de los conflictos suscitados entre los particulares y la administración pública, en que nada tienen que ver los posibles derechos en controversia que se tengan con un tercero. Por otra parte, la actuación de la administración pública en su función materialmente judicial o jurisdiccional, específicamente de los organismos públicos descentralizados, deviene directamente de la disposición constitucional que sustenta la existencia de la administración pública paraestatal como entidades auxiliares de la administración pública, con objeto definido. No actúa, pues, bajo el amparo del mismo precepto constitucional que los tribunales administrativos, ni el de otros tribunales administrativos como pueden ser las Juntas de Conciliación de Arbitraje y el propio Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, los cuales cumplen una función eminentemente social y de protección a los trabajadores de naturaleza materialmente judicial. La actuación de los organismos públicos descentralizados, con las funciones atribuidas en la ley, incluyendo su actuación como solucionadores o juzgadores de controversias entre particulares, ha sido avalada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, tal como se desprende de la tesis número P. XCIII/99, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la p. 17, tomo X, diciembre de 1999, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, cuyo rubro es: "INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 60. DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL QUE LO CREA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN, PUES ES INEXACTO QUE CON ELLO ESTABLEZCA UN CUARTO PODER". Evidentemente, el sustento constitucional de los tribunales administrativos, por una parte, a cuyo cargo se encuentra el conocimiento del contencioso-administrativo y, por otra parte, de los organismos descentralizados —como el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial—, es completamente diferente. En el primer caso, en última instancia deviene de la propia institución de tribunales administrativos de plena autonomía, en tanto que en el segundo caso deriva de la propia división organizacional de la administración pública y del ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales, como ocurre en prácticamente todo el resto del mundo occidental, sin que ello implique

violación al principio de separación de poderes. Además, si bien es cierto que el fundamento de las facultades decisorias de un tribunal de lo contencioso administrativo deviene estrictamente de las atribuciones netamente administrativas de la administración pública, no puede ser así en el caso en donde un organismo determinado resuelve controversias entre particulares con base en un fundamento constitucional diverso. Sobre el particular, es necesario establecer que si bien la materia de los actos impugnados ante un contencioso administrativo se va a regir por fundamentos constitucionales relacionados con funciones administrativas, como podrían ser los artículos 25, 26, 28, 31, fracción IV, etc., en donde se involucra una actividad del Estado frente al particular, en el caso de actividades que sean materialmente jurisdiccionales, los actos impugnados provendrán de otro tipo de disposiciones constitucionales, como podría ser el caso de la materia de marcas, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 73 fracciones X (comercio) y XXX (facultades implícitas).

En este sentido, es necesario establecer que en el caso de una declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación de marca instaurada por un particular, ésta tiene más una naturaleza eminentemente de una solución de controversias de naturaleza mercantil, que administrativa. Tan es así que antes de incluir estas funciones jurisdiccionales en la administración pública federal, eran facultades reservadas a los juzgados del orden común o federal, a elección del actor. Por lo que no puede considerarse que en el caso que nos ocupa, se trate de una controversia entre un gobernado y la administración de justicia, sino de una controversia entre particulares. En este sentido, la distinción constitucional es muy clara, al grado de que todas aquellas materias que pudiesen implicar la resolución de controversias entre particulares, han sido excluidas de la materia contenciosa, como podría ser el caso de la materia laboral que proviene del artículo 123 constitucional, o de la materia agraria que encuentra su sustento en el artículo 27 del propio ordenamiento constitucional. De tal suerte, que para que un acto sea impugnado por la vía contenciosa, es necesario que se trate de un actuar en donde la administración esté en pugna de intereses con un particular, no en donde sea un mediador o juez en una controversia para determinar quién tiene un mejor derecho sobre una cosa.

Tan es esto así, que nuestros tribunales han considerado que las autoridades, ejerciendo funciones materialmente judiciales, llamadas jurisdiccionales, que tiendan a solucionar controversias entre dos o más particulares, no están legitimadas para interponer recurso de revisión en amparo, ya que la resolución no les afecta en sus intereses.⁴

En este sentido, las autoridades del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, en la medida en que actúan como jueces materialmente en una controversia suscitada entre dos particulares, no es parte en el procedimiento ni tiene afectación en la revisión de amparo, ya que los únicos sujetos de la relación jurídica de la que derivó el acto reclamado que pueden verse afectados serían tanto el quejoso como el tercero perjudicado; de lo contrario, se estaría rompiendo la imparcialidad del juzgador, así como el equilibrio procesal entre las partes, puesto que el juez tendría que tomar partido con la parte perjudicada por la sentencia. Siendo esto así, queda aún más de manifiesto que la materia contencioso administrativa no puede ser compatible con los actos emitidos como resoluciones al procedimiento de declaración administrativa de una marca, por poner un ejemplo, ya que en el contencioso se requiere que la autoridad sea parte, cuando en realidad, por estar ejerciendo una función materialmente de juez, no tiene afectación en el pleito, sino únicamente las partes involucradas en la litis de origen. Esto tiene aún mayor refuerzo en el hecho que tal como se desprende de la Ley de la Propiedad Industrial, en concreto de sus artículos 6o., 188, 189, 193, 199, que en

⁴ Han sido numerosos los precedentes en ese sentido, de los que podemos destacar la existencia de algunos en materia agraria, en materia laboral, en materia civil, e incluso en materia fiscal, en donde la autoridad administrativa emisora del acto reclamado, haciendo una función jurisdiccional, no tiene legitimación para acudir al amparo, ni interponer el recurso de revisión, ni amparo indirecto, ni en el amparo uniinstancial. Por cuanto al IMPI se refiere, ha habido algunos precedentes como el del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito, Tesis: I.1o.A.61 A, p. 1187, tomo: XIV, octubre de 2001, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "REVISIÓN EN AMPARO, RECURSO DE. EL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO CUANDO EL ACTO RECLAMADO ES EMITIDO EN EJERCICIO DE FUNCIONES MATERIALMENTE JURISDICCIONALES". Asimismo, se ha pronunciado el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito, Tesis: I.6o.A. 1/7, p. 1603, tomo: XIV, diciembre de 2001, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, cuyo rubro es: "REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO. LA AUTORIDAD RESPONSABLE EMISORA DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA, NO ESTÁ LEGITIMADA PARA INTERPONERLA".

realidad tienen sustento en lo dispuesto por el artículo 73 fracciones X y XXX de la Constitución, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial es el órgano competente para resolver las controversias que le presenten dos o más partes para determinar la prevalencia de un derecho de propiedad industrial, en donde la autoridad, actuando jurisdiccionalmente, puede declarar la nulidad o inclusive constituir un derecho determinado de propiedad industrial, siendo el encargado de la impartición de justicia en materia marcaria. Lo cual reitera una vez más la incompatibilidad de los actos del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial actuando como autoridad materialmente jurisdiccional con la materia contencioso administrativa, ya que lo que emite el mencionado Instituto no son actos materialmente administrativos, sino materialmente jurisdiccionales o judiciales.

A mayor abundamiento, no obstante que los procedimientos ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial son en efecto formalmente administrativos, materialmente son judiciales, puesto que regulan controversias entre particulares seguidas a manera de juicio. Todo procedimiento seguido ante la administración pública, ya sea central o paraestatal, es formalmente administrativa, aunque materialmente pueda ser, según su naturaleza y esencia, administrativa o judicial. De la misma forma, la facultad reglamentaria del Ejecutivo, sería absurdo considerarla como administrativa, por tener formalmente tal carácter, no obstante ser materialmente legislativa. Por tanto, no puede considerarse el hecho que las resoluciones del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial deban ser administrativas materialmente, por el hecho de serlo formalmente.

En este mismo orden de ideas, resulta por demás irrelevante el criterio que las resoluciones del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial serían administrativas porque cumplen con una función de orden público en la medida en que ejercen facultades de conceder derechos sobre patentes y marcas. Sobre este punto, resulta indispensable realizar dos distinciones. La primera en el sentido de que no podemos confundir la materia de marcas con la de patentes, puesto que son materias completamente distintas, reguladas por fundamentos constitucionales diversos, y en donde en tratándose de patentes, al estar en juego la actividad inventiva y el desarrollo industrial, existe un orden público preponderante que no hay en materia de marcas, en donde el dueño de la marca tiende a monopolizar el uso

de un signo distintivo tal como quedó registrado, que es en términos generales, la materia que nos ocupa. Atento a lo anterior, no puede confundirse la naturaleza de los derechos derivados de las marcas con los de las patentes y, por tanto, el orden público que pudiera parecer evidente en materia de patentes, no resulta aplicable en materia de marcas. Por otro lado, no basta con que formalmente se piense que la Ley de la Propiedad Industrial es de orden público para que en realidad todas sus disposiciones lo sean. En este sentido, todas las leyes son de orden público, en mayor o en menor grado, lo que nos llevaría al absurdo que entonces todo acto de gobierno sería administrativo por tal hecho. Sobre este punto, cabe mencionar que en materia de amparo, la concesión de la suspensión está sujeta a no contravenir disposiciones de orden público, por lo que a manera de analogía, si nuestros tribunales de la federación, han interpretado en repetidas ocasiones que procede otorgar la suspensión en amparo con respecto a procedimientos que involucran los derechos sobre una marca, en razón de que con su concesión sólo se afectarían los intereses del particular contraparte del quejoso, razón por la que en términos generales se fija un requisito de efectividad, no puede considerarse que las resoluciones del IMPI, ejerciendo una función materialmente jurisdiccional, esté imbuida de un orden público preponderante. Resulta altamente ilustrativo sobre este punto el criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la tesis I. 4o. A. 834. A, visible en la p. 475, tomo XV-II, febrero de 1995, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, que a la letra establece: "PROPIEDAD INDUSTRIAL. LA SUSPENSIÓN CONCEDIDA NO VA EN DETRIMENTO DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE. Si la autoridad recurrente aduce en sus agravios que la suspensión definitiva que concedió el juez de Distrito contraviene disposiciones de orden público, como son las que integran la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, también porque afecta el interés de la sociedad, y porque, además, dicha suspensión impide a la autoridad recurrente ejercer las facultades que la ley le concede debe señalarse que esos argumentos son infundados, *pues es inexacto que con dicha concesión, se afecten las disposiciones del ordenamiento legal que se cita, ya que ni siquiera se señalan cuáles preceptos se afectarían; asimismo la afectación sería, en todo caso, a los intereses particulares de la contraparte de la quejosa;* por último no

se impide ni obstaculiza en forma alguna en las funciones que son competencia de la autoridad administrativa, pues tal medida cautelar en el caso, fue para el efecto de que no se le hiciera efectiva la multa impuesta a la quejosa; lo cual no va en detrimento de las facultades de la autoridad para vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia de propiedad industrial". (Énfasis añadido).

De lo anterior podemos deducir que la naturaleza de una resolución del IMPI dictada en un procedimiento seguido a manera de juicio, ejerciendo funciones materialmente jurisdiccionales, con respecto a marcas, no tiene el carácter de ser de orden público, ya que su naturaleza es meramente el de resolver una controversia entre particulares, tan es así, que incluso, es dable el otorgamiento de la suspensión provisional y posteriormente definitiva de los actos materia de propiedad industrial en el amparo.

En este sentido, resulta inexacto que las resoluciones del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial tienen como objeto únicamente el de dictarse conforme a las leyes administrativas aplicables, por encima de determinar quién tiene un mejor derecho en un procedimiento de declaración administrativa de nulidad, puesto que en dado caso, no estaríamos en presencia de procedimientos de litis cerrada, el Instituto actuaría de oficio en todos los procedimientos, habría suplencia de queja en favor de la salvaguarda de un supuesto orden público, etc. Y por tal motivo, es que se asevera que la revisión prevista en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el juicio contencioso administrativo son incompatibles con los procedimientos de propiedad industrial.

En el mismo orden de ideas, cabe destacar que la incompatibilidad a que nos referimos se hace patente por la finalidad misma de las resoluciones tanto del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, como de las emitidas en un contencioso administrativo, ya que tal como veremos a continuación, la finalidad de las últimas tiene un objeto anulatorio, no restitutorio,⁵ como ocurre en el caso de las primeras. Lo anterior no obstante lo dispuesto por la fracción IV del

⁵ "Por eso mismo, la Sentencia sólo podrá concluir en la simple anulación del acto administrativo atacado (si el recurso es fundado), no en la declaración de ningún derecho (ni aun de una indemnización de daños y perjuicios) en favor del recurrente (...)", Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, vol. II, p. 40.

artículo 239 del Código Fiscal de la Federación, ya que tal numeral no le quita el carácter meramente anulatorio al contencioso administrativo. Esto es así en razón de que el reconocimiento de los derechos subjetivos a que se refiere el numeral en comento, es consecuencia de un acto anulatorio, en el que el particular, peleando con la autoridad, ve reconocido su derecho subjetivo, como sucede en la gran mayoría de los casos de anulación administrativa. Lo anterior no puede ser de otra manera en razón de que en tal caso el contencioso administrativo, contrario a lo dispuesto por la Constitución, estaría asumiendo jurisdicción en pleitos entre particulares, lo cual le privaría el carácter que le ordena el artículo 73 fracción XXIX-H de resolver únicamente controversias entre la administración pública y los particulares.⁶ En el caso de procedimientos de propiedad industrial, dicha fracción del artículo 239 del Código Fiscal de la Federación, resulta por demás inaplicable puesto que el reconocimiento del derecho subjetivo ya se dio ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, y lo único que se buscaría con una instancia posterior, es revisar si la sentencia de fondo se dictó conforme a derecho, no buscar el reconocimiento de un derecho a través de la nulidad del acto administrativo, puesto que en dado caso, lo único que hace el juicio contencioso administrativo, es sustituirse en jurisdicción extraordinaria, cosa que sólo está reservada, constitucionalmente hablando, al juicio de garantías, tal como lo desarrollaremos con mayor detalle más adelante. En este sentido, lo que se busca con una segunda instancia en materia de propiedad industrial no es seguridad jurídica por cuanto a la legalidad y validez del acto administrativo, sino una determinación si el fondo del asunto estuvo correctamente dictado; y a ello se refieren igualmente los tratados aplicables en materia de propiedad industrial al respecto.

Lo anterior tiene una razón de ser muy particular, ya que desde su concepción, el contencioso administrativo, tal como fue concebido en Francia desde mediados del siglo XIX, fue previsto como una jurisdicción especial de segunda o superior instancia para proteger al ciudadano en contra de los actos de la administración pública, léase

⁶ Por tal razón se dice que el contencioso administrativo es un medio de control abstracto y objetivo de la legalidad de los actos administrativos, cuya finalidad es evitar la existencia de un acto arbitrario, no el determinar si el particular tiene un derecho subjetivo frente a otro.

del poder ejecutivo, para efectos de proteger al gobernado y dar seguridad jurídica y legalidad a los actos administrativos.⁷ Por cuanto al régimen contencioso administrativo francés seguido ante el Consejo de Estado, es necesario aclarar que éste conoce de dos tipos de actos, los actos de autoridad o de fuerza pública, que son materia del recurso por exceso de poder ("*recours par excès de pouvoir*"), que constituye el contencioso administrativo *stricto sensu*, y los actos de gestión (en donde básicamente se incluyen la interpretación de los contratos celebrados entre los particulares y la administración pública) que forman parte de lo que la doctrina francesa ha denominado el contencioso administrativo de plena jurisdicción, cuya jurisdicción si bien pertenece originalmente a los tribunales judiciales, fue incluida, por ley, dentro de las facultades del Consejo de Estado ("*contentieux par détermination de la loi*").⁸ Para una mayor facilidad por cuanto a la distinción, es dable consultar la opinión del maestro Léon Duguit:

"M. Lafférière distinguía el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción. En el primero, decía, el papel del tribunal se constriñe a anular o a rehusarse a anular. En el segundo, el tribunal puede pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho; tiene plenitud de jurisdicción. El ejemplo tipo del contencioso de anulación era para M. Lafférière el recurso por exceso de poder. Cuatro causas le daban entrada; la violación de una ley por cuestión de competencia, la violación de una ley por cuestión de forma, el desvío de poder y la violación de una ley sustantiva. Pero en este último caso el recurso por exceso de poder no podía ser interpuesto sino por el titular del derecho al que el acto atacado causaba agrava-

⁷ En este sentido, cabe mencionar brevemente que la justificación que se dio para incluir el contencioso administrativo en el Poder Ejecutivo, a diferencia del judicial, atendió, primero que nada, a una razón política en la Revolución francesa, dado que los puestos judiciales estaban dominados por funcionarios pertenecientes al estamento de la nobleza, y por tanto podría haber una oposición sistemática hacia el ejecutivo y legislativo revolucionarios, y sobre todo al principio de que "*juger l'Administration c'est encore administrer*" (juzgar a la administración es seguir administrando), dentro de una óptica de replantear el principio de división de poderes. Para una referencia sobre este punto pueden consultarse las pp. 151-152 y siguientes de la obra de Teodosio Lares, *Lecciones de derecho administrativo*, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852.

⁸ Sobre esta distinción de la naturaleza de los contenciosos administrativos franceses, es dable consultar la obra de Léon Duguit, *Les Transformations du Droit Public*, Librairie d'Armand Colin, París, 1913, pp. 150-151.

vía. En fin, el recurso por exceso de poder era siempre una vía de derecho subsidiaria".⁹

Por otro lado, y en una jurisdicción distinta, existían los tribunales ordinarios y posteriormente el Tribunal de Casación, que constituye una última instancia de revisión o apelación de la instancia judicial. No obstante ello, siempre se reconoció que los recursos sustanciados ya sea ante el Consejo de Estado, como contencioso administrativo, o ante el Tribunal de Casación, eran incompatibles el uno con el otro, ya que se refieren a materias completamente distintas.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que en México la teoría del contencioso administrativo proviene del derecho francés, por un respeto aún más rígido a la teoría de la separación de poderes contenida en nuestro artículo 49 constitucional, el legislador tomó la decisión de crear un régimen contencioso administrativo solamente de anulación, nunca de plena jurisdicción, equiparándose de tal suerte en una forma más exacta al recurso por exceso de poder. Al respecto, resulta de importancia la opinión del maestro Emilio Margáin Manatou, quien a la letra establece:

"En otros países en especial en el nuestro, el crear un tribunal administrativo cuyas decisiones no pueden ser sometidas por los particulares ante un tribunal judicial, se considera violatorio de la división de poderes; división que recoge nuestra Constitución en su artículo 49.

Tenemos pues, que en México el contencioso administrativo de plena jurisdicción federal o local se ventila ante tribunales judiciales federales y el contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad en materia federal o local ante el Tribunal Fiscal de la Federación o Tribunal de lo Contencioso Administrativo".¹⁰

Bajo esas perspectivas se creó el régimen contencioso administrativo en México, no sólo mediante el texto del artículo 104 y posteriormente de la fracción XXIX-H del artículo 73, sino incluso desde

la Ley Lares de 1853 que regulaba el contencioso administrativo. Por cuanto a la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, también conocida como "Ley Lares", que recogió las nuevas teorías sobre el tema que provenían de Francia, se preveía la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa como excepción a la jurisdicción judicial tradicional. Al respecto sus artículos primero y segundo disponían:

"Art. 1 No corresponde á la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas.

2. Son cuestiones de administración las relativas:

I. A las obras públicas.

II. A los ajustes públicos y contratos celebrados por la administración.

III. A las rentas nacionales.

IV. A los actos administrativos en las materias de policía, agricultura, comercio é industria que tenga por objeto el interés general de la sociedad.

V. A la inteligencia, explicación y aplicación de los actos administrativos.

VI. A su ejecución y cumplimiento, cuando no sea necesaria la aplicación del derecho civil".

De los artículos anteriormente transcritos, podemos deducir que la jurisdicción administrativa estaba diseñada desde un principio como una vía excluyente de la jurisdicción ordinaria, al grado que todo acto materia de contencioso administrativo no era posible llevarlo ante un tribunal ordinario, por ser vías incompatibles. Sobre este punto los artículos siete a diez de la propia ley disponían:

7. En los negocios de la competencia de la autoridad judicial, nadie puede intentar ante los tribunales una acción, de cualquiera naturaleza que sea, contra el gobierno, contra los Estados ó demarcaciones en que se dividan, contra los ayuntamientos, corporaciones ó establecimientos públicos que dependan de la administración, sin haber antes presentado á la misma una Memoria en que se exponga el objeto y motivos de la demanda. El reglamento determinará la manera en que deberá ser presentada la Memoria y sus efectos.

8. En el caso de embargo de bienes para el pago de cantidad debidas al erario, la demanda de dominio en tercería tampoco podrá ser intentada ante los tribunales sin haber antes presentado una Memoria á la autoridad administrativa.

9. Los tribunales judiciales no pueden en ningún caso despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencia de embargo contra los cau-

⁹ Léon Duguit, *Les Transformations du Droit Public*, Librairie d'Armand Colin, París 1913, pp. 184-185 (trad. R. Pérez Johnston). Sobre la cita de M. Lafférière, se puede consultar la obra *Jurisdiction et contencieux*, 2a. ed., 1896, tomo II, p. 394 y ss.

¹⁰ Emilio Margáin Manatou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 2 y 3.

dales del erario ó bienes nacionales, ni contra los fondos ó bienes de los Estados, demarcaciones, ayuntamientos ó establecimientos públicos que dependan de la administración.

10. Los tribunales en los negocios de que habla el art. 7o, solo pueden declarar en la sentencia el derecho de las partes y determinar el pago.

Lo anterior queda de manifiesto mediante el hecho que la distinción misma de la materia entre unos y otros quedaba marcada en el reglamento de la propia ley, en donde finalmente se desprende que todas las facultades en materia de contencioso administrativo se referían a controversias entre la administración pública y un particular. No pasa desapercibido, para efectos del presente análisis, el hecho que dentro de las materias de comercio e industria del contencioso administrativo se incluía la materia de patentes y privilegios, según lo disponía el artículo cuarto, fracción IX, del propio reglamento. No obstante ello, esta facultad no podía referirse sino únicamente a la facultad que tenía el Ministerio de Fomento, Colonización, Industria y Comercio para expedir patentes y privilegios,¹¹ tal como se desprende del artículo tercero de las Bases para la Administración de la República hasta la Promulgación de la Constitución del 22 de abril de 1853, que a la letra establece:

¹¹ Este razonamiento es congruente incluso con lo que el propio Teodosio Lares expone en sus *Lecciones de derecho administrativo*, dictadas en 1851 y publicadas un año antes de formular las leyes que se comentan, al expresar sobre la competencia del contencioso administrativo: "La interpretación de la autoridad administrativa, puede pues limitarse á los derechos *adquiridos* que resultan de actos administrativos, practicados con un objeto administrativo, y por consecuencia de la necesidad de la administracion. Tocar á los derechos *propiamente dichos*, bajo pretexto de interpretacion, seria un abuso intolerable, é inútil de la accion administrativa.

El principio es tan claro que no necesita de muchos ejemplos para ilustrarse; expondremos algunos (...). Una patente de invencion se ha acordado por la administracion sin la garantia del beneficio de invencion, si el descubrimiento no es nuevo. Se suscita una cuestion sobre la novedad; no se trata de interpretar el decreto que concedió la patente; los tribunales civiles son competentes. Mas la concesion ha sido hecha con la calidad de pagar tal suma de dinero, y se cuestiona si la suma ha sido ó no pagada, ó si lo ha sido en tiempo útil, la administracion sola debe resolver esta cuestion". *Op. cit.*, pp. 202-204. En este tenor, podemos observar claramente que existe una distinción de los actos administrativos, según su temperamento, entre una materia contencioso administrativa, y otra incompatible con ésta, que es de carácter jurisdiccional, como lo era en su época la determinación de fondo sobre si una patente tiene o no novedad para obtener el beneficio de invención.

"Art. 3. Los asuntos de que debe ocuparse el nuevo Ministerio de Fomento, Colonización, Industria y Comercio, son los siguientes:

(...) La expedición de las patentes y privilegios".

Lo anterior no puede ser de otra manera, y hace sentido en razón de que el otorgamiento o negativa de una patente o de un privilegio es una controversia entre un particular y el Estado, cosa que no ocurre cuando dos personas controvierten quien es el titular legítimo de una marca determinada. Sobre este aspecto, es necesario recalcar que Código de Comercio de 1854, también conocido como el "Código Teodosio Lares", reservaba las controversias marcarias a los tribunales comunes, dejando el uso no autorizado de marcas, como delito, a la jurisdicción de los juzgados penales, mas nunca administrativos.

Teniendo lo anterior en mente, resulta lógico pensar que ese es el espíritu con el que se incluyó en nuestro texto constitucional el que los tribunales de lo contencioso administrativo pudiesen conocer únicamente de controversias suscitadas entre la administración pública y un particular para anular los actos contrarios a la ley, nunca de controversias entre particulares contravirtiendo un derecho de propiedad, como lo es en el caso de marcas. Por tanto, en la especie no podemos sino concluir que es completamente incompatible y contrario al contenido de los artículos 73 fracción XXIX-H y 104 fracción I-B, el pretender incluir dentro de la jurisdicción contencioso administrativo la resolución de controversias suscitadas entre particulares. Esto con motivo del hecho que como hemos visto, el contencioso administrativo ha sido diseñado en nuestro país exclusivamente como un contencioso de anulación, basándose en el recurso por exceso de poder francés, al grado que las materias que pudieren ser consideradas como de "contencioso de plena jurisdicción" han sido dejadas a su tramitación ante tribunales judiciales, de conformidad con lo establecido por el artículo 104 constitucional y 52 y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. No obstante lo anterior, incluso en el caso de aspectos que se parecen más al contencioso de plena jurisdicción que hayan sido incluidas dentro de las facultades de los tribunales contencioso administrativos, implican, en todo caso, una controversia entre un particular y la administración pública federal o local, según sea el caso.

Lo anterior se hace patente desde el momento en que tanto un procedimiento de declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación de marca como un procedimiento contencioso administrativo son incompatibles. Se dice que son incompatibles en razón de que además del hecho que uno resuelve controversias entre particulares, mas no anula una resolución administrativa por sí mismo, y el otro, controversias entre la administración pública y un particular, porque también las materias son por demás distintas e incongeniadas. Para parafrasear a Melchor Ocampo en una de sus célebres intervenciones durante el Congreso Constituyente de 1857, estamos en presencia de peras y bellotas, en donde "por más que se escoja, no pueden salir más que peras o bellotas", nunca una mezcla de ambas o una tercera opción. En este sentido, es necesario establecer que en materia de un procedimiento de declaración administrativa de caducidad de una marca, la controversia está en determinar si asiste al actor el derecho para obtener la caducidad, nulidad o cancelación de una marca, con la finalidad de ser él quien posteriormente obtenga los beneficios de su uso exclusivo, o de la coexistencia con otra marca. En materia contencioso administrativa, la materia difiere, puesto que lo que se está determinando es si el acto administrativo se dictó con base en la ley, y derivado del análisis de los requisitos de validez del acto administrativo, lo que se procede es a declarar su validez o la nulidad del mismo.

La diferencia esencial radica en que, por un lado, en la resolución del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial que resuelve una controversia de marcas se está resolviendo un pleito entre particulares, como podría ser el caso de una controversia civil o mercantil (a quien pertenece una marca por ejemplo), mientras que, por el otro, lo que se busca es que el particular tenga un medio de defensa en contra de los actos de la administración a la luz de los requisitos legales que se establezcan para la sustanciación del procedimiento administrativo y del contenido del acto; para utilizar la célebre fórmula de Lafferrière, en el contencioso administrativo, "se abre proceso al acto", indicando por ello, que lo que está en tela de juicio es la validez o anulabilidad del acto administrativo. Para acreditar lo anterior, sirve, a manera de analogía, la distinción que en su momento realizó Ignacio L. Vallarta en uno de sus votos particulares:

"Creo también que hay equivocación al decir que en una misma instancia, dado el amparo, conocerán dos autoridades distintas del mismo negocio. No el amparo y el juicio de donde el acto reclamado nace, no son un negocio, sino dos de naturaleza esencialmente diversa: el uno es un recurso constitucional cuyo fin es averiguar si hay ó no violación de garantía, confrontando el acto reclamado con determinado texto de la ley suprema, y el otro puede ser un proceso criminal, un juicio civil, en el que se atente contra alguno de los derechos del hombre. En el caso de Guaymas, por ejemplo, el juez propietario de Distrito, juzgando de un caso de contrabando, aplicó la pena de confiscación de las mercancías, y el juez suplente estaba inquiriendo si esta pena es de las prohibidas en el artículo 22 de la Constitución. ¿Quién puede decir, y menos sostener, que estos dos negocios no son sino uno de que se ocupan dos autoridades en una misma instancia?"¹²

De lo anterior podemos establecer que la naturaleza intrínseca de un contencioso administrativo y de un procedimiento seguido a manera de juicio para dirimir una controversia entre dos particulares tienen una naturaleza distinta que las hace incompatibles y diferentes. ¿Qué implica esto? Muy simple, que uno no puede mezclarse con el otro.

Se afirma lo precedente en virtud de que la naturaleza misma de los medios ordinarios de defensa debe ser compatible con la materia de origen. Por eso se habla de que un medio ordinario de defensa es aquél que es susceptible de modificar, revocar o nulificar el acto, siempre y cuando sean compatibles los medios, porque si no, estaríamos ya no en presencia de un medio ordinario, sino de un medio extraordinario de defensa. Sobre este punto es necesario establecer que el principio primordial de los medios ordinarios o de las apelaciones es el de instancias sucesivas para evitar un error en la determinación jurisdiccional por parte de un solo individuo. De tal suerte que podemos ver cómo, ante una resolución de carácter civil o penal, procede una apelación ante un superior, o en donde ante un acto de naturaleza enteramente administrativa se puede recurrir su validez y legalidad ante el superior jerárquico, o ante un tribunal administrativo, pero en ambos casos estamos ante instancias que resuelven una litis en revisión de la misma naturaleza que la de origen. En este

¹² Ignacio L. Vallarta, *Cuestiones constitucionales. Votos en los negocios más notables de mayo de 1878 a septiembre de 1879*, p. 404.

sentido, el magistrado en la apelación revisará y determinará si la sentencia del juez de primera instancia fue apegada a derecho, y para el caso de que ello no fuere así, resolverá la litis tal como deba, determinando quién tenía la razón en el negocio.¹³ De igual forma, en los recursos de naturaleza administrativa el superior determinará si el acto fue dictado conforme a derecho, y si es viable o no la subsistencia del acto dictado por el inferior, declarando en dado caso, la nulidad del acto y relevando de responsabilidad y de su aplicación al particular que se siente injustamente agraviado. De ambos casos podemos desprender que la naturaleza y razón de ser de los medios ordinarios que ponen las leyes a disposición de los gobernados es el de darles la oportunidad de oponer defensas y excepciones sobre la litis planteada en la primera instancia, a la luz de una determinación que se estima incorrecta, sin para ello poder variar los elementos de la litis, ni tampoco poder cambiar la materia del juicio.

No obstante ello, una vez agotados estos recursos de la misma naturaleza, determinado que el inferior emitió o no una sentencia conforme a la litis planteada, la sentencia se vuelve definitiva, adquiere el carácter de cosa juzgada. Todo medio de defensa que tenga una naturaleza diversa a la litis, debe considerarse como un medio extraordinario de defensa, puesto que de su propia etimología podemos deducir que implica el recorrer un camino distinto, diferente, que no tiene una relación directa con la anterior litis planteada. Sobre este punto, podemos establecer que el medio extraordinario de defensa previsto por nuestra constitución es en suma el juicio de amparo, en donde la litis varía de aquella ordinaria puesto que ya no se va a analizar quién tiene la razón en el fondo del negocio, sino si existió una violación de garantías constitucionales, la materia y la litis son constitucionales, ya no ordinarias. En este sentido, la extraordinariedad del juicio de amparo se refleja en el principio de definitividad, en donde el juez, una vez agotados los medios ordinarios, no se su-

¹³ Lo anterior se sustenta con el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, en la tesis VI.3o.C.72 C, visible en la p. 768, tomo: X, diciembre de 1999, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "REENVÍO, NO EXISTE EN LA APELACIÓN. EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE REASUMIR JURISDICCIÓN Y RESOLVER LA CONTROVERSIJA PLANTEADA, PUES ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LOS AUTOS AL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL".

planta en las facultades de la autoridad responsable, sino que resuelve por cuanto a una litis distinta, reserva a él en exclusiva, esto es, si el acto es o no acorde con la constitución. Así pues, en los medios ordinarios de defensa no se permite la invocación de hechos distintos ni de nuevos medios de prueba, sino que el que actúa como juez se limita a determinar la legalidad o ilegalidad del acto, a la luz de los hechos y circunstancias prevaecientes cuando se emitió el acto recurrido; asimismo, las cargas procesales del recurrente se reducen al mínimo, y la expresión de agravios o motivos de inconformidad se reducen a la litis de la instancia inferior, sin poder agregar ningún otro elemento; cosa que no sucede cuando se presenta un cambio en la litis planteada, como ocurre con un medio extraordinario de defensa.

De lo anteriormente establecido, podemos deducir que son medios ordinarios de defensa únicamente aquéllos que se relacionen con la litis planteada y resuelvan en segunda instancia, si la determinación primera fue dictada conforme a derecho o si no, se determina cuál es el derecho aplicable y se resuelve la controversia conforme a lo establecido por las disposiciones legales aplicables; de lo contrario, estamos en presencia de un medio extraordinario de defensa. En la especie, es necesario recalcar que la materia de la litis en un procedimiento de declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación es el determinar si existen elementos o no para que un particular no se vea afectado por la marca de otro y pueda obtener la declaración respectiva. En la materia contenciosa, la materia, como ya hemos visto, es determinar la validez o invalidez del acto administrativo. Por tanto, de ser aplicables el recurso de revisión previsto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y/o el juicio contencioso administrativo contenido en el Código Fiscal de la Federación, habría un cambio radical en la litis planteada, que no sólo hace que sean incompatibles tales medios sucesivamente, sino que crea, *de facto*, un medio extraordinario de defensa en materia de propiedad industrial.

Esto queda reforzado por el hecho de que los medios de impugnación a que nos referimos son por demás incompatibles en razón de que la litis cambia radicalmente, lo que no ocurre con resoluciones emanadas de actos materialmente administrativos. Lo anterior queda aún más de manifiesto, de atender al contenido de los artículos 197 y 337 del Código Fiscal de la Federación, puesto que permiten que el

particular afectado pueda hacer valer conceptos de impugnación no planteados en los recursos anteriores, y aportando pruebas de la invalidez del acto impugnado, así como el que las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se encargarán de determinar las causas de ilegalidad que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana del acto impugnado, o cuando no se hayan cumplido los requisitos formales exigidos por la ley, los efectos por los que se anula el acto. Así pues, podemos desprender la facultad del recurrente en juicio contencioso administrativo de hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso administrativo, mediante la ficción de que la litis en el juicio contencioso se reabre, mediante la ficción de que en él se vuelve a impugnar el acto administrativo que dio origen al recurso en la parte que no se impugnó en el mismo. En ese sentido, ha habido numerosas ejecutorias de nuestros tribunales federales, que corroboran lo hasta aquí expuesto. Al respecto, podemos citar a manera de ejemplo, el criterio del Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, en la tesis VI.A.15 A., visible en la p. 835, tomo X, septiembre de 1999, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, cuyo rubro establece: "PRUEBAS EN EL JUICIO DE NULIDAD. DEBEN ADMITIRSE Y VALORARSE EN LA SENTENCIA QUE SE DICTE, AUN CUANDO NO SE HUBIERAN OFRECIDO EN LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA PREVIA". Igualmente, refuerza lo anterior el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en la tesis IV.2o. J/22, consultable en la p. 456, tomo VII, febrero de 1998, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "TRIBUNAL FISCAL. SUS SENTENCIAS DEBEN ANALIZAR TODOS LOS CONCEPTOS DE ANULACIÓN HECHOS VALER EN EL JUICIO DE NULIDAD, AUN AQUELLOS NO PROPUESTOS EN EL RECURSO ADMINISTRATIVO CUYA RESOLUCIÓN SE IMPUGNA (ARTÍCULO 197 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN REFORMADO)".

De los anteriores precedentes judiciales podemos desprender que si en el juicio contencioso administrativo se puede impugnar la totalidad del acto que originó el recurso, no obstante lo alegado en el recurso de que se trate, es porque la materia de la impugnación es *sui generis*. Esto es que en el caso del contencioso administrativo y de los recursos, lo que está en juego son causas de anulación, nunca, la determinación, en el caso de un procedimiento seguido a manera de

juicio entre partes, y en donde la autoridad funge materialmente exclusivamente como juez, no como autoridad administrativa, de quien tiene la razón en el pleito, una vez determinado lo fundado de los agravios en apelación. En materia administrativa esto no tiene mayores consecuencias, porque el particular está peleando su derecho en contra de la autoridad y todos los argumentos en la instancia previa se verán beneficiados por una anulación del acto. La anulación del acto, *per se*, en el contencioso administrativo, preserva los derechos del particular frente a la administración pública, cosa que no ocurre en ninguna circunstancia en procedimientos en donde se resuelve sobre una controversia entre dos partes, ya que la anulación sólo deja insubsistente el acto, nunca prejuzga sobre quién tiene la razón. Ello obedece a que mientras en el caso del acto materialmente administrativo, se busca a toda costa resolver el entuerto jurídico, en materia judicial, la autoridad no puede ni debe "suplir la queja" o sustituirse a una de las partes. Sobre el particular, lo que ocurriría sería lo siguiente: Un particular acude ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y por considerar que una marca constituye un impedimento para la obtención de un derecho exclusivo de uso con su marca, ya sea por tener una marca de hecho o una solicitud en trámite de registro, solicita la declaración de nulidad de la marca, por poner un ejemplo; el Instituto, tras desahogar un procedimiento seguido a manera de juicio en donde oye a las partes, determina quién tiene la razón y si de lo alegado en juicio procede o no a declarar la nulidad del registro marcario impugnado. Ante tal resolución procedería ya sea el recurso de revisión y/o el juicio contencioso administrativo, en donde la impugnación ya no puede versar sobre quién tiene mejor derecho sobre la marca y si la determinación del Instituto fue acorde a derecho, sino únicamente el determinar si el acto administrativo es válido o no, conforme a los requisitos de existencia y validez previstos en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. De atender al contenido de los artículos 6o, 188, 189, 193 y 199 de la Ley de la Propiedad Industrial, 91 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 239 del Código Fiscal de la Federación, al momento en que un particular afectado por una resolución del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial en un procedimiento de declaración administrativa de nulidad de marca, en términos del ejemplo en cita, interpone el recurso de revisión y/o el juicio

contencioso administrativo, ante el superior jerárquico el primero, y ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa el segundo, la litis cambia. Esto es así en razón de que en las instancias administrativas subsecuentes ya no se trata de una litis derivada de un procedimiento materialmente judicial en donde se determinó cuál de las dos partes tenía mejor derecho sobre una denominación determinada, sino de la determinación sobre si el acto es anulable o no; al respecto resulta dable precisar que el objeto de los procedimientos administrativos en comento no es el resolver en apelación un asunto materialmente jurisdiccional para impartir justicia y hacer prevalecer el derecho de una de las partes en el procedimiento, sino el declarar, tal como lo precisa además el artículo 92 de la Ley de Procedimiento Administrativo, si se deja o no sin efectos el acto administrativo impugnado. De tal suerte que si partimos de lo anterior, tanto el recurso de revisión conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, como el juicio Contencioso Administrativo conforme al Código Fiscal de la Federación, vienen a constituir medios extraordinarios de defensa en contra de las resoluciones que emite el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial como autoridad materialmente judicial en los procedimientos de declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación tal como se desprende del contenido de los artículos 6o., 188, 189, 193 y 199 de la Ley de la Propiedad Industrial ya mencionados.

Lo anterior trae como consecuencia que no sólo sean inconstitucionales los medios de defensa a que nos referimos, por contravenir lo dispuesto por la fracción XXIX-H del artículo 73 que manda a los tribunales administrativos a conocer de controversias suscitadas entre particulares y la administración, lo cual no es el caso en materia del procedimiento seguido para originar el acto reclamado, sino que, además, resultan también en inconstitucionales en razón de que al cambiar sustancialmente la litis de la impugnación, se convierten en medios extraordinarios de defensa que resultan en contravención clara de lo dispuesto por los artículos 13 y 16 de nuestra Carta Magna.

Sobre este punto, antes de comenzar el razonamiento de inconstitucionalidad de los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en relación con los numerales 13 y 16 de nuestra ley cimera, es necesario recordar que uno de

los principios fundamentales de nuestra Carta Magna es el que las facultades son restringidas. En este sentido, según el principio de legalidad que impera en la Carta Fundamental, las autoridades, incluyendo al Poder Legislativo, sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido, o de lo contrario les está tácitamente prohibido; excepción hecha de las facultades implícitas que necesitan de una facultad explícita que por sí sola no puede llevarse a cabo. En este mismo orden de ideas, cabe establecer que el único medio extraordinario de defensa para los particulares permitido por nuestra Constitución es el juicio de garantías, conforme a lo establecido por los artículos 103 y 107 de su texto. Todo medio extraordinario de defensa previsto en una ley que no sea el juicio de amparo, es entonces inconstitucional y crea no sólo una instancia incompetente constitucionalmente hablando, sino también un tribunal especial, inconcebible de acuerdo con nuestra Constitución.

Lo anterior es así en razón de que si tomamos en consideración que la competencia es, como lo ha definido Vallarta con motivo del amparo promovido en 1878 por el Lic. León Guzmán, "la suma de facultades que la ley le da para ejercer ciertas atribuciones", fuera de los tribunales federales que conocen del juicio de amparo, no puede existir un tribunal que conozca de otro medio extraordinario de defensa, puesto que en el caso que nos ocupa, el recurso de revisión como el juicio contencioso administrativo no pueden ser considerados como medios ordinarios de defensa en razón de que abandonan la litis planteada ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para abocarse al estudio de la validez del acto administrativo y de su anulabilidad. Lo anterior no ocurre en los demás casos de la competencia de ambos recursos, cuando se suscitan controversias entre particulares y la administración, puesto que la litis *ab initio* es el determinar si existe una causa legítima de existencia del acto administrativo para evitar de tal suerte las arbitrariedades de la autoridad administrativa. Por tanto, al no constituir un medio ordinario de defensa ni el recurso de revisión, ni el juicio contencioso administrativo en relación con una solicitud de declaración administrativa de caducidad de una marca, se trata de medios extraordinarios de defensa que son contrarios al espíritu de la Constitución y de los artículos 14 y 16 constitucionales. Sobre el particular, retomando la opinión vertida por Vallarta en el amparo promovido por León Guzmán, podemos expresar a manera de analogía:

"esto bastaría para persuadirse de que cuando no es la ley quien determina el límite de las facultades del poder, sino que éste se arroga las que le parecen convenientes, comienza el imperio de lo arbitrario, el régimen del capricho, que no es posible defender en un país regido por una Constitución escrita, que (...) fija el límite hasta donde se extienden las facultades de cada poder (...).

(Ello) constituiría no solo un poder inconstitucional (...); no sólo arbitrario y despótico, porque así se llaman los poderes que no tienen más límites que su propia voluntad; no sólo anárquico, porque no podría haber estabilidad en el gobierno ni confianza en la paz, sino monstruoso hasta el punto de erigir una verdadera dictadura (...), sin precedente en los anales de la tiranía. (...)"¹⁴

De lo anterior podemos desprender que de conformidad con nuestro régimen constitucional, si el único medio extraordinario de defensa es el juicio de amparo, lo cual justifica inclusive la redacción de las fracciones III y IV del artículo 107 de la Constitución, así como de las fracciones XIV y XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, todo medio de defensa extraordinario fuera de él se extrapola de la competencia y del límite a la actividad legislativa impuesta por la Constitución en términos de lo establecido notablemente por el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental. Por lo que debemos concluir que los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa son inconstitucionales por establecer vías extraordinarias que rompen con el principio de competencia establecido por la Constitución, al no haber facultad expresa, ni en el artículo 73 constitucional, ni en ningún otro, para que el poder legislativo pueda establecer medios extraordinarios de defensa fuera del juicio de garantías.¹⁵ Atento a lo anterior, es necesario concluir que tanto la

¹⁴ El amparo al que nos referimos se encuentra en las pp. 110-155 de la obra del Lic. Ignacio L. Vallarta titulada: *Cuestiones constitucionales, votos en los negocios más notables de mayo de 1878 a septiembre de 1879*.

¹⁵ Como complemento del argumento anterior, pueden consultarse los siguientes precedentes de carácter judicial: Primera Sala, p. 1441, tomo CXVII, Quinta Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "COMPETENCIA ESTUDIO DE LA, EN EL AMPARO"; Primera Sala, p. 1510, tomo CXIX, Quinta Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "COMPETENCIA EN CASO DE AMPARO PENDIENTE"; Primera Sala, p. 611, tomo CXXI, Quinta Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "COMPETENCIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL".

Ley Federal de Procedimiento Administrativo, como la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa establecen una competencia que es inconstitucional y que pugna con lo establecido por los artículos 14 y 16 de nuestro máximo ordenamiento jurídico.

Además, también es necesario hacer valer que el establecimiento de estos medios extraordinarios de defensa en materia de procedimientos materialmente jurisdiccionales ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial conlleva a la existencia, para este tipo de asuntos, de tribunales especiales, prohibidos por el artículo 13 de nuestra Constitución. Sobre este punto, es necesario decir que el concepto de tribunales especiales no sólo debe verse en función de su temporalidad y de la particularidad de los asuntos que traten, como ortodoxamente se ha interpretado, sino también como aquellos tribunales que obligan al particular a abandonar la jurisdicción ordinaria. En seguimiento de lo anterior, un tribunal especial no sólo es el que se erige para conocer de un asunto en particular y desaparecer una vez concluido éste, sino que también lo es el que se erige para conocer, de manera extraordinaria de un asunto que se aleja de la litis de lo que se está facultado a plantear, ya que ambas ideas no están peleadas entre sí. Al respecto, para mayor claridad de las ideas expresadas, cabe citar como precedentes judiciales, la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la p. 337, tomo IV, Quinta Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, cuyo texto expresa: "JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. Constituyen un verdadero tribunal especial, cuando se erigen en Jueces sentenciadores, para resolver contiendas netamente civiles". Igualmente, sirve de apoyo, el criterio de la Cuarta Sala, publicado en la p. 2008, tomo LV, Quinta Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, que establece lo siguiente: "TRIBUNAL ESPECIAL INEXISTENCIA DEL. La indebida integración de un tribunal, no implica la existencia de un tribunal especial, ya que éste es el que se constituye por virtud de una ley para juzgar a una persona, a la que se excluye, consecuentemente, de la jurisdicción ordinaria". (Énfasis añadido).

De lo anterior, en la medida en que el superior jerárquico en tratándose del recurso de revisión, y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa por cuanto al juicio contencioso administrativo se refiere, abandonan la litis original de la controversia marcaria,

para ya no ejercer una función de apelación, sino una de instancia de anulación del acto administrativo, se erigen, por virtud de un mandato de ley contenido en los artículos 1o. y 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, de manera temporal y para conocer únicamente de asuntos en donde la autoridad de propiedad industrial funcionó materialmente como juez, en tribunales especiales para buscar, no revisar la sentencia que constituya la materia del nuevo recurso, sino su anulabilidad o validez. Los razonamientos precedentes hacen, en el presente caso, que podamos hablar de que, por la naturaleza misma de las solicitudes de declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación de marcas, la procedencia del recurso de revisión y del juicio contencioso administrativo, según la ha establecido el legislador mediante los artículos 1o. y 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, constituyen tribunales especiales para conocer de una jurisdicción extraordinaria, que contraviene el contenido y espíritu del artículo 13 de nuestra Constitución.

Además, también es necesario establecer que los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, contravienen igualmente el contenido de los artículos 17 y 133 de nuestra Constitución, en relación con los tratados internacionales aplicables a la materia.

Sobre el particular, es necesario decir que el artículo 133 de nuestra Constitución establece el sistema de jerarquía de leyes previsto en nuestro orden jurídico, partiendo de la base de que la Constitución es la Ley Suprema de toda la Unión, y que en la medida en que se adecuen al texto de la misma, también lo serán los tratados internacionales y las leyes federales. Al respecto, es necesario establecer que en relación con las normas federales y los tratados, debe interpretarse como que estos últimos tienen un rango de mayor jerarquía que las leyes federales, por lo que tanto la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, como el Código Fiscal de la Federación y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa están sujetos a un examen de compatibilidad con lo que dicten los tratados internacionales aplicables a la materia de que se trate. En

relación con lo anterior, nuestra Suprema Corte, funcionando en Pleno, ha establecido en la tesis P. LXXVII/99, publicada en la p. 46, tomo X, noviembre de 1999, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, la forma de interpretar la jerarquía normativa establecida en el artículo 133, de la manera siguiente: "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 el relativo 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 con-

tenido 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 concedidas 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".

De leer el precedente anterior, podemos llegar al extremo de concluir que por medio de la nueva interpretación realizada del artículo 133 de nuestra Constitución, la Constitución es la Ley Suprema de toda la Unión, y que aunque la propia Constitución les otorgue ese mismo calificativo, jerárquicamente le siguen los tratados (de conformidad con los nuevos criterios de la Suprema Corte), y luego las leyes federales y locales, las cuales se encuentran en un mismo plano de igualdad, puesto que las contradicciones entre el derecho local y el federal no son una cuestión de jerarquía, sino de ámbito de competencia.

Sobre este precedente de carácter judicial, podemos establecer que no sólo rompe con el esquema tradicional de jerarquía de normas, así como la interpretación que de forma reiterada se había venido dando al artículo 133 de la Constitución, sino que podríamos llegar a decir que conforma incluso una nueva teoría, puesto que se habla de "normas constitucionales", en donde considera un grupo de normas derivadas de la propia Constitución, que sirven de parámetro para poder juzgar la constitucionalidad de las demás; o incluso podríamos hablar de un bloque de constitucionalidad *sui generis*, no en el sentido del famoso *bloc de constitutionnalité* a que se refieren la

Constitución Francesa y el Consejo Constitucional Francés, sino en el sentido en que se ha interpretado esta teoría dentro del esquema constitucional español.¹⁶ Al respecto, se ha interpretado en España que el "bloque de la constitucionalidad" se integra por la Constitución y por los estatutos de autonomía, expedidos a través de leyes orgánicas, en donde ambos forman una unidad frente a la demás normatividad que debe estar conforme a ambos, aun cuando se guarde una relación de jerarquía entre el estatuto de autonomía y la constitución, debiendo estar el primero de conformidad con la segunda. De tal suerte que si bien es cierta la norma constitucional, en este caso el tratado, puede ser declarado inconstitucional; también lo es que de ser compatible con la Constitución, las leyes federales deberán interpretarse ya no sólo a través de la constitución, sino también a la luz del tratado, ambos en bloque, en donde el tratado llega al extremo de precisar el alcance que en el caso concreto deba darse a la disposición constitucional, ya que como la propia ejecutoria del precedente en comento establece, los tratados internacionales llegan al grado de ser "reglamentarios de la Constitución".

En este caso, la analogía entre el precedente en cita y la teoría que se está enunciando consiste, como se ha dicho, en equiparar a los tratados internacionales en cierta medida a los estatutos de autonomía, conformando un posible "bloque de constitucionalidad" en su versión mexicana, integrado en este caso por la Constitución y los tratados internacionales, en razón de que los tratados internacionales, según se interpreta en este precedente que se comenta, serían una facultad constitucional absoluta otorgada al Presidente de la República, de conformidad con lo establecido por el artículo 133, el cual, al escapar a la regla del artículo 124, sería una materia netamente constitucional que haría la conformación de este supuesto "bloque". Dado lo anterior, sería de concluirse que el tratado internacional está por encima de la ley federal. Por tanto, en el dado caso de que se

¹⁶ Para mayor profundidad sobre el tema, resulta dable consultar la obra de Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, o la obra de Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Asimismo, resulta destacable la opinión al respecto del catedrático de la Universidad de Salamanca, Rafael Bustos Gisbert, quien en las aulas de clase ha sostenido también, que el esquema constitucional que prevé la Constitución española con respecto de los tratados, y el derecho europeo, podrían llevarnos al grado de hablar también, en cierta medida, de otro bloque de constitucionalidad, parecido, al que en estos momentos nos ocupa.

estimara que la norma federal contraviene la disposición de un tratado, este último debe prevalecer y debe declararse inconstitucional la ley federal puesto que siguiendo la analogía del "bloqueo" no puede subsistir una posible contradicción entre las disposiciones del tratado y la norma federal.

Ahora, cerrado el paréntesis, por cuanto al tema que nos ocupa, los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en relación con su aplicación a actos del IMPI dictados a raíz de procedimientos seguidos a manera de juicio en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, resultan igualmente violatorios de lo dispuesto por los artículos 17 y 133 de la Constitución, interpretados en bloque, con los tratados internacionales siguientes: (i) Convención Americana sobre Derechos Humanos; suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos en San José, Costa Rica, también conocida como "Pacto de San José"; (ii) Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial de Comercio, en específico su Anexo 1 C titulado: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, también conocido como "ADPICs" o "TRIPs", por sus siglas en francés y español por cuanto a la primera y en inglés por cuanto a la segunda; y (iii) Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conocido también como "TLCAN" o "TLC".

Lo anterior es así en virtud de que los medios procesales, cuya constitucionalidad está en tela de juicio, contravienen el texto y espíritu de los tratados en razón de que establecen plazos y términos que contravienen la expeditéz y la impartición de justicia, además de que imponen el agotamiento de una o varias instancias obligatorias que van en contra de la naturaleza de los medios de impugnación que pueden preverse para cuestiones de propiedad industrial como lo son los procedimientos de declaración administrativa de caducidad, nulidad y cancelación de marcas. Al respecto, para efectos del presente análisis, estimamos aplicables los artículos 80. del Pacto de San José, 41, incisos 1, 2, 4 y 5 de TRIPs, así como los incisos 1, 2, 4 y 5 del artículo 1714 del TLCAN.

Sobre este punto, de atender al contenido de los numerales mencionados de los tratados en comento, podemos desprender dos as-

pectos fundamentales relacionados con los procedimientos aplicables a la materia de propiedad industrial. El primero de ellos se refiere a la naturaleza ágil y sencilla de los procedimientos de propiedad industrial, en donde los términos sean razonables, sin demoras injustificadas, para garantizar la expeditéz de la impartición de justicia. El segundo de ellos, por su parte, se refiere a que pueden existir, aunque no es obligatorio (ver inciso 5 tanto del artículo 41 de TRIPs como del artículo 1714 del TLCAN), recursos a las resoluciones que en primera instancia se dicten por una autoridad judicial o administrativa, en donde se revisará al menos la resolución dictada con respecto al fondo del asunto.

Por cuanto al primero de los aspectos se refiere, es necesario establecer que el sistema de impugnaciones previsto por los artículos 10. y 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es inconstitucional de interpretar el contenido de los artículos 80. del Pacto de San José, 41 inciso 1 y 2 de TRIPs y 1714 incisos 1, 2 y 4 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en conjunción con lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, por cuanto a una impartición de justicia pronta y expedita y sobre el fondo del asunto.

Lo anterior es así en razón de que primero que nada, el sistema de impugnaciones previsto por los artículos que se tildan de inconstitucionales son poco prácticos, lentos, contienen plazos irrazonables e incurrir en demoras injustificables. Esto debido a que, para empezar, el sistema de impugnación prevé el agotamiento optativo del recurso de revisión y, posteriormente, el juicio contencioso administrativo. En el mencionado escenario, de interponerse el recurso de revisión se tienen 15 días hábiles para su interposición y la autoridad tiene tres meses para resolver antes de que se presuma confirmado el acto por negativa ficta, o puede el particular que interpuso el recurso esperar hasta que le resuelvan. Lo anteriormente expuesto se desprende del contenido de los artículos 17, 85 y 94 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Este primer aspecto implica una demora sustancial en los procedimientos en materia de preservación de derechos de propiedad industrial puesto que para empezar, la parte beneficiada en la resolución de primera instancia no tiene garantía de audiencia expresa en la revisión, por lo que

queda a merced del recurrente el determinar si existió o no negativa ficta por parte de la autoridad, o retrasar la ejecución de una sentencia mediante la interposición de un recurso notoriamente improcedente *per secula seculorum*, hasta que la autoridad esté en aptitudes de resolver, para lo cual puede pasar, con facilidad, hasta un año más.

Una vez agotada o no la revisión, el afectado por la resolución puede interponer el juicio contencioso administrativo dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes al día en que surta efectos la notificación de la resolución de primera instancia o de la revisión; en los casos de negativa ficta no hay plazo para su interposición. Recibida a trámite la demanda, se notificará a las partes para que dentro de los cuarenta y cinco días siguientes contesten la demanda. En los casos de negativa ficta, indebida notificación o emplazamiento, o en que de la contestación se desprenda que del acto principal se derive otro, una vez notificada la contestación se tiene un plazo adicional de veinte días hábiles para ampliar la demanda. Una vez contestada la demanda y su ampliación, de ser el caso, y desahogadas todas las pruebas, incluso las supervenientes, en donde la contraparte tendrá plazos adicionales de cinco días para manifestar lo que a su derecho convenga, puede decretarse el cierre de la instrucción, y dentro de los diez días hábiles siguientes, podrá notificar a las partes para que dentro de los cinco días hábiles siguientes puedan rendir alegatos; transcurrido el plazo para alegatos, con ellos o sin ellos, dentro de los sesenta días siguientes se podrá emitir la resolución correspondiente. Lo anterior tal como se desprende del contenido de los artículos 207, 210, 212, 230, 235 y 236 del Código Fiscal de la Federación. Lo anterior en el supuesto de que no se incurra en la tramitación de alguna prueba pericial o testimonial conforme a los artículos 231 y 232 del Código Fiscal de la Federación, o peor aún, conforme al artículo 217 del Código de Marras, en incidentes de previo y especial pronunciamiento (los cuales por cierto, y para salvaguardar la expeditéz de los procedimientos de declaración administrativa están prohibidos por el artículo 195 de la Ley de la Propiedad Industrial).

Como podemos apreciar de lo anterior, el procedimiento de impugnaciones de las resoluciones emitidas en un procedimiento de declaración administrativa de caducidad, nulidad y cancelación tiene todo menos el carácter de expedito, puesto que en el mejor de los casos, antes de obtener una sentencia definitiva, conforme a los pla-

zos tan laxos que se manejan, sobre todo en el juicio contencioso administrativo, estamos hablando de un año y medio, cuando menos, sin tomar en consideración los dos años que en promedio se puede llevar la sustanciación del procedimiento ante el IMPI; lo cual evidentemente contraviene el contenido de los tratados mencionados, ya que el espíritu es el de tener procedimientos de impugnación rápidos y eficaces para desalentar las conductas de violación a los derechos de propiedad industrial, efecto que por supuesto no se tendrá con este nuevo sistema de impugnación por vías administrativas que además son incompatibles con el sistema de propiedad industrial.

Además, tampoco se justifica un procedimiento tan largo y complicado como lo es el del juicio contencioso administrativo, que implica demanda, contestación, posible ampliación, en su caso, contestación a la ampliación, alegatos, etc., en razón de que se supone que ya existe una sentencia dictada por un perito en la materia, como lo es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, en donde después de la interposición de la demanda, de un periodo de un mes para la contestación, alegatos de las partes y desahogo de pruebas, ya se determinó quién tenía mejor derecho. Lo que constitucionalmente y de conformidad con los tratados hace sentido es que dentro de un concepto de simplicidad, e impartición de justicia pronta y expedita, se pudiera, en su caso, recurrir la sentencia, como en una apelación, con un término razonable, como podría serlo un término de diez días hábiles, como sucede en el caso de la revisión en amparo o de cinco días para el caso de las apelaciones en materia del Código Federal de Procedimientos Civiles; nunca 45 días hábiles. Lo anterior es así en razón de que si bien es cierto que en materia administrativa, y sobre todo fiscal, se justifica un término tan amplio para poder tener una defensa adecuada contra el acto de autoridad que importa un perjuicio al gobernado, en donde incluso, conforme al artículo 197, se estima que la litis ha quedado abierta otra vez al grado que aun cuando hayan habido recursos tramitados con anterioridad, se puede impugnar el acto primero de autoridad por cuestiones no hechas valer en el recurso. En el caso de propiedad industrial, no se requiere más que de revisar si la sentencia emitida por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial por cuanto al fondo de la controversia (como lo exige el inciso 4 del artículo 1714 del TLCAN), está apegada a derecho o no; por lo que suponiendo sin conceder que la vía de impugna-

ción señalada por los artículos que se tildan de conculcatorios de garantías fuese adecuada, los plazos tan largos e irrazonables, bajo ningún motivo se justifican a la luz de los tratados internacionales y del artículo 17 constitucional que establecen la expeditéz y prontitud en la resolución de las controversias suscitadas en materia de procedimientos para la conservación de derechos de propiedad industrial, como es el caso de la declaración administrativa de caducidad. Por tanto, los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa son inconstitucionales. Sirve de apoyo a lo anterior el precedente que sustentó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del amparo civil directo 1485/25, publicado en la p. 605, tomo XXII, Quinta Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, que establece textualmente: "ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. Este precepto manda que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley, y no se refiere a las violaciones que puedan cometer los tribunales, al administrar justicia".

Por otro lado, es también menester mencionar que los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, son violatorios de lo dispuesto por los artículos 13, 14, 16, 17 y 133 en relación con los tratados internacionales en estudio, por establecer una vía de impugnación incompatible con el sistema previsto para la propiedad industrial, en particular para los procedimientos relativos a la conservación de derechos de propiedad industrial, que lo único que hace es dilatar la impartición de justicia.

Tal como se desprende de los artículos 41 incisos 4 y 5 de TRIPS y 1714 incisos 4 y 5 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, podrá existir un procedimiento de revisión en materia de procedimientos de preservación de derechos de propiedad industrial. Dicha potestad es facultativa, razón por la cual, para no cambiar el sistema de impartición de justicia marcaria, México no adoptó ninguno y se conformó con lo establecido en la Ley de la Propiedad Industrial, dejando que las resoluciones del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, en relación con los procedimientos de declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación fueran definitivas y únicamente atacables mediante el juicio de garantías por

una violación de derechos constitucionales. Ahora bien, de interpretar los tratados en cuestión, podemos concluir que si el Estado parte del tratado, decide implementar una revisión de las resoluciones dictadas en primera instancia en relación con procedimientos de preservación de derechos de propiedad industrial, éste debe ser para al menos, resolver en revisión "*las decisiones judiciales sobre el fondo del caso*". De interpretar la teleología de las disposiciones en comentario, al contener la palabra "al menos", se desprende que es *conditio sine qua non* el que en la revisión tenga que conocerse y resolverse del fondo del asunto conocido en primera instancia, como ocurre en una apelación cualquiera en procedimientos que son materialmente judiciales y que resuelven controversias entre particulares.

En la especie, el sistema de impugnación previsto por los artículos 10. y 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, lo único que no prevé, es la revisión del fondo del asunto en primera instancia, en razón de que su función no es asumir jurisdicción que le corresponde al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial mediante las unidades administrativas encargadas de la resolución de los procedimientos de declaración administrativa de caducidad, nulidad o cancelación de marcas, sino determinar si el acto administrativo es legítimo o anulable, tal como hemos visto con anterioridad. Por tanto, los artículos en estudio contravienen lo dispuesto en los tratados en la medida en que constituyen instancias ulteriores que modifican la litis, ya que no incluyen dentro de sus facultades de resolución el asumir jurisdicción para determinar quién debe prevalecer por cuanto al fondo, es decir por cuanto a su derecho, sino que sólo dejan insubsistente el acto y lo reenvían a la autoridad que lo dictó. Esto, además de ser violatorio de los artículos 14 y 16 por crear un tribunal incompetente, es violatorio del artículo 13 constitucional por constituir un tribunal especial, y de los artículos 17 y 133, todos de la constitución, en relación con los tratados citados, por constituir instancias inconstitucionales que tan sólo dilatan la impartición de justicia en razón de su incompatibilidad con la naturaleza de los procedimientos de preservación de derechos de propiedad industrial, y de los recursos permitidos por los tratados que están jerárquicamente en un grado superior que las leyes federales que se impugnan. Al respecto, de gran utilidad resulta,

a manera de analogía, el criterio del Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, en la tesis I.6o.T.71 L, consultable en la p. 999, tomo XI, abril de 2000, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, cuyo texto establece expresamente lo siguiente: "SEGURO SOCIAL, INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 294 Y 295 DE LA LEY DEL. El artículo 295 de la Ley del Seguro Social, vigente a partir del primero de julio de mil novecientos noventa y siete, dispone que las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el instituto, sobre las prestaciones que esa ley otorga, podrán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, debiéndose agotar previamente el recurso de inconformidad que establece el artículo 294 del mismo ordenamiento legal. *Ahora bien, resulta inconstitucional la obligatoriedad que tales preceptos imponen a los sujetos de agotar necesariamente el recurso de inconformidad ante el Consejo Consultivo Delegacional, el cual es un órgano de naturaleza administrativa, antes de acudir ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, pues tal recurso debe considerarse como una instancia previa al ejercicio de la acción ante la autoridad judicial, toda vez que las partes se someten a la decisión de un tercero, quien tiene la facultad de dirimir la controversia existente, que condiciona indebidamente el ejercicio de la garantía de acceso a la justicia pronta y expedita, provocando el entorpecimiento y retardo en la impartición de justicia, pues en caso de que la resolución que dicte dicho órgano administrativo resulte contraria a los intereses de una de las partes, tendrán que acudir posteriormente ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, con el fin de que ésta dirima el conflicto, lo cual contraviene el contenido del artículo 17 constitucional*, toda vez que subordina la actividad o funcionamiento de los tribunales jurisdiccionales, a que previamente el interesado necesariamente tenga que agotar el citado recurso de inconformidad ante el Consejo Consultivo Delegacional, para tener derecho a acudir con posterioridad ante el tribunal jurisdiccional competente, para que éste resuelva la controversia, es decir, no es una opción que se le otorgue al interesado para que a su elección determine ante quién reclamar su derecho, si ante el Consejo Consultivo Delegacional o directamente ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, sino que se le está imponiendo como obligación ineludible agotar el multicitado recurso de inconformidad,

antes de acudir a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, lo cual vulnera de manera evidente la garantía consagrada en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". (Énfasis añadido).

Robustecen aún más el anterior criterio los precedentes judiciales emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. CXII/97, visible en la p. 15, tomo VI, julio de 1997, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA. LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO, PREVIAMENTE A ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES, CONTRAVIENE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL". Así como la tesis P. CXIII/97 del mismo órgano jurisdiccional, publicada en la p. 18, del tomo VI, julio de 1997, correspondiente al *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, cuyo rubro expresa: "SEGUROS, INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 136 DE LA LEY QUE LAS REGULA, VIOLA EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL, EN TANTO QUE ESTABLECE LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO ANTES DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES JUDICIALES".

De lo anterior, no podemos sino concluir que el tener que agotar el recurso de revisión y/o el juicio contencioso administrativo, en relación con actos emitidos por el IMPI, ejerciendo funciones materialmente jurisdiccionales, resulta violatorio igualmente del artículo 17 constitucional al constituir instancias obligatorias que no solucionan el fondo de la controversia y que tan sólo entorpecen y dilatan la impartición de justicia en materia marcara que debe ser pronta y expedita.

A mayor abundamiento, es necesario establecer que para el caso no concedido de que no fuese dable interpretar los tratados internacionales en "bloque de constitucionalidad", la interpretación realizada conforme a los tratados citados debe prevalecer, debido a que aun cuando no fuese inconstitucional la ley frente al tratado, interpretando este último como "norma reglamentaria de la Constitución", la interpretación de los preceptos constitucionales invocados debe hacerse de conformidad con lo en ellos establecido en razón de que constituyen en la materia de propiedad industrial ley especial y de mayor jerarquía a las leyes federales. Esto es así en razón de que los

tratados son los que marcan en el caso concreto de la propiedad industrial, qué debe entenderse por justicia pronta y expedita, así como por cuanto a los medios de impugnación permisibles en materia de procedimientos de preservación de derechos de propiedad industrial. Por tanto, partiendo de la base que la ley especial deroga a la general, y de la superioridad jerárquica de los mismos tratados frente a las leyes federales, no puede sino deducirse la inconstitucionalidad de los preceptos tildados de inconstitucionales, puesto que por especialidad de leyes y jerarquía, los tratados dan la pauta para interpretar el contenido de nuestra norma fundamental para decretar la inconstitucionalidad de las leyes que se consideran inconstitucionales.

Atento a todos los razonamientos anteriores, podemos concluir que los artículos 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa son contrarios a lo establecido por los artículos 1o., 13, 14, 16, 17, 73 fracción XXIX-H y 133 de la Constitución en relación con los tratados internacionales citados en el cuerpo del presente estudio, por cuanto a su aplicación a actos en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales del IMPI. Esto, hasta en tanto no exista una exclusión expresa del ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales en los supuestos de aplicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, ya sea en lo dispuesto por el artículo 1o. o en el artículo 83, ambos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Así pues, como hemos podido ver en las páginas anteriores, la aplicación de medios netamente administrativos para impugnar resoluciones materialmente jurisdiccionales, es contraria a la Constitución. No obstante ello, no ha habido pronunciamiento alguno por parte de nuestro más alto tribunal al respecto. Los amparos que han pretendido impugnar la constitucionalidad de la ley, en términos similares a los aquí expuestos, han sido, en su mayoría, desechados en razón de la dificultad de probar el acto concreto de aplicación, sin embargo, existe una minoría, de lo que hemos podido ver en nuestra experiencia personal, que han podido sobrepasar estas dificultades, demostrando que el acto de aplicación existe, desde el momento en que el quejoso manifiesta su voluntad de inconformarse contra una resolución materialmente jurisdiccional del IMPI, no obstante que los recursos o medios de defensa impugnados no funden expresa-

mente el acto reclamado, por ser ley que rige al acto, siendo normas que fundan manifiestamente al acto, y porque sería inocuo, atendiendo a la naturaleza del juicio de garantías, el pretender que el particular tenga que someterse a un medio de impugnación inconstitucional con tal de tener un acto concreto de aplicación. Pese a ello, no ha habido pronunciamiento definitivo alguno, y esperemos que en un futuro no muy lejano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncie en definitiva, con tal de acabar con la inseguridad jurídica que ha impuesto el reino del caos, en tratándose de medios de impugnación contra resoluciones de organismos públicos que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales. Mientras eso ocurre, tan sólo nos queda esperar cómo se resolverá esta crónica de una ruptura constitucional anunciada...

LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LOS PARTICULARES

Rodrigo LABARDINI¹

El peligro a los derechos humanos no existe sólo desde el poder estatal ... debe reconocerse que existe gran peligro a los derechos humanos desde entidades no estatales ... de entidades privadas y, especialmente, de poderosas organizaciones privadas, tales como compañías privadas. Si no se permite que una pequeña municipalidad pueda discriminar, ¿por qué podría permitírsele a una gran corporación?²

It would be more appropriate to speak of human rights as the vocabulary of our time rather than the idea of our time: it provides the terms in which discussion of (individual and other) values in international politics is carried on. It is simultaneously part of a propaganda war and a healing philosophy.³

¹ Las opiniones expresadas son de carácter estrictamente personal y no deberá entenderse que necesariamente reflejan las de las instituciones con las que se encuentra vinculado. El presente opúsculo es la cuarta y última investigación del programa de maestría en derecho en la Universidad Iberoamericana, analizando la posibilidad de que los particulares puedan violar derechos humanos.

² Aharon BARAK, "Protection of Human Rights in Private Law", en A. Barak (editor), *Book to Klinghofer on Public Law*, Sacher Institute, Jerusalén, 1993, p. 175 [traducción del autor {t. a.}]. Ver más adelante el cuadro que compara el ingreso total de algunas empresas multinacionales contra el producto interno bruto de algunos Estados en 1998.

³ R. J. VINCENT (editor), *Foreign Policy and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 264.

La justicia no es más que una mercancía pública, y el caballero que preside el tribunal ratifica las transacciones.⁴

SUMARIO: I. Introducción. II. El lenguaje tradicional de los derechos humanos. III. El concepto tradicional de derechos humanos. IV. Actores no estatales y derechos humanos. V. La difusión del poder. VI. La privatización de los derechos humanos. VII. La analogía entre las esferas pública y privada. VIII. Privatización de derechos humanos a nivel constitucional. IX. Jurisprudencia nacional. X. Privatización en jurisprudencia internacional. XI. El derecho a la igualdad en la esfera privada. XII. Derechos del niño. XIII. Apartheid. XIV. Derechos humanos en las relaciones laborales. XV. Tecnología y derechos humanos. XVI. Responsabilidad "ecológica" en materia de derechos humanos. XVII. Vigencia nacional del régimen internacional de derechos humanos. XVIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto tradicional de "derechos humanos" generalmente es percibido como uno que se relaciona directamente con la esfera pública; uno en el que la preocupación principal, casi exclusiva, consiste en la defensa del individuo frente a los representantes gubernamentales y el poder del Estado.⁵ A través de la historia, se observa cómo los derechos humanos se erigen como importantes límites y barreras al poder de las autoridades (al fijar límites a la acción gubernamental y ofreciendo posibilidades de resarcir daños sufridos), e intentan corregir situaciones que se perciben no sólo como inapropiadas, sino injustas; situaciones que normalmente ya han ocurrido o que previsi-

⁴ PETRONIO.

⁵ "Los derechos humanos, subrayo, son derechos frente a la sociedad representada por un gobierno y sus funcionarios definidos como un grupo", Louis HENKIN, *The Rights of Man Today*, Londres, Stevens & Sons, 1979, p. 2 [t. a.]. Henkin, sin embargo, aparentemente ha modificado su postura al indicar que "un Estado parte también está obligado a 'asegurar' los derechos reconocidos. Esto parece implicar que los derechos reconocidos no sólo son derechos contra el gobierno (tal y como son de conformidad con la Constitución de EUA, por ejemplo), sino también contra otras personas". Louis HENKIN, "The International Bill of Rights", en R. Bernhardt y J. Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights*, Berlín, Springer-Verlag, 1987, p. 10 [t.a.].

blemente pueden llegar a ocurrir.⁶ En diversos momentos históricos se recurre al derecho natural y se le esgrime frente a la arbitrariedad de las autoridades.⁷ Esto puede explicar por qué los derechos humanos "no quedan sujetos al regateo político ni al cálculo de los intereses sociales; constituyen para sus titulares triunfos frente al gobierno ... son derechos sustraídos al arbitrio de los poderes políticos constituidos".⁸

En el discurso actual,⁹ la expresión "derechos humanos" se utiliza con dos propósitos principales.¹⁰ Primero, afirmar que las normas o estándares universales¹¹ resultan aplicables a toda sociedad huma-

⁶ En los orígenes, las personas son sujetos de facultades consagradas en normas y reflejadas en diversos documentos históricos, pero no tanto como individuos sino como parte de un agregado social, gremial o estamental. Las normas son recogidas como costumbres y prácticas de ciertos sectores sociales y no tanto como medidas precautorias para regular actos futuros y prevenir situaciones que se consideran inapropiadas o injustas. Ver Rodrigo LABARDINI, "Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 19, 1988-1989, México, 1989, pp. 287-324 (en adelante *Orígenes*). Sin embargo, ya en el siglo XVII comienzan a observarse disposiciones que pretenden erigir barreras frente al poder de la autoridad por tratarse de funcionarios y representantes gubernamentales y porque para entonces ya se les considera arbitrarios e injustos en su actuar. Rodrigo LABARDINI, "Antecedentes de derechos humanos: siglos XV a XVII", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999, pp. 43-100 (en adelante *siglos XV-XVII*).

⁷ Cfr. James O' TOOLE, "Natural Rights", en *The Great Ideas Today*, 1998, Encyclopædia Britannica, 1998, pp. 182-185.

⁸ José DELGADO PINTO, "La función de los derechos humanos en un régimen democrático", en Javier Muguerza, *El fundamento de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, pp. 136-137 (énfasis añadido).

⁹ Definido principalmente por políticos y diplomáticos.

¹⁰ Rodrigo LABARDINI, "Sobre el concepto de los derechos humanos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 24, Escuela Libre de Derecho, México, 2000, pp. 511-565 (en adelante *Concepto DDHH*).

¹¹ "Un gobierno democrático no se puede amordazar cuando el tema de derechos humanos está de por medio. ¿Valen los derechos humanos para todos, en todos los lugares o en todos los tiempos, o solamente valen en algunos casos y en algunos países?". Santiago Creel, Secretario de Gobernación de México, 18 de abril de 2002, al defender el voto de México en la Comisión de Derechos Humanos de ONU en favor de la resolución, aprobada el 19 de abril de 2002 con 23 votos a favor, 21 en contra y 9 abstenciones, sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, citado en "Cronología de un largo desencuentro", *Reforma*, 23 de abril de 2002, consultado el 23 de abril de 2002 en <http://www.reforma.com/nacional/artículo/188703/>. Sobre dicha resolución y un resumen del debate correspondiente, véase ONU, Press Release, *Resolutions on situations in Iraq, Sudan and Cuba adopted by the Commission on Human Rights*, Commission on Human Rights, 58th session, 19 April 2002, afternoon.

na.¹² Segundo, señalar que todos los individuos, en virtud de simplemente ser seres humanos,¹³ gozan de derechos morales¹⁴ que ninguna sociedad y ningún Estado pueden negar o anular.¹⁵ El carácter político de los derechos humanos¹⁶ parece estar reforzado porque normalmente se entienden referidos casi exclusivamente en relación con un representante gubernamental y como una barrera para defender a la persona del abuso y poder del Estado.¹⁷

Sobre autoridad, y conceptos similares como poder, influencia y coerción, se centran gran cantidad de problemas que aluden a cues-

¹² Una interrogante importante en el contexto político internacional es tratar de definir si un sistema de derechos subjetivos puede tener igual relevancia en culturas (políticas y sociales) que no atribuyen la misma importancia fundamental a la libertad del individuo o de diferentes grupos sociales. Se trata del debate sobre el carácter "universal" o "relativo" de los derechos humanos, lo que a su vez se relaciona con el carácter "absoluto" o "contingente" de los derechos reconocidos. Ver LABARDINI, *Concepto DDHH*, supra nota 9, pp. 540-543.

¹³ Pese a la aparente simpleza de la cuestión, una de las cuestiones que más perplejidad ha generado recientemente es la definición de quiénes detentan derechos humanos. LABARDINI, *Concepto DDHH*, supra nota 9, pp. 537-538.

¹⁴ "...los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho", Eusebio FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 107. Un derecho moral es "(1) el fundamento racional de una reclamación justificada; (2) de que el disfrute actual de una sustancia; (3) requiere estar socialmente garantizado contra las amenazas normales", Henry SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1980, capítulo 1 [t. a.].

¹⁵ Los sistemas (nacional e internacional) de derechos subjetivos tienen dos efectos: 1) establecer límites a la acción de los gobiernos y de las decisiones colectivas (ofreciendo un mínimo de protección a individuos y grupos específicos), y 2) ofrecer a individuos y grupos específicos la posibilidad de reparar un daño y ofrecerles un margen de libertad con la imposición de dichos límites. Cfr. Charles TAYLOR, "Human Rights: The Legal Culture", en UNESCO, *Philosophical Foundations of Human Rights*, 1986, y Karl KLARE, "Legal Theory and Democratic Reconstruction", en 25 *University of British Columbia Law Review* 69 (1991).

¹⁶ Cfr. Joy GORDON, "The Concept of Human Rights: The History and Meaning of Its Politicization", en 23 *Brooklyn Journal of International Law* 689 (1998).

¹⁷ Para Rex MARTIN ("Human Rights and Civil Rights", en *Philosophical Studies*, 31, núm. 4 [1980]), un componente esencial de los derechos humanos es la presencia de los gobiernos. Para que haya derechos humanos es necesaria la presencia de derechos subjetivos y un sistema jurídico, en el que, si bien los derechos humanos son generales, muchos son "restringidos" (o, añadiríamos, "específicos"). Son oponibles a todos, pero sólo son exigibles ante unos cuantos y resultan viables para unos cuantos. Martin continúa diciendo que aun cuando sean oponibles a todos, la mayoría de los derechos humanos requiere (o implica) la presencia de las instituciones en una sociedad organizada políticamente; ergo, la presencia del gobierno se vuelve esencial y fundamental.

iones sociales básicas,¹⁸ considerando incluso al tema del poder como la cuestión social más importante,¹⁹ seguramente porque la autoridad es inseparable del grupo social,²⁰ porque ninguna sociedad puede subsistir sin autoridad,²¹ o por considerarla el precio para vivir en comunidad.²² De esa forma, autoridad es necesaria en toda sociedad, puesto que sin ella, la sociedad no puede existir o cumplir su función, cualquiera que ésta sea.

Los términos "autoridad", "poder", "influencia" y "coerción", surgen en múltiples contextos, pudiendo en ocasiones ser intercambiables. Así, cuando se dice que una persona tiene autoridad para realizar algunos actos, en algunas instancias quiere significarse que tiene derecho a llevarlos a cabo, que cuenta con las facultades debidas para ese efecto, o que tiene el poder para hacerlo. Derivado de esto, el término "autoridad", y sus similares, "debe ser tomado como un indicador de lo que se está buscando".²³

Recientemente se ha indicado que la defensa de los derechos humanos no se circunscribe exclusivamente a la esfera pública. En el ámbito privado también existe poder económico, social, religioso y político y debe reconocerse que existen grandes riesgos y peligros para los derechos humanos provenientes de entidades no públicas. La influencia que una empresa multinacional puede ejercer es sorprendente. Los ingresos de varias de ellas superan al producto de varios Estados (ver cuadro anexo). "Si no se permite que una pequeña municipalidad pueda discriminar, ¿por qué podría permitírsele a una gran corporación?"²⁴ Esto es aún más significativo si recorda-

¹⁸ Cfr. Rodrigo LABARDINI, "Autoridad y derechos humanos", en *Ars Iuris*, núm. 26, 2001, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, México, 2001, pp. 131-171.

¹⁹ Una muestra de la complejidad se observa en la multiplicidad de significados de las palabras "autoridad" y "poder", referidos a aspectos físicos, naturales e histórico-sociales. En cada categoría, los términos aluden a hechos y situaciones muy diversos y heterogéneos.

²⁰ Thomas MOLNAR, *Authority and Its Enemies*, Arlington House Publishers, New Rochelle, Nueva York, 1976, p. 20.

²¹ Austin FAGOTHEY, *Ética. Teoría y aplicación*, Nueva Editorial Interamericana, México, 1981, 5a. ed., p. 228.

²² "Authority, at its elementary level, is then the natural price that the individual pays for membership in society". MOLNAR, *op. cit.*, supra nota 19, p. 11.

²³ Richard DE GEORGE, "The Concept of Authority", en Terry Armstrong y Kenneth Cinnamon (editores), *Power and Authority in Law Enforcement*, Charles C. Thomas, Publisher, Springfield, Illinois, 1976, p. 40 [t. a.].

²⁴ Barak, *op. cit.*, supra, nota 1, p. 175.

mos que con el proceso de privatización varias entidades públicas son ahora de naturaleza privada. ¿Acaso la protección de los derechos humanos, que existía cuando dichas actividades tenían carácter público, ha dejado de aplicarse sólo porque la entidad cambió su naturaleza y ahora es un ente privado?²⁵ ¿Es que los derechos humanos, que antes llegaban a violarse porque el responsable tenía naturaleza de carácter público, ya no pueden ser violados porque el actor es ahora de carácter privado? ¿Acaso los derechos humanos y las conductas sancionadas correspondientes se han modificado en grado tal como para no existir o no configurarse, sólo porque el presunto violador no es más un ente público? ¿La existencia de los derechos humanos dependería de quién los viole, porque sólo se pueden violar si se trata de un actor público?

Total de ingresos de algunas multinacionales vs. producto interno bruto de algunos Estados en 1998 (miles de millones de dólares)

Empresa	Ventas anuales (miles de millones de dólares)	PIB (miles de millones de dólares)	Estado
Mitsubishi Corp.	\$128.9	\$129.1	Sudáfrica
Wal-Mart Stores, Inc.	\$119.3	\$119.1	Grecia
General Electric Company International Business Machines Corp.	\$ 90.8	\$ 92	Israel
Volkswagen AG	\$ 78.5	\$ 75.5	Egipto
Sony Corporation	\$ 65.3	\$ 65	Nueva Zelandia
	\$ 55	\$ 54.9	República Checa

Fuente: John Stopford, *Multinational Corporations*, en 113 *Foreign Policy* 16 (Invierno 1998-1999).

Ante esto, es comprensible por qué se menciona y adquiere mayor arraigo el concepto de que los individuos están facultados para exigir respeto a sus derechos humanos no sólo frente al poder del Esta-

²⁵ Ver más adelante el texto que acompaña a las notas 123 a 146 sobre la privatización de los derechos humanos.

do sino también en el seno de sus relaciones con otros individuos y entes no estatales, en otras palabras, frente a particulares.²⁶ De ser el caso, podría incluso considerarse que "las reglas de áreas como derecho de los contratos, derecho mercantil, las reglas en materia de responsabilidad objetiva y derecho familiar quedarían sujetas a la normatividad de derechos humanos".²⁷

II. EL LENGUAJE TRADICIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado a partir de varios instrumentos internacionales que desarrollan e interpretan la disposición de la Carta de las Naciones Unidas²⁸ promoviendo "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".²⁹ Entre estos instrumentos internacionales se incluyen la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH),³⁰ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)³¹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC).³² El conjunto de estos instrumentos se denomina el Estatuto Internacional de Derechos Humanos (EIDH).

²⁶ Quizá uno de los ejemplos más conocidos es Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

²⁷ Frances RADAY, "Privatising Human Rights and the Abuse of Power", 13 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 103 (2000) [t. a.].

²⁸ San Francisco, 26 de junio de 1945, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*: 17 de octubre de 1945, Secretaría de Relaciones Exteriores, *Colección de Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos Celebrados por México* (en adelante TyC), tomo IX, p. 337.

²⁹ Artículo 55 (c) de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁰ Se aprobó por la Asamblea General (AG) de la ONU el 10 de diciembre de 1948, GA Res. 217A (III), UN Doc. A/810, p. 71 (1948).

³¹ Se le ha caracterizado como una lista de limitaciones inmediatamente efectivas contra la acción gubernamental. Geraldine VAN BUEREN, "Deconstructing the Mythologies of International Human Rights Law", en Conor Gearty y Adam Tomkins (editores), *Understanding Human Rights* (1966). El PDCP se adoptó por Resolución 2200 (XXI) de la AG de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. México se adhirió al PDCP el 23 de marzo de 1981, formulando dos declaraciones y dos reservas. Entró en vigor para México el 23 de junio de 1981, *DOF*: 20 de mayo de 1981, TyC, *supra* nota 27, tomo Apéndice II, p. 171, UNTS 14668.

³² A diferencia del PDCP, el PDESC es considerado como un conjunto de obligaciones positivas, donde el Estado requiere intervenir para proporcionar bienes y servicios. VAN

Los esquemas de protección de derechos humanos, adoptados en distintas partes del mundo, si bien se encuentran cimentados en el sistema universal, han recibido facetas regionales. Existen tres sistemas regionales actualmente en vigor: el americano (incluyendo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre [DADDH]³³ y la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]³⁴), el europeo (incluyendo la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH]³⁵ y sus protocolos facultativos³⁶) y el africano (con la Carta Africana de Derechos Humanos [CAfDH] o Carta de Banjul).³⁷

BUEREN, *op. cit.*, *supra* nota 30, p. 599. En este sentido, el PDESC funge más como un diseño de futuras acciones gubernamentales que como limitaciones inmediatas a la conducta estatal. Alesandra LUINI DEL RUSSO, *International Protection of Human Rights*, p. 47 (1971). El PDESC se adoptó conjuntamente con el PDCP (*supra* nota 30). Entró en vigor el 3 de enero de 1976. México se adhirió el 23 de marzo de 1981 y formuló una declaración interpretativa al efecto. Entró en vigor para México el 23 de junio de 1981. *DOF*: 12 de mayo de 1981. *TyC*, *supra* nota 27, tomo Apéndice II, p. 155, UNTS 14531.

³³ Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

³⁴ Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. México se adhirió el 24 de marzo de 1981, formuló dos declaraciones y una reserva. Entró en vigor para México en la misma fecha. *DOF*: 7 de mayo de 1981. Para un análisis más detallado de esta Convención, véase, entre otros a Alberto Székely, "México y los instrumentos de Naciones Unidas sobre derechos humanos", en *La protección internacional de los derechos del hombre, balances y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983. Rodrigo LABARDINI, Javier Ramón BRITO MONCADA y Miguel Ángel GONZÁLEZ FÉLIX, "La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Revisitada", en *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Octava Época, núm. 4, 1988, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, pp. 115-179.

³⁵ *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 221.

³⁶ El texto de la CEDH ha sido enmendado de conformidad con el Protocolo núm. 3 (ETS núm. 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, el Protocolo núm. 5 (ETS núm. 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971, y el Protocolo núm. 8 (ETS núm. 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990, e integra también el texto del Protocolo núm. 2 (ETS núm. 44), el cual, de conformidad con su artículo 5 (3) era parte integral de la CEDH desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones enmendadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo núm. 11 (ETS núm. 155), a partir de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998. A partir de esta fecha, se abrogó el Protocolo núm. 9 (ETS núm. 140), que había entrado en vigor el 1 de octubre de 1994, y el Protocolo núm. 10 (ETS núm. 146) dejó de tener propósito alguno.

³⁷ La *Carta Africana sobre Derechos del Hombre y los Pueblos*, o Carta de Banjul, se adoptó en Nairobi, Kenya, en junio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA), como consecuencia de la Decisión 115 (XVI) de dicho órgano que se reuniera en Monrovia, Liberia. La CAfDH

Existen dos sistemas que aún no entran en vigor: el árabe³⁸ y el asiático.³⁹

III. EL CONCEPTO TRADICIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente, el concepto de los derechos humanos ha estado basado en el supuesto de esgrimir el derecho individual frente al Estado.⁴⁰ Pero el amplio desarrollo y uso de la tecnología, como la ingeniería genética, modifica sustancialmente ese supuesto, ya que confronta los derechos de que gozan los individuos frente a las facultades físicas y jurídicas de acción que tienen las empresas, pequeñas o multinacionales, y otros actores privados.

entró en vigor el 21 de octubre 1986, después de ser ratificada por la mayoría de los miembros de la OUA. En contraste con los sistemas europeo y americano, los miembros de la OUA son alentados a alcanzar arreglos amistosos sin formalmente involucrar los mecanismos de investigación y conciliación de la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos. Tampoco contempla una corte regional de derechos humanos. Se señala que las costumbres y tradiciones africanas enfatizan más la mediación, la conciliación y el consenso y no tanto los procedimientos adversariales y adjudicativos frecuentes en los sistemas jurídicos de Occidente. Su texto puede consultarse en ONU, *Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos, 1945-1995*, Nueva York, 1995, p. 305. Para mayor información consúltese U. OJI UMOZURIKE, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, Kluwer Law International, 1997, y George William MUGWANYA, "Realizing Universal Human Rights Norms Through Regional Human Rights Mechanisms: Reinvigorating the African System", *10 Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 35 (1999).

³⁸ En 1968, el Consejo de la Liga Árabe adoptó una resolución para crear la Comisión Árabe Permanente de Derechos Humanos. Subsecuentemente, dicho Consejo preparó una Declaración para una Carta Árabe de Derechos Humanos que incluye todos los derechos proclamados en la DUDH (el texto de la Carta Árabe puede consultarse en *18 Human Rights Law Journal* 151 [1997]). B. BOUTROS-GHALI, "The League of Arab States", en Karel Vasak (editor), *The International Dimensions Of Human Rights*, 1982, p. 579. La Declaración contempla lo que se ha referido como un objetivo tripartita: "[A] concern for continuity with the past, a desire to achieve Arab unity, ... [and] a call for justice in respect of the Arab populations living in the occupied territories". *Loc. cit.*

³⁹ Ha habido diversos esfuerzos de grupos no gubernamentales como el Comité Permanente de Derechos Humanos (*Permanent Standing Committee on Human Rights*), establecido en 1979 por Lawasia (una asociación profesional de abogados asiáticos y del Pacífico Occidental). Hiroko YAMANE, "Asia and Human Rights", en VASAK, *op. cit.*, *supra* nota 37, p. 664. Sin embargo las grandes diferencias culturales, políticas, ideológicas y económicas entre los Estados asiáticos, junto con una falta de organización regional han imposibilitado una política regionalmente aceptada sobre derechos humanos. *Ibidem*, p. 665.

⁴⁰ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 91, señala que los individuos tradicionalmente han concebido que sus derechos se encuentran protegidos frente a la acción del Estado.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos recogen y promueven gran cantidad de normas, entre las que podemos mencionar prevención de la discriminación y derechos relacionados con la formación y desarrollo de una familia. Así, por lo que hace a la discriminación, la DUDH, la DADDH, el PDCP, el PDESC, la CADH, la CEDH y la CAfDH prohíben que se hagan distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión⁴¹ e incluso se han suscrito diversos instrumentos internacionales al efecto.⁴² De igual forma, y por lo que se refiere a la familia, la DUDH, el PDCP y el PDESC exigen la protección de la familia como la unidad social básica.⁴³ Tanto la DUDH como el PDCP prohíben la interferencia arbitraria a la privacidad, familia u hogar del individuo,⁴⁴ y garantizan el derecho de hombres y mujeres a tener una familia.⁴⁵ En adición, la DUDH, el PDCP y el PDESC permiten a los padres escoger la educación de sus hijos.⁴⁶ Como veremos, el derecho a la no discriminación y algunos derechos a formar una familia se encuentran amenazados por desarrollos tecnológicos y las acciones de entes particulares.⁴⁷

La mayoría de los supuestos de derechos humanos consideran al Estado como el único posible violador de los mismos.⁴⁸ Se concibe

⁴¹ Artículo 55(c) de la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 27; DUDH, arts. 1 y 2; DADDH, art. II; PDCP, arts. 2 y 3; PDESC, arts. 2 y 3; CADH, art. 1; CEDH, art. 14; CAfDH, arts. 2 y 3.

⁴² Por ejemplo, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (1965), *DOF*: 13 de junio de 1975 y 18 de junio de 1975, *TyC*, *supra* nota 27, tomo Apéndice II, p. 5, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (1979), *DOF*: 12 de mayo de 1981 y 18 de junio de 1981, *TyC*, *supra* nota 27, tomo XXIII, p. 413, la *Declaración de ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión y las Convicciones*, A/RES/36/55, 25 de noviembre de 1981, el texto puede consultarse en ONU, *op. cit.*, *supra* nota 36, p. 305, el *Convenio 111 de OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958, y la *Convención contra la Discriminación en la Educación*, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la UNESCO.

⁴³ DUDH, art. 16 (3); PDCP, art. 23 (1); PDESC, art. 10 (1).

⁴⁴ DUDH, art. 12; PDCP, art. 17.

⁴⁵ DUDH, art. 16 (1); PDCP, art. 23.

⁴⁶ DUDH, art. 26 (3); PDCP, art. 18 (4); PDESC, art. 13 (3).

⁴⁷ En especial, ver *infra* el texto que acompaña a las notas 209-217 y 237-248.

⁴⁸ Nani PALKHIVALA, "Economic, Social and Cultural Rights", en Kathleen Mahoney y Paul Mahoney (editores), *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge* (1993), p. 442, explica que el foco de los derechos humanos consiste en el ejercicio de los derechos frente a los gobiernos. Marc BOSSUYT, "International Human Rights Systems:

que los gobiernos tienen un inmenso poder y son semejantes a un monstruo que abusa de la población.⁴⁹ Debido a la importante función rectora del Estado en la vida social, los derechos humanos se contemplan como limitantes a la esfera pública; una sociedad y gestoría del Estado en donde los individuos se enfrentan constantemente a los agentes y representantes públicos.⁵⁰ Como resultado de ello, los reclamos motivados por abusos cometidos por particulares tradicionalmente han caído fuera del espectro de los derechos humanos.⁵¹

El análisis convencional igualmente considera que la víctima de violaciones de derechos humanos es una persona perteneciente a un grupo definido, uno que es fácilmente definible e identificable. En la mayoría de los casos, los miembros de estos grupos son distinguibles por características físicas como raza, género o por su natural afiliación a grupos étnicos, nacionales, lingüísticos o religiosos.⁵²

Strengths and Weaknesses", en MAHONEY Y MAHONEY, *op. cit.*, p. 50, arguye que los Estados son los principales violadores de los derechos humanos. (Sin embargo, esto implica que debe haber otros violadores de derechos humanos).

⁴⁹ VAN BUEREN, *op. cit.*, *supra* nota 30, p. 598, explica que las interpretaciones tradicionales de los derechos humanos se centran en el poder del Estado para someter a la población. Luini DEL RUSSO, *op. cit.*, *supra* nota 31, p. 62, subraya el papel del Estado como perpetrador del delito de genocidio.

⁵⁰ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 91, nota 10, indica que el concepto tradicional se fundamenta en que sólo los Estados tienen responsabilidades relativas a derechos humanos. Sin embargo, véase Rodrigo LABARDINI, "Los elementos de los derechos humanos", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 31, 2001, y LABARDINI, *Autoridad y derechos humanos*, *supra* nota 17, donde se muestra que si bien la figura de la autoridad —el funcionario público— es un elemento de los derechos humanos, no es esencial, no es un requisito *sine qua non*, para que pueda haber violaciones de derechos humanos, ya que autoridad y poder existen en todas las relaciones humanas y los derechos humanos existen independientemente de quién pueda violarlos. Asimismo, LABARDINI, *Concepto DDHH*, *supra* nota 9.

⁵¹ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 126, indica que la tradicional esfera de acción de los derechos humanos excluye las acciones de los particulares. Asimismo, Dinah SHELTON, "Private Violence, Public Wrongs and the Responsibility of States", 13 *Fordham International Law Journal* 1 (1990), p. 20, señala que los estándares de derechos humanos generalmente no se aplican en la esfera privada.

⁵² Malcolm SHAW, "The Definition of Minorities in International Law", 1990 *Israel Year Book of Human Rights* 13, p. 29, indica que algunos teóricos distinguen entre raza como una característica física y etnicidad como una característica cultural, lingüística y religiosa. Asbjorn EIDE, "Minority Protection and World Order: Towards a Framework for Law and Policy", en Alan Phillips y Allan Rosas (editores), *Universal Minority Rights* (1995), pp. 87-88, explica el supuesto tradicional de que los grupos minoritarios existen en forma natural e inmutable. Asimismo ver *infra* el texto que acompaña a la nota 212.

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio⁵³ claramente ilustra esta imagen "contenida" de una víctima de derechos humanos. La Convención define al genocidio como un acto perpetrado "con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso".⁵⁴

De esta forma, el marco tradicional de los derechos humanos presenta tanto a la víctima como al Estado como entes definidos, distintos y cohesivos. Más aún, impulsa a que las organizaciones de derechos humanos tengan que actuar como cuerpos de reacción.⁵⁵ En este sentido, "es fácil entender por qué la *protesta* [social] se convierte en una característica moral que distingue a la era moderna, y por qué la *indignación* es la emoción moderna predominante".⁵⁶ Por ello, debido a que una violación de derechos humanos requiere acción estatal, los grupos de derechos humanos sólo pueden actuar una vez que las violaciones ya han ocurrido. Consecuentemente, su papel está limitado más a tratamiento que a prevención de violaciones de derechos humanos.

De igual forma, el concepto se ha restringido a actos realizados o atribuibles⁵⁷ al Estado. Esto puede explicarse por razones históricas,

⁵³ Nueva York, 9 de diciembre de 1948, TyC, *supra* nota 27, tomo XI, p. 79, UNTS 1021. México la ratificó el 22 de julio de 1952. *DOF*: 11 de octubre de 1952.

⁵⁴ Artículo II.

⁵⁵ Irwin COTLER, "Human Rights as the Modern Tool of Revolution", en MAHONEY Y MAHONEY, *op. cit.*, *supra* nota 47, p. 19, muestra que las organizaciones de derechos humanos tradicionalmente han estado orientadas a las crisis ("crisis-oriented").

⁵⁶ Alasdair MACINTYRE, "Some Consequences of the Failure of the Enlightenment Project", en A. MACINTYRE, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1981, pp. 61-69, reproducido en Morton WINSTON, *The Philosophy of Human Rights*, Wadsworth Publishing Company, Belmont, California, 1989, p. 179 (énfasis en el original) [t. a.]. MACINTYRE señala que, en la antigüedad, "protesta" significaba dar cuenta, ser testigo de algo y como ofrecimiento de lealtad, pero que actualmente se ha convertido en un fenómeno social negativo que recurrentemente ocurre como reacción a la presunta invasión de los *derechos* de alguien en favor del *beneficio* o *utilidad* de un tercero. *Loc. cit.*

⁵⁷ Esto es importante porque en aquellos casos en que quien haya cometido la falta es un particular se ha requerido hallar o definir la falla o error directamente atribuible al Estado para poder dictaminar la violación de derechos humanos. CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 182, estima que una forma de analizar las posibles violaciones de derechos humanos por particulares consiste en la premisa de que "all violations of human rights, whether by state or non-state bodies, implicate the States and are justiciable by the [European] Commission and Court of Human Rights." Sin embargo, por definición, implicar siempre al Estado significaría que siempre será el Estado el que resulta responsable, por comisión u omisión, e

tradicionales, prácticas, lexicológicas o políticas. En términos históricos, el concepto de "derechos humanos" es moderno, desarrollado principalmente a partir de la adopción de la DUDH (1948); de hecho, hay quienes consideran que lo ocurrido antes del siglo XV corresponde a la "prehistoria de los derechos humanos",⁵⁸ en tanto que otros estiman que lo ocurrido antes del siglo XV no fue concebido como "derecho humano" sino como un agravio sufrido por el individuo o la sociedad que había que reparar y/o prevenir.⁵⁹ Tradicionalmente el derecho internacional público sólo regulaba la conducta que se desarrolla *entre* Estados⁶⁰ y no entre Estados y otros entes, incluidos organismos internacionales e individuos, o entre dichos entes.⁶¹ En cuestiones prácticas podemos considerar que supervisar y regular sólo las conductas de los representantes gubernamentales sin duda es menos oneroso que supervisar los actos de todos los individuos en la sociedad.⁶² En aspectos lexicológicos, acostumbrados a llamar "homicidio" a una privación de vida, no se repara en que la violación del derecho humano a la vida consiste precisamente en "la privación de vida";⁶³ lo que puede ser resultado de que en la sociedad se han cometido tantas privaciones de vida [y otros actos moral-

impondría al Estado una carga absoluta en derechos humanos. En otras palabras, el Estado, *por definición*, sería el responsable único de las violaciones de derechos humanos (cometidas por actores públicos o no) y lo único que importaría es hallar el vínculo o presunto punto de contacto con un representante gubernamental, sea la expedición o no de una ley, de una sentencia judicial o de un acto u omisión de una autoridad ejecutiva. Por otra parte, esto implicaría que las violaciones de derechos humanos por particulares sólo importarían si y sólo si existe un vínculo con un actor público.

⁵⁸ Gregorio PECES-BARBA, Liborio HIERRO, Santiago ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y Ángel LLAMAS, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1987.

⁵⁹ LABARDINI, *Orígenes*, y LABARDINI, *Siglos XV-XVII*, ambos *supra*, nota 5.

⁶⁰ *Cfr.* Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, Ed. Aguilar, Madrid, 6a. ed., 2a. reimp., 1980, pp. 3-7, quien critica dicha postura.

⁶¹ Así, por ejemplo, en 1969 se adoptó la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena (1969), *DOF*: 14 de febrero de 1975, TyC, *supra* nota 27, tomo Apéndice III, p. 23, UNTS, núm. 18232, y fue sólo hasta 1986 cuando se adoptó la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados Unidos y Organizaciones Internacionales*, Viena (1986), *DOF*: 28 de abril de 1988 y 26 de octubre de 1988, TyC, *supra* nota 27, tomo XXVII (1986) p. 83.

⁶² Igualmente habría importantes consecuencias en derecho interno en caso de adoptarse una visión que contemplara la posibilidad de violaciones de derechos humanos por particulares. *Cfr. infra* las notas 283 y 284.

⁶³ Así, por ejemplo, "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro", artículo 302, Código Penal Federal.

mente reprobables], que es posible que desafortunadamente se haya generado una tolerancia del hecho o un "acostumbramiento", se les haya encauzado al derecho penal, y se les denomine "homicidios" [o delitos], con lo que se les priva de la consiguiente fuerte carga moral y emocional⁶⁴ que significaría una "violación de derechos humanos". Y, en términos políticos, el concepto de "derechos humanos" es utilizado por distintos actores con fines y agendas políticas propias.⁶⁵ Los derechos humanos "son la instancia legitimadora de los programas políticos",⁶⁶ los derechos recogidos en las declaraciones y convenciones internacionales se politizan desde que son adoptadas por los Estados cuando éstos carecen de recursos suficientes para darles real vigencia y cuando el propósito principal de los Estados, más que una promoción de los derechos humanos, parece ser la búsqueda de una aceptación o el reconocimiento de la sociedad internacional sobre la modernidad y apertura del propio Estado.⁶⁷

IV. ACTORES NO ESTATALES Y DERECHOS HUMANOS

La DUDH expresamente indica que "nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar

⁶⁴ Considerada como una de las razones que explican la ambigüedad conceptual y terminológica de los derechos humanos, su fuerte carga emotiva "es debida fundamentalmente —aunque no exclusivamente— al carácter utópico (entendiendo por utópico la referencia a la utopía concreta) que en sí mismos encierran, y por su propia naturaleza". Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África (IEPALA) (España), *Curso sistemático de derechos humanos*, capítulo B2.2. Puede consultarse en <http://www.iepala.es/DDHH/>.

⁶⁵ El concepto actualmente en uso de derechos humanos es un concepto e instrumento político, de contenido moral, revestido de formas pseudojurídicas, para avanzar conquistas sociales. LABARDINI, *Concepto DDHH*, supra nota 9, p. 556. "If the processes of concretizing rights concepts and of resolving rights conflicts beyond the traditional discourse of rights onto the terrain of social theory and political philosophy, it follows that rights rhetoric must be politicized in order to serve as a foundation for legal reconstruction," Karl KLARE, "Legal Theory and Democratic Reconstruction", 25 *University of British Columbia Law Review* 69 (1991). Cfr. asimismo GORDON, supra nota 15.

⁶⁶ Victoria CAMPS, "El descubrimiento de los derechos humanos", en Javier MUGUERZA, *El fundamento de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, p. 111.

⁶⁷ No por ello dejamos de reconocer que la adopción por los Estados de estándares universales de derechos humanos constituye el principio de la promoción y defensa de los derechos humanos, ya que podrán teóricamente ser asequibles a la población en general. Punto aparte será la efectividad de los medios de defensa y promoción de los derechos humanos.

actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".⁶⁸ Así, podemos ver que la DUDH considera que no sólo los Estados, sino que también un grupo o una persona pueden llevar a cabo actos por los que podrían transgredirse o suprimirse los derechos y libertades reconocidos en la propia DUDH.

Los foros internacionales, como la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), siempre han sido cautelosos al examinar la relación entre derechos humanos y actores no estatales. Sin embargo, se observan diversos progresos al referirse a la posibilidad de que los actores no estatales pudieran cometer violaciones de derechos humanos.⁶⁹

En el LIV periodo de sesiones de la CDH (1998), Turquía introdujo una resolución denunciando violaciones de derechos humanos por grupos terroristas, la cual logró ser adoptada.⁷⁰ Asimismo se aprobó la designación del experto Kalliopi Koufa como relator especial para realizar un estudio sobre derechos humanos y terrorismo.⁷¹ Varios gobiernos se opusieron a estas acciones por considerar que los derechos humanos, por definición, son derechos que la población sólo puede esgrimir ante las instancias gubernamentales,⁷² y no frente a individuos o grupos.

⁶⁸ Artículo 30 (énfasis añadido).

⁶⁹ Para breves resúmenes y exposiciones sobre las labores de la CDH desde 1994 véase John CROOK, "The Fiftieth Session of the UN Commission on Human Rights", 88 *The American Journal of International Law* (AJIL) 806 (1994); John CROOK, "The Fifty-first Session of the UN Commission on Human Rights", 90 AJIL 126 (1996); Michael DENNIS, "The Fifty-second Session of the UN Commission on Human Rights", 91 AJIL 167 (1997); Michael DENNIS, "The Fifty-third Session of the UN Commission on Human Rights", 92 AJIL 112 (1998); Michael DENNIS, "The Fifty-fourth Session of the UN Commission on Human Rights", 93 AJIL 246 (1999); Michael DENNIS, "The Fifty-fifth Session of the UN Commission on Human Rights", 94 AJIL 189 (2000); Michael DENNIS, "The Fifty-sixth Session of the UN Commission on Human Rights", 95 AJIL 213 (2001); Michael DENNIS, "The Fifty-Seventh Session of the UN Commission on Human Rights", 96 AJIL 181 (2002) [esta última, en adelante DENNIS, *The Fifty-Seventh Session*].

⁷⁰ Por 33 votos a favor, 0 en contra y 20 abstenciones. CHR Res. 1998/47 (17 de abril).

⁷¹ CHR Res. 1998/107 (17 de abril).

⁷² Véanse, por ejemplo, las explicaciones de los votos de los gobiernos del Reino Unido (a nombre de la Unión Europea), Canadá, Japón, México, Chile y Estados Unidos. CHR *Boletín de prensa* HR/CN/98/51 (17 de abril de 1998). La Comisión adoptó por consenso un texto ruso sobre la toma de rehenes que condenaba dichos actos como un acto ilegal enfocado a la destrucción de los derechos humanos. CHR Res. 1998/73 (22 de abril). En el caso

En el mismo periodo de sesiones, Noruega enfrentó dificultades para negociar una resolución sobre principios humanitarios mínimos, que serviría para identificar reglas comunes del derecho, de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional que resultaren aplicables tanto en tiempos de paz como de guerra. Un informe analítico del Secretario General sugirió la necesidad de moverse "más allá del deber de los Estados de respetar y asegurar la observancia de los derechos humanos, y hacia la creación de obligaciones aplicables a individuos privados y otros actores no estatales, incluyendo movimientos de liberación y organizaciones terroristas".⁷³ Muchos gobiernos se opusieron a esta sugerencia. El texto final de la resolución sólo pidió que el Secretario General, en coordinación con el Comité Internacional de la Cruz Roja continuara el estudio y consultara sobre los temas identificados para mayor aclaración y someter un informe en el LV periodo de sesiones.⁷⁴

Varias resoluciones igualmente instaron a los Estados a asegurar el respeto a los principios del derecho humanitario en la medida que se relaciona con entes no estatales. Por ejemplo, la Comisión adoptó⁷⁵ una resolución introducida por Uganda que exigía "el cese inmediato de todo secuestro y ataque sobre las poblaciones civiles, en particular de mujeres y niños, en el norte de Uganda por el Ejército de Resistencia del Señor". La resolución igualmente llamaba a los "Estados Miembros a comprometerse a respetar y asegurar el respeto a las reglas del derecho humanitario internacional aplicable en conflictos armados cuando sean relevantes para los niños".⁷⁶

mexicano hay que notar el singular cambio de postura, en tan sólo tres años, donde ahora sin ambages se esgrime la universalidad y el valor absoluto de los derechos humanos. No sólo se propugna la validez de los derechos humanos en todo tiempo y todo lugar (cfr. las declaraciones del Secretario de Gobernación Santiago Creel, *supra* nota 10), sino que se trata más bien de mostrar que los derechos humanos "representan valores con validez absoluta y universal. En tanto que absolutos, no pueden ser condicionados por ninguna instancia. No son internos ni externos, son humanos. En particular, estamos convencidos de que no puede apelarse a la soberanía para justificar la violación de derechos que por su carácter fundamental y su trascendencia la anteceden." Palabras del Secretario de Relaciones Exteriores, Dr. Jorge G. Castañeda, en el LVII periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, Suiza, 20 de marzo de 2001.

⁷³ Report of the Secretary-General, UN Doc. E/CN.4/1998/87, en 15-16 [t. a.].

⁷⁴ CHR Res. 1998/29 (17 de abril).

⁷⁵ Por 24 votos a 1 y 27 abstenciones.

⁷⁶ CHR Res. 1998/75 (22 de abril) [t. a.].

Durante su LV periodo de sesiones (1999), la CDH volvió a examinar a los derechos humanos en relación con entidades no estatales. La Comisión pospuso la consideración de una resolución sobre la elaboración de una declaración sobre derechos humanos y responsabilidades.⁷⁷ La propuesta declaración contempla que los actores públicos y privados tienen responsabilidades moralmente fundamentadas hacia otras personas y que el Estado debe promover su cumplimiento. Los gobiernos occidentales y algunas organizaciones no gubernamentales se opusieron por considerar que desviaría la atención del debate sobre derechos humanos de la conducta de los Estados hacia sus ciudadanos y residentes.⁷⁸ La resolución turca denunciando la violación de los derechos humanos por grupos terroristas recibió menor apoyo que en el año anterior.⁷⁹ Si bien muchos gobiernos condenan los actos de terrorismo, varios se opusieron al texto por considerar que las obligaciones de derechos humanos se aplican sólo a gobiernos y no a particulares.⁸⁰

Noruega nuevamente tuvo dificultades para negociar una resolución sobre normas básicas de humanidad, identificando reglas comunes de derechos humanos y derecho humanitario internacional aplicable en tiempos de paz y de guerra.⁸¹ El problema más importante al que se enfrentó Noruega es que los actores no estatales involucrados en conflicto armado, a diferencia de los Estados, no están jurídicamente vinculados ni obligados a respetar las disposiciones de los tratados y acuerdos internacionales sobre los derechos humanos.⁸²

⁷⁷ CHR Decision 1999/111 (28 de abril).

⁷⁸ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Muddying the Waters, The Draft "Universal Declaration on Human Responsibilities": No Complement to Human Rights* (AI Index No. IOR 40/02/98, 1998). El texto de la propuesta Declaración se encuentra en el mismo documento, pp. 7-12.

⁷⁹ Fue adoptada con 27 votos a favor, 0 en contra y 26 abstenciones. CHR Res. 1999/27 (26 de abril). Véase *supra* nota 69. Sin embargo, después de los trágicos sucesos del 11 de septiembre de 2001 en que cuatro aviones fueron secuestrados por terroristas y utilizados como aparatos explosivos en Nueva York y Washington, D. C., previsiblemente generará mayor consenso y respaldo aunque suavizando el lenguaje para salvaguardar derechos humanos básicos.

⁸⁰ Véanse las explicaciones de voto de los gobiernos de Alemania (a nombre de la Unión Europea), Noruega, Canadá, México, Argentina, Guatemala, Chile y Estados Unidos. CHR, *Boletín de prensa HR/CN/99/59* (26 de abril). En el caso mexicano ver además *supra* nota 71.

⁸¹ CHR Res. 1999/65 (28 de abril). Sobre la postura mexicana véase *supra* nota 71.

⁸² Cfr. *Fundamental Standards of Humanity: Report of the Secretary-General, sometido de conformidad con la resolución 1998/29 de la Comisión de Derechos Humanos*, UN Doc. E/CN.4/1999/92, pp. 5-6.

Es de señalar que la Comisión aprobó, por consenso, una resolución por la que “[puso] de manifiesto el deber que tienen los gobiernos de evitar el empleo de la violencia contra la mujer y actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer y adoptar medidas apropiadas y eficaces respecto de los actos de violencia contra la mujer, *ya se trate de actos perpetrados por el Estado, por particulares o por grupos armados o facciones en lucha*, y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada, incluida la asistencia médica”.⁸³ Si bien la CDH reconoce la urgencia y necesidad de actuar contra las diversas formas de violencia contra la mujer, en ese año (1998) aún no define que se trata de una “violación de derechos humanos”.

Al año siguiente,⁸⁴ la CDH nuevamente analizó diversas resoluciones que cuestionan el concepto, generalizado en derecho internacional, que considera que los “derechos humanos” representan una limitante a la soberanía estatal y, en consecuencia, sólo resultan exigibles frente a las autoridades gubernamentales. Por primera vez diversos Estados votaron contra la resolución turca⁸⁵ denunciando las “graves violaciones de derechos humanos cometidas por grupos terroristas”.⁸⁶ La resolución, sin embargo, logró ser aprobada por 27 votos a favor, 13 en contra y 12 abstenciones.⁸⁷ Portugal, hablando a nombre de la Unión Europea y de algunos Estados de Europa Oriental,⁸⁸ insistió que “una clara distinción debe hacerse entre actos que

⁸³ CHR Res. 1999/42 (26 de abril de 1999) (Eliminación de la violencia contra la mujer), párrafo 3 (énfasis añadido).

⁸⁴ LVI período de sesiones de la CDH (2000).

⁸⁵ En la LX sesión, el Observador de Turquía introdujo el proyecto de resolución E/CN.4/2000/L.39, patrocinado por Algeria, Arabia Saudita, Azerbaijón, Bangladesh, Belarus, Cuba, Egipto, Georgia, India, Paquistán, Perú, la Federación Rusa, Sri Lanka y Turquía. Afganistán, Camerún, Colombia y El Salvador subsecuentemente se sumaron como copatrocinadores.

⁸⁶ Cfr. *supra* notas 69 y 78.

⁸⁷ CHR Res. 2000/30 (20 de abril de 2000). Explicaciones de votos fueron formuladas antes de la votación por representantes de Canadá, Chile, Japón, México, Noruega, Portugal (a nombre de la Unión Europea y algunos Estados de Europa Oriental), Sudán, Estados Unidos de América y Venezuela.

⁸⁸ Bulgaria, Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia.

son atribuibles a los Estados, y actos criminales que no, a fin de evitar conferir a los terroristas cualquier estatuto conforme a derecho internacional”.⁸⁹ EUA expresó una opinión similar, criticando la posible legitimación internacional que podría conferirse a un terrorista si su conducta se equiparara con la de los Estados, y que en tanto que los Estados pueden ser responsables de violaciones de derechos humanos, los terroristas son simples criminales y responsables de sus conductas a título individual.⁹⁰

Noruega nuevamente enfrentó dificultades para negociar el texto sobre los “normas básicas de humanidad”.⁹¹ Noruega volvió a enfrentarse con el hecho de que los actores no estatales involucrados en conflicto armado, a diferencia de los Estados, no están jurídicamente vinculados ni obligados a respetar las disposiciones de los tratados y acuerdos internacionales sobre los derechos humanos.⁹²

Debemos subrayar que en este año, la Comisión adoptó por consenso un texto canadiense sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres, en donde se afirma que “*la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos y libertades fundamentales de la mujer y menoscaba o anula su disfrute de estos derechos y libertades*”.⁹³ Asimismo definió que por “violencia contra la mujer” se entiende “todo acto de violencia sexual que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, *tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales,

⁸⁹ Alvaro Mendonça e Moura, Embajador de Portugal, Explicación del Voto (20 de abril de 2000).

⁹⁰ “Unfortunately, the sponsors of this resolution have again included language that grants terrorists and terrorist organizations a measure of legitimacy by equating their conduct with that of states. States are held responsible for human rights violations. Terrorists, on the other hand, are not state actors, but criminals who bear individual responsibility for their actions”. U.S. Delegation, U.N Commission on Human Rights, *Explanation of Vote: L.39, Human Rights and Terrorism*, 20 de abril de 2000. Consultado el 22 de abril de 2002 en <http://www.humanrights-usa.net/2000/terrorism.html>.

⁹¹ CHR Res. 2000/69 (26 de abril).

⁹² En la sesión de 2001, Noruega volvió a enfrentar la misma dificultad. Cfr. el informe presentado por el Secretario General, UN Doc. E/CN.4/2001/91 (2001).

⁹³ CHR Res. 2000/45 (20 de abril), párrafo 4 (énfasis añadido).

las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado”.⁹⁴ Es importante destacar esto, toda vez que, si bien la Comisión había reconocido con anterioridad que dichos crímenes cometidos contra la mujer exigían acciones urgentes y efectivas de los gobiernos, no había afirmado que *las conductas privadas de los individuos*, sin autoridad ni sanción oficial, violan los derechos y libertades fundamentales de la mujer.⁹⁵

En 2001, la CDH volvió a analizar diversos proyectos sobre la posibilidad de que entidades no estatales puedan violar derechos humanos. En la resolución anual de Algeria, la CDH manifestó su grave preocupación “por las violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidas por grupos terroristas”.⁹⁶ La resolución fue adoptada por un voto de 33 a favor, 14 en contra y 6 abstenciones, lo que refleja un considerable incremento respecto al año anterior.⁹⁷

Si bien existe consenso entre los miembros de la CDH relativo a la necesidad de incrementar los esfuerzos para combatir el terrorismo internacional, varios continúan oponiéndose y presentan objeciones sustantivas respecto a la forma de proceder mediante la referida resolución.⁹⁸ Siria —quien se abstuvo en la votación— aludió a la ne-

⁹⁴ CHR Res. 2000/45 (20 de abril), párrafo 3 (énfasis añadido).

⁹⁵ De igual forma, y entre otros, la Comisión ha exhortado “a los gobiernos interesados, y especialmente a los de los países de origen y de destino a que, si no lo han hecho, establezcan sanciones penales para castigar a los autores de actos de violencia contra las trabajadoras migratorias”, CHR Res. 2000/54 (25 de abril de 2000) (Violencia contra las trabajadoras migratorias).

⁹⁶ CHR Res. 2001/37 (23 de abril), 23o. párrafo preambular.

⁹⁷ *Supra* nota 86. La CDH asimismo reiteró su condena inequívoca “de todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, cualquiera que sea su motivación, en todas sus formas y manifestaciones, dondequiera se cometan y quienquiera los cometa, por tratarse de actos que tienen por objeto destruir los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia y que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los Estados, desestabilizan los gobiernos legítimamente constituidos, socavan la sociedad civil pluralista y el imperio del derecho y tienen consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los Estados”. CHR Res. 2001/37 (23 de abril), párrafo 1o. En la sesión de 2001, la CDH también adoptó, sin voto, un texto ruso condenando la toma de rehenes, dondequiera que se produzca y quienquiera sea el autor, por ser “un acto ilícito que tiene por objeto destruir los derechos humanos y que es injustificable en toda circunstancia, inclusive como medio de promover y proteger los derechos humanos”. CHR Res. 2001/38 (23 de abril).

⁹⁸ Dennis, *The Fifty-seventh Session*, *supra* nota 68, p. 183.

cesidad de una definición internacional de terrorismo para diferenciar entre terroristas y movimientos de liberación.⁹⁹

La Unión Europea y EUA —quienes votaron contra la resolución— nuevamente insistieron en la necesidad de claramente distinguir entre actos atribuibles a los Estados y actos que no les son atribuibles para impedir que se pueda otorgar cualquier estatuto jurídico en derecho internacional a los terroristas y grupos de ellos.¹⁰⁰ Así, EUA indicó que el texto concede a terroristas y organizaciones terroristas cierta legitimidad al igualar su conducta con la de los Estados.¹⁰¹ De igual forma, la Unión Europea y EUA previnieron que “la lucha contra el terrorismo debe ser realizada de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”.¹⁰² Es de señalar que en diciembre de 2001 la Asamblea General adoptó, sin votos en contra, una resolución similar por la que se condenan las graves violaciones de derechos humanos cometidas por grupos terroristas.¹⁰³

El proyecto canadiense condenando la violencia contra la mujer por constituir “una violación de los derechos y libertades fundamentales de la mujer”¹⁰⁴ recibió mayor apoyo que en otras ocasiones. Fue adoptada por consenso con el copatrocinio de 75 Estados. La definición del concepto de “violencia contra la mujer” fue adoptada en los mismos términos que en abril de 2000 e incluyó “la coacción

⁹⁹ Para un resumen del debate, véase Boletín de Prensa de ONU, HR/CN/01/65, 3-5, 23 de abril de 2001.

¹⁰⁰ La declaración en esta ocasión fue hecha por Bélgica a nombre de la UE. *Cfr. supra* nota 86. La declaración estadounidense, *infra* nota 100, fundamentalmente fue la misma.

¹⁰¹ “We regret, therefore, that we are obliged to vote against this resolution. Our reason is that the sponsors have included language that grants terrorists and terrorist organizations a measure of legitimacy by equating their conduct with that of states. We believe that the basic function of the Commission is to set human rights standards that are binding upon states and to review states’ compliance with those standards. Terrorists are not state actors, but criminals who bear individual criminal responsibility for their actions. The perpetuation of this unfortunate confusion adds nothing to the ability, or the obligation, of member states to cooperate in the effort to combat terrorism”. Boletines de Prensa y Declaraciones Oficiales de la Delegación de EUA, Ambassador George Moose, U.S. Delegation, UN Commission on Human Rights, *Explanation of Vote (EOV): L.34, Human Rights and Terrorism*, 23 de abril de 2001. Consultado el 22 de abril de 2002 en <http://www.humanrights-usa.net/statements/0423terrorism.htm>.

¹⁰² *Supra* nota 98 [t. a.].

¹⁰³ GA Res. 56/160 (19 de diciembre de 2001). Fue adoptada por 102 a favor, 0 en contra y 69 abstenciones.

¹⁰⁴ CHR Res. 2001/49 (24 de abril) (Eliminación de la violencia contra la mujer), párrafo 4.

o la privación arbitraria de la libertad, *tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado".¹⁰⁵ La resolución igualmente condenó la violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado como "*violaciones de los derechos humanos internacionales y del derecho humanitario internacional*",¹⁰⁶ por lo que celebró las acciones para terminar con la impunidad y la posibilidad de procesar dichas conductas en tribunales internacionales.¹⁰⁷

La Comisión prosiguió analizando el equilibrio entre los derechos de los individuos y sus deberes hacia la sociedad. Cuba infructuosamente intentó incorporar en 1998 en la Declaración de los Defensores de Derechos Humanos¹⁰⁸ una limitante sobre los derechos incorporados. En 2001, la CDH autorizó, por 34 a favor, 14 en contra y 4 abstenciones,¹⁰⁹ que la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos lleve a cabo un estudio sobre derechos humanos y deberes. Miguel Alfonso Martínez, experto de Cuba en dicha Subcomisión, ha propuesto que el estudio considere, entre otros aspectos, "establecer las restricciones crecientemente necesarias sobre las actividades de ciertos actores no estatales" con vistas a hacer

¹⁰⁵ CHR Res. 2001/49 (24 de abril) (Eliminación de la violencia contra la mujer), párrafo 3 (énfasis añadido). *Cfr. supra* nota 93.

¹⁰⁶ "Condena la violencia contra la mujer cometida en situaciones de conflicto armado, como el asesinato, la violación, incluida la violación sistemática, la esclavitud sexual y el embarazo forzado, y pide una reacción efectiva a estas violaciones de los derechos humanos internacionales y del derecho humanitario internacional". CHR Res. 2001/49 (24 de abril) (Eliminación de la violencia contra la mujer), párrafo 3 (énfasis añadido).

¹⁰⁷ "Celebra las actividades encaminadas a eliminar la impunidad de los actos de violencia cometidos contra la mujer en situaciones de conflicto armado, incluido el enjuiciamiento por delitos relacionados con el género y la violencia sexual ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda", y "Celebra también la inclusión de los delitos relacionados con el género en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en su proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes y encarece a los Estados que estudien la posibilidad de ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o de adherirse a él". CHR Res. 2001/49 (24 de abril) (Eliminación de la violencia contra la mujer), párrafos 12 y 13.

¹⁰⁸ *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights*, GA 53/144 (Dec. 9, 1998).

¹⁰⁹ CHR Dec. 2001/115 (25 de abril).

que "satisfagan los estándares nacionales e internacionales que garantizan la protección de los derechos básicos, incluyendo los derechos humanos".¹¹⁰

Al oponerse a lo anterior, la Unión Europea indicó que no podía suscribir la idea de que los derechos humanos sólo podrían ser disfrutados o protegidos si el mismo individuo satisfacía sus obligaciones hacia la comunidad y/o el Estado. Agregó que los derechos de cada individuo deben ser promovidos y protegidos incondicionalmente. La simple referencia a los deberes y responsabilidades podría ser utilizada por los gobiernos para imponer límites o restricciones a los estándares actualmente reconocidos internacionalmente y debería ser rechazada.¹¹¹ Otras delegaciones arguyeron que a cada Estado corresponde la responsabilidad de reglamentar jurídicamente los estándares mínimos, mediante la promulgación y aplicación de la legislación nacional, dentro de los límites fijados por los estándares de los derechos internacionales de los derechos humanos.¹¹²

Lo anterior nos muestra el lento, pero constante progreso que se observa en la Comisión de Derechos Humanos, donde actualmente se reconoce que las actividades que los particulares llevan a cabo pueden cometer violaciones de derechos humanos, incluso sin que las personas cuenten con aura pública y sin que la autoridad haya tenido conocimiento de ellas.¹¹³ Así, se cometen violaciones de de-

¹¹⁰ La nota del referido experto se encuentra en UN Doc. E/CN.4/2001/96. El Consejo Económico y Social indicó que debe presentarse un informe preliminar a la Comisión en su LVIII periodo de sesiones y un informe final en su LIX periodo de sesiones.

¹¹¹ "A Representative of Belgium, speaking on behalf of the European Union and countries associated with it, said the EU did not subscribe to the idea that human rights could only be enjoyed or protected if the same individual fulfilled his obligations vis-à-vis the community and/or the State. Each individual's rights should be promoted and protected unconditionally. The very reference to duties and responsibilities might be used by Governments to impose limits or restrictions upon existing internationally recognized standards and had to be rejected. For this and other reasons, the EU would vote against the draft resolution". UN Press Release HR/CN/01/71, 25 de abril de 2001. Consultado en <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/2D5735F2E7A9F052C1256A3A00262720?opendocument> el 22 de abril de 2002.

¹¹² UN Press Release HR/CN/01/71, 25 de abril de 2001, *supra* nota 110.

¹¹³ Es de presumir que se combinan dos factores: la comisión de una conducta que en sí misma violenta los derechos (humanos) de una persona y la posible inacción posterior de los representantes gubernamentales para remediar el caso e intentar reordenar la situación. Sin embargo, es claro, de los textos citados, que la violencia contra la mujer, realizada incluso por particulares, constituye una violación de los derechos humanos de la mujer.

rechos humanos¹¹⁴ debido a “la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”,¹¹⁵ incluyendo violencia doméstica, delitos cometidos por cuestiones de honor, crímenes pasionales y prácticas tradicionales nocivas para la mujer.¹¹⁶ Esto es igualmente aplicable en situaciones de conflicto armado, donde pueden incluso configurar “violaciones de los derechos humanos internacionales y del derecho humanitario internacional”.¹¹⁷

V. LA DIFUSIÓN DEL PODER

Autoridad y poder son frecuentemente estudiados conjuntamente debido a que los conceptos no sólo se confunden sino que ambos resultan esenciales para el análisis de los sistemas político y jurídico. En términos generales “poder” alude a la capacidad o la posibilidad de actuar (sea referido a acciones humanas o a hechos de la naturaleza). En la vida social del hombre, el poder supone —en términos genéricos— la capacidad del ser humano para influir (en unos casos) y determinar (en otros) la conducta de otros seres humanos. En este último sentido, el poder supone “la capacidad de dirigir o transformar las relaciones sociales, reduciendo o anulando, incluso, la resistencia de quienes actúan con fuerzas contrarias. En cierto modo podría decirse que la realidad social es un complejo sistema de relaciones de poder de diferente carácter: político, religioso, ideológico, económico, jurídico, técnico”.¹¹⁸

¹¹⁴ Cfr. *supra* notas 92-94 y 103-106.

¹¹⁵ CHR Res. 2001/49 (24 de abril) (Eliminación de la violencia contra la mujer), párrafo 3 (énfasis añadido). Véase también *supra* nota 93 y 104.

¹¹⁶ Como la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado. Sobre derechos de la mujer y violencia en su contra como una especie de violaciones de derechos humanos puede consultarse, entre otros, a Ute Gerhard, *Legal and Non-Legal Responses to Concerns for Women's Rights in Countries Practicing Female Circumcision: Debating Women's Equality*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, Laurence JUMA, *Reconciling African Customary Law and Human Rights in Kenya: Making a Case for Institutional Reformation and Revitalization of Customary Adjudication Processes*, 14 *St. Thomas Law Review* 459 (2002).

¹¹⁷ *Supra* nota 105.

¹¹⁸ IEPALA, *op. cit.*, *supra* nota 63, apartado B 1.1.

Si bien “poder” se utiliza muchas veces como sinónimo de “autoridad”,¹¹⁹ significan cosas distintas, en ocasiones opuestas entre sí. No siempre la autoridad y el poder recaen en una misma persona o institución. Muchas veces quien ejerce el poder carece de autoridad para ello, mientras que quienes gozan de autoridad —moral, intelectual o política— no están investidos de poder alguno. Así, “poder” parece referirse a situaciones de hecho, en tanto que “autoridad” alude a circunstancias jurídicas y morales.¹²⁰

Si la autoridad ha de ser efectiva, también debe poseer poder. Pero ambos términos son claramente distinguibles entre sí. Un gobierno en el exilio puede ser legítimo, contar con la autoridad o ser *de jure*, mientras que el gobierno *de facto* puede tener el poder, pero carecer de esa legitimidad, de la autoridad.

El creciente papel que los particulares tienen en escenarios relativos a derechos humanos y su posible violación también muestra una difusión del poder del Estado (y del poder social) y que va adscribiéndose, en forma voluntaria o no, a diversos individuos, grupos y empresas en la sociedad. En este sentido se ha argüido que la tecnología produce una difusión del poder al enmascarar múltiples decisiones en estructuras no humanas (o deshumanizadas).¹²¹

Refirámonos al contraste que existe entre un guardia y un lector magnético de tarjetas. Mientras que muchas personas podrán cuestionar la autoridad y facultades del guardia que les impide el acceso a un edificio, muy pocas cuestionarán la legitimidad y la autoridad de un lector magnético de tarjetas que controla el acceso a un edificio (o sobre la legitimidad y autoridad del dueño y/o concesionario de dicho lector magnético de tarjetas), unas cuantas dudarán de la presunta autoridad o facultad del lector magnético para controlar el acceso, y las menos indagarán si el acceso es permitido por dicho lector magnético con fundamentos y sin discriminar entre los usua-

¹¹⁹ “The political synonym for strength: power. Often the words ‘authority’ and ‘power’ are used interchangeably.” Richard Sennett, *Authority*, W. W. Norton, Nueva York, 1980, p. 18.

¹²⁰ Un claro ejemplo es el periodo del Maximato en México (1929-1934), en el que hubo tres sucesivos Presidentes de la República, todos ellos legítimos y establecidos conforme a derecho, pero donde el “Jefe Máximo de la Revolución” era el general Plutarco Elías Calles (a su vez ex-Presidente de la República).

¹²¹ Ursula Franklin, “New Threats to Human Rights Through Science and Technology—The Need for Standards”, en MAHONEY Y MAHONEY, *op. cit.*, *supra* nota 47, pp. 734-735.

rios.¹²² Baste este ejemplo para mostrar la actitud de la población a cuestionar el comportamiento humano, público o privado, pero no los obstáculos y restricciones establecidos por la nueva tecnología.

Estas estructuras tecnológicas de hecho podrán ejercer mayor control sobre las personas, mediante mecanismos relativamente invisibles o poco perceptibles, sin que los individuos estén plenamente conscientes de ello ni lleguen a cuestionarlo. Por ejemplo, en el caso del guardia, las personas normalmente estarán libres de mayor control "humano". Sin embargo, otros lectores magnéticos pueden estar registrando y documentando sus movimientos, y la respectiva hora en que ocurren, cuando se desplacen en el interior del edificio. Hechos que, en general, no se perciben ni los individuos se incomodan porque ocurran.

Esta privatización del poder también altera la naturaleza de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Cuando la capacidad de violar derechos se difumina a través de la sociedad, por ejemplo, mediante pruebas y tratamientos médicos, los efectos de posibles abusos adquieren dimensiones de gran escala. Las innovaciones tecnológicas cruzan a través de barreras y delimitaciones sociales e incluso generacionales.¹²³

VI. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En algunos sectores se ha denominado a este proceso como la "privatización de los derechos humanos",¹²⁴ y se considera que ocurre cuando se atribuye nueva jurisdicción a los tribunales facultándolos a derribar disposiciones y arreglos convencionales entre particulares que pudieran derivar en el abuso o violación de los derechos humanos de los individuos que participan en dichas relaciones privadas.¹²⁵

¹²² En términos prácticos puede incluso ser más útil para una empresa o institución (privada o pública) el utilizar lectores magnéticos, ya que las personas (posibles agraviados) no interpelarán ni discutirán con un lector magnético.

¹²³ Ver *infra* notas 237-248.

¹²⁴ RADAY, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 103.

¹²⁵ Al efecto recuérdese el artículo 20 del *Código Civil Federal*: "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados".

En este sentido, se estima que la protección constitucional de los derechos humanos representa la transferencia, desde los órganos legislativos hacia los órganos jurisdiccionales, de la capacidad para fijar límites a los derechos y poderes de los particulares.¹²⁶

Las disposiciones internacionales de derechos humanos esencialmente son directrices y normas vinculantes cuyos destinatarios inmediatos son los Estados a fin de que éstos las instrumenten mediante legislación.¹²⁷ Cuando esta normatividad internacional de derechos humanos se vuelve directamente aplicable contra los individuos en los tribunales de los Estados signatarios es hasta entonces que puede considerarse una instancia de esa "privatización de los derechos humanos". En este sentido, la "privatización" de los derechos humanos podría concebirse como la facultad de los tribunales para sobreseer disposiciones del derecho privado que pudieran derivar en la violación de los derechos humanos.¹²⁸

Por otra parte, debemos subrayar que el término "privatización" también denota el proceso y las políticas por las que funciones y actividades económicas antes desarrolladas por el Estado son ahora realizadas por los particulares. En el Reino Unido, la ola de la privatización comenzó en la década de 1980. Ya en 1992, el Reino Unido tuvo su primera prisión privada.¹²⁹ Por su parte, en México, a principios de 1992, la estrategia de desincorporación de las empresas del gobierno consideradas como no estratégicas presentaba diversos resultados exitosos; entre las operaciones realizadas destacaron, debido a los precios de venta que alcanzaron, la privatización de Teléfonos de México (Telmex) y la desincorporación del conjunto de la banca comercial nacionalizada. Así, a partir de 1992 puede afirmarse que el peso y el papel rector del Estado en la economía mexicana proviene más del modelo político de la Constitución de 1917, que de acciones económicas directas de gasto gubernamental.¹³⁰

Ahora bien, la consideración básica en prácticamente toda la literatura, y que además parece subyacer los sistemas constitucionales,

¹²⁶ RADAY, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 103.

¹²⁷ Sea por expresamente legislar una norma interna o porque la norma internacional es inmediatamente aplicable en la esfera jurídica interna del Estado.

¹²⁸ *Loc. cit.*

¹²⁹ Cfr. A. SAMPSON, "Crime and Furbishment", *Guardian*, 1 de abril de 1992.

¹³⁰ Cfr. Enciclopedia de México, *Finanzas públicas*, 1996.

es que los derechos humanos se encuentran confinados a las relaciones entre los individuos y el Estado. Por ejemplo, salvo el caso de la esclavitud, la Constitución de Estados Unidos de América "no atiende directamente a los actores privados; sus garantías autoejecutables de derechos individuales protegen a los individuos sólo de la conducta del Estado".¹³¹ La Suprema Corte de Justicia de Canadá sostiene que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades¹³² no se aplica a las relaciones entre particulares sino sólo a las relaciones entre gobiernos y personas privadas.¹³³

La extensión de la protección de los derechos humanos a la esfera privada ha sido conceptualmente aceptada por algunos juristas y tribunales en Alemania¹³⁴ e Israel,¹³⁵ aunque no exento de controversia. "Parece claro y obvio que los principios básicos del sistema en general, y de los derechos humanos básicos en particular, no están restringidos al derecho público ... los derechos humanos básicos no están dirigidos sólo contra la autoridad del Estado, igualmente abarcan las relaciones mutuas entre los individuos".¹³⁶

¹³¹ Lawrence TRIBE, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 246 [t. a.].

¹³² La *Canadian Charter of Rights and Freedoms* es la carta jurídica, formalmente parte de la Constitución de Canadá (*Constitution Act*, 1982), mediante la cual se consignaron en dicha constitución ciertos derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, véase Brian SLATTERY, "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver?", 32 *McGill Law Journal* 905 (1987), quien arguye que es un contrasentido el que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades sí aplica en relaciones entre entidades privadas cuando dichas relaciones están reglamentadas por legislación, pero que no pueda ser utilizada cuando las relaciones entre particulares están reguladas por el derecho común ("*common law*")-costumbre. *Op. cit.*, pp. 917 y 922. No obstante, hay que destacar que al aplicar la Carta a las relaciones privadas cuando se encuentran reglamentadas por legislación, pareciera significar que es el acto de autoridad —la legislación— lo que se está atajando y no un acto exclusivamente de naturaleza privada.

¹³³ *Retail Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, 2 S.C.R. 573, 33 D.L.R. (4th) 174 (1986).

¹³⁴ En donde, tratándose de acciones de derecho público entre un individuo y el Estado, un derecho constitucional puede superar otra regla de derecho, pero si se trata de disputas de derecho privado los principios constitucionales influyen en las reglas del derecho civil más que hacerlas a un lado. *Cfr.* Peter QUINT, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory", 48 *Maryland Law Review* 247 (1989), pp. 258-265.

¹³⁵ *Hevra Kadisha Jerusalem Burial Company v. Kestenbaum*, 46 (2) P.D. 4645, 530. Asimismo *cfr.* BARAK, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 163.

¹³⁶ BARAK, *ibidem*.

En este sentido, hay quienes arguyen que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)¹³⁷ se separa de la postura tradicional y que su marco normativo impone protecciones de derechos humanos a las acciones de entes particulares.¹³⁸ Sin embargo, quienes proponen esta tesis indican que no es del todo claro que la participación de la Corte Europea de Derechos Humanos en esta materia constituiría una privatización de los derechos humanos.¹³⁹

Se dice que la privatización de los derechos humanos está infiltrando ya la esfera del derecho privado no sólo mediante acciones legislativas expresas sino también mediante doctrinas judiciales como los conceptos de política pública, buena fe, negligencia e incumplimiento de deberes prescritos por ley.¹⁴⁰ De igual forma se argumenta que en sistemas jurídicos en donde los tribunales tienen facultades para invalidar legislación primaria que infrinja derechos humanos, esto puede resultar, de hecho, en la imposición judicial de la protección de los derechos humanos en la esfera privada.¹⁴¹

Ante esto, se ha sugerido que el derecho internacional de los derechos humanos se está moviendo, paulatina pero constantemente, hacia la prohibición de acciones privadas que resulten en violaciones de derechos humanos. Lo que a su vez puede llevar a los tribunales nacionales a aplicar estándares de derechos humanos en relaciones jurídicas privadas a fin de que se ajusten a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.¹⁴²

En el contexto europeo se apunta hacia el surgimiento de "nuevos centros fragmentados de poder, tales como asociaciones, grupos de

¹³⁷ Véase *supra* notas 34 y 35.

¹³⁸ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 95-96.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 214.

¹⁴⁰ BARAK, *supra* nota 1, pp. 164 y 177.

¹⁴¹ BARAK, *supra* nota 1, p. 177, y SLATTERY, *op. cit.*, *supra* nota 131.

¹⁴² Jochen FROWEIN, "Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe", en CAPALLETTI, SECCOMBE y WEILER, *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, Berlín, 1986, p. 573. En EUA, Lawrence TRIBE ha señalado que algunos precedentes judiciales han establecido que el endoso del Estado o su aquiescencia respecto de normas "privadas" y "consensuales" puede considerarse como acción del Estado sujeta a restricciones constitucionales. TRIBE, *op. cit.*, *supra* nota 130, p. 246. Sin embargo, el argumento jurídico requeriría todavía el vínculo jurídico con el Estado o su participación para ser limitada por razones constitucionales (o por derechos civiles) y no por tratarse de una acción exclusivamente entre particulares.

presión, partidos políticos, sindicatos, corporaciones, multinacionales, universidades, iglesias, grupos de interés y cuerpos semioficiales".¹⁴³ Se agrega que debe atribuirse al Estado una "responsabilidad ecológica"¹⁴⁴ por todas las violaciones de derechos humanos y que "este cambio sugerido tiene lugar en el contexto de la privatización de lo que antes eran consideradas las funciones del Estado".¹⁴⁵

En consecuencia, se arguye que los mecanismos jurídicos que fueron establecidos para la defensa de derechos humanos frente a actos asociados a las antiguas funciones del Estado, podrían ahora ser utilizados por los agraviados en contra de los cuerpos y entidades privados que han asumido esas funciones. En otras palabras, no habría una clara justificación para impedir que si un acto que era considerado violatorio de derechos humanos cuando el servicio o la función económica era prestada por entidades públicas, ahora dejara de ser materia de supervisión y reglamentación sobre su adecuada prestación sólo porque un ente privado ha asumido las funciones.

En el caso mexicano, podemos incluso señalar que el estado de Veracruz modificó su Constitución en el año 2000, y entre las reformas incorporó una sala de derechos humanos en el Tribunal Superior de Justicia.¹⁴⁶ Si bien dicha Constitución establece que la competencia de la sala es sobre "actos que conculquen derechos humanos provenientes del Congreso, del Gobernador y los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública, estatal, municipal y de los organismos autónomos del Estado", la limitante expresa a actos de "titulares" de entidades públicas parece reflejar la concepción de que las violaciones de derechos humanos también pueden ocurrir en la esfera privada, en la medida que dichas dependencias, entidades y organismos también mantienen relaciones jurídicas de orden civil y privado, como un contrato de arrendamiento, pero que la expresada sala carece de competencia expresa para juzgarlos.¹⁴⁷

¹⁴³ CLAPHAM, *op. cit.*, supra nota 25, p. 136.

¹⁴⁴ "Ecological liability". Ver *infra* el texto que acompaña a las notas 249 y 251.

¹⁴⁵ CLAPHAM, *op. cit.*, supra nota 25, pp. 138-140.

¹⁴⁶ Art. 64 de la Constitución Política de Veracruz. *Ley número 53, Que reforma y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave*, año 2000.

¹⁴⁷ Esto eventualmente podría mostrar el desarrollo específico de la aplicación y defensa de los derechos humanos por el Estado en las relaciones privadas mediante el juicio de

VII. LA ANALOGÍA ENTRE LAS ESFERAS PÚBLICA Y PRIVADA¹⁴⁸

Con el propósito de proteger derechos humanos, se ha llegado a proponer que se abandone la distinción —rígida y artificial— entre derecho público y privado y, por tanto, puedan aplicarse limitaciones constitucionales y de derechos humanos en toda relación entre individuos.¹⁴⁹ En otras palabras, acaso existen diferencias morales ¿cuándo una persona es privada de la vida por un particular o cuando es privada de la vida por un representante del Estado?, ¿cuándo una publicación es cerrada por censura del Estado o cuando su cierre es provocado por el boicot de un grupo feminista?, ¿acaso el derecho a la educación no se ve afectado cuando la educación de los menores de edad es proporcionada con tintes religiosos por un particular pero sí es menoscabado cuando la educación es proporcionada por el Estado?

Es claro que algunas consideraciones sobre la distinción entre las esferas pública y privada no son idénticas. En este sentido, aun cuando se propugne protección de cualquier derecho humano en cualquier circunstancia (privada o pública), ello no significa la abolición de la distinción entre las esferas pública y privada. Más bien, los términos "público" y "privado" podrían ser utilizados en primera instancia como herramientas para determinar si *prima facie* ha ocurrido una violación de derechos humanos.¹⁵⁰ Sin embargo, esto no significa que de forma rasa pueda decirse que si la relación que se analiza es de carácter público, sí podría haber lugar a una posible violación, pero que si la relación es privada no podría haber lugar a dicha posible violación. En otras palabras, "público" no es sinónimo o sustento de posible violación y "privado" tampoco es sinónimo de ausencia o invalidación de posible violación de derechos humanos.

Quizá la diferencia más importante entre los dos ámbitos —público y privado— sea el equilibrio de poder en ambos casos. "El concepto de justicia que subyace la teoría de derechos humanos es la necesidad de restringir el uso del poder absoluto socioeconómico y

protección de derechos humanos, sobre todo si consideramos aspectos laborales. Véase, *infra* la nota 178 sobre tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁴⁸ En el presente apartado seguimos de cerca las ideas de RADAY, *op. cit.*, supra nota 26.

¹⁴⁹ Cfr. Jean RIVERO, *La Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personne privées*, citado en CLAPHAM, *op. cit.*, supra nota 25, p. 90.

¹⁵⁰ Cfr. CLAPHAM, *op. cit.*, supra nota 25, pp. 134-135.

legal que el soberano tiene sobre el individuo estando ausentes las restricciones constitucionales”,¹⁵¹ en donde el abuso de este poder incluye la posibilidad de negar la personalidad del individuo.

Por el contrario, en principio, en la esfera privada no existe tal disparidad de poder —económico, político, jurídico, social— entre los sujetos, o al menos no en un grado tan notable. A diferencia del Estado, un individuo carece del poder supremo sobre otro en virtud de la existencia misma del sistema jurídico. La negación de los derechos humanos por el Estado inevitablemente constituye la opresión del individuo; amenaza la autonomía de la persona en la sociedad y amenaza su libertad. En contraste, la frustración de una persona en el ejercicio (de algunos) de sus derechos humanos básicos causada por otra persona no constituye normal e inevitablemente una forma de opresión y amenaza de su autonomía.¹⁵² Sin embargo, también resulta clara la sumisión en que se encuentran los individuos frente a la capacidad que de hecho evidencian algunas empresas y compañías transnacionales,¹⁵³ trátase, por ejemplo, de consumidores que tienen que sufrir fallas y deficiencias en productos y servicios,¹⁵⁴ o de personas que deben sujetarse a difíciles o extremas condiciones laborales,¹⁵⁵ o incluso esclavitud.¹⁵⁶

¹⁵¹ RADAY, *op. cit.*, supra nota 26, p. 108 [t. a.].

¹⁵² “Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados”. Artículo 20, *Código Civil Federal*, DOF: 26 de mayo de 1928 y sus reformas.

¹⁵³ Ver supra el texto que acompaña a las notas 23 y 24, así como el cuadro comparando los ingresos de algunas empresas transnacionales y el producto interno bruto de algunos Estados.

¹⁵⁴ De donde se crean e instituyen organismos (similares a los *ombudsman* y a las comisiones de derechos humanos; cfr. Jorge CARPIZO, *Derechos humanos y ombudsman*, Ed. Porrúa, México, 1998) para auxiliar a los consumidores. P. ej.: la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Artículo 20, *Ley Federal de Protección al Consumidor*, DOF: 24 de diciembre de 1992, y sus reformas.

¹⁵⁵ Y que, por lo menos en el caso mexicano, tiende a proteger y auxiliar al trabajador, frente al empleador. Cfr. Néstor DE BUEN, *Derecho del trabajo*, Ed. Porrúa, México. Adicionalmente, ver *infra* el apartado sobre “...Ref12363350 h”.

¹⁵⁶ Se estima que entre 700,000 y cuatro millones de personas son vendidas, compradas, transportadas o retenidas en condiciones similares a la esclavitud con propósitos de explo-

La limitación a la esfera pública busca evitar el abuso del poder público¹⁵⁷ detentado —por definición— por el soberano.¹⁵⁸ Entre particulares, el balance de poder varía. “La presunción básica por definición compartida por la mayoría de juristas y escritores que han tratado sobre el tema general es que las concentraciones del poder económico o político en organizaciones privadas de gran escala en el siglo XX han creado el potencial de serios abusos de las libertades individuales. Estos ‘gobiernos privados’, tales como grandes intereses industriales, sindicatos y redes de difusión e información, poseen los medios para influir o controlar las vidas de sus empleados y millones de otras personas.

Es imperativo, por tanto, que estas organizaciones —y posiblemente cualquier persona o grupo cuyo poder supere en forma importante a quienes mantienen relaciones jurídicas con ellas— sean obligadas a cumplir los derechos humanos fundamentales garantizados en la constitución”.¹⁵⁹

El potencial del abuso del poder en relaciones privadas o públicas puede proporcionar el sustento para la privatización de los derechos humanos.¹⁶⁰ Sin embargo, si bien ambas esferas son análogas, no son equivalentes. Por tanto, la protección de derechos humanos requiere ser remodelada para poder aplicarse en la esfera privada. Si se aplicara de manera formal la protección de derechos humanos en la

tación sexual o laboral. La naturaleza del fenómeno —ilícito y pocas veces reconocido—, contribuye a la incapacidad para determinar con certeza cuántas personas son traficadas anualmente. La extensión de la explotación es amplia y muy variada, aunque normalmente involucra a víctimas atrapadas en esquemas de explotación sexual (como prostitución y pornografía) o explotación laboral (como talleres de condiciones mínimas, o situaciones extremas en regiones agrícolas o sitios de construcción). Algunas formas adicionales de abuso y trabajo forzado incluyen también la servidumbre doméstica, el matrimonio arreglado u obligado, y jinetes de camellos. Department of State, *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, Trafficking in Persons Report*, June 2002.

¹⁵⁷ Cfr. supra notas 39 a 62, sobre “...Ref12355168 h”.

¹⁵⁸ No entramos a analizar si el poder detentado por el soberano es propio, derivado, ejercido en nombre de terceros y si éstos lo han cedido irreversiblemente; consideraciones propias de teoría política. En el presente caso, aludimos a las facultades que de hecho ejerce el Estado y a la posibilidad de su abuso.

¹⁵⁹ Michael HORAN, “Contemporary Constitutionalism and the Legal Relationship Between Individuals”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* 848 (1976), p. 851 [t. a.].

¹⁶⁰ Ver el ejemplo de un guardia o un lector magnético de tarjetas para permitir el acceso a un edificio en el apartado sobre la difusión del poder, supra p. 16, y los comentarios sobre tecnología y derechos humanos, infra p. 35.

esfera privada, sustentada en estar equilibrando derechos con base en el valor intrínseco de los mismos, se protegería una noción individual de espacios y libertades privadas libre de interferencia. Si bien esto podría promover un concepto individual de justicia, no necesariamente impediría el abuso de poder en el ámbito privado. Una analogía sustantiva entre las esferas pública y privada requeriría de protección para la autonomía del individuo cuando dicha autonomía es amenazada por fuerzas sociales que pueden ejercer poder sistémico sobre los individuos. Esta última forma mantendría en la esfera privada la función tradicional de los derechos humanos protegiendo al individuo del abuso de poder (privado).

VIII. PRIVATIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS A NIVEL CONSTITUCIONAL

En algunas constituciones, existen disposiciones que imponen limitantes constitucionales a las actividades privadas. Esto podría servir de sustento para la tesis de que algunos tipos de derechos humanos (y garantías constitucionales) reflejados a nivel constitucional, o incorporados automáticamente al derecho interno por mandato de ley¹⁶¹ pueden pertenecer tanto a la esfera privada como a la pública. Es decir, los derechos humanos no son exclusivos de las relaciones jurídicas donde participe un representante gubernamental.

Se ha mencionado¹⁶² que existen cinco categorías de prohibiciones constitucionales con clara aplicación en la esfera privada y como posible ejemplo de protección constitucional de derechos humanos: prohibición de la esclavitud, prohibición de la discriminación, prohibición de títulos aristocráticos, prohibición de la explotación de los trabajadores y otras. Al efecto se indica que a estas categorías subyace un comportamiento que ha sido proscrito y que ha sido censurado por el mundo en términos generales.

¹⁶¹ *Ex. gr.*, artículo 133 de la CPEUM a la luz de las tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestando que los tratados y convenciones internacionales jerárquicamente se encuentran por encima de la legislación secundaria y de las constituciones de los estados mexicanos. *Cfr. infra* el texto que acompaña a las notas 262-265.

¹⁶² HORAN, *op. cit.*, *supra* nota 158, pp. 853-857.

Sin embargo, esta postura no es del todo acertada porque si bien las normas constitucionales (proscribiendo conductas u obligando la realización de actos positivos) pueden reflejarse en disposiciones de otras constituciones de otros Estados, más bien son la expresión de conceptos derivados de procesos históricos locales.¹⁶³ Así, pese a que efectivamente pueden representar la protección de un derecho que contemporáneamente puede considerarse como derecho humano, podría tratarse más de coincidencias históricas que de una censura universal sobre la correspondiente conducta. Es decir, que estas normas accidentalmente (o por su relevancia histórica y social locales) hallaron lugar en la constitución correspondiente y no en el código penal respectivo. P. ej., la prohibición mexicana de títulos aristocráticos y nobiliarios¹⁶⁴ también se encuentra en las constituciones de India e Irlanda, pero no por tratarse de una censura universal del hecho, sino más bien derivado de su respectivo pasado colonial. De igual forma, la prohibición de venta de alcohol en la XXI Enmienda de la Constitución de EUA fue resultado no de un rechazo moral internacional sino de la experiencia histórica estadounidense de la década de "la prohibición". Pese a lo anterior, trátase o no de derechos humanos, es innegable que las categorías mencionadas sí son normas constitucionales que regulan la conducta de los individuos tanto en relaciones con representantes públicos como en sus relaciones privadas.

Si las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹⁶⁵ pudieran concebirse como una metaconstitución para los Estados europeos participantes, podríamos argüir que existe cierto sustento para considerar una tendencia privatizadora a nivel constitucional.¹⁶⁶ Se sostiene que la tendencia se observa en el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶⁷ En este sentido también se alude a la imposición sobre individuos de responsabilidad

¹⁶³ Miguel VILLORO TORANZO define derecho como un "sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica". *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1980, 4a. ed., p. 127 (énfasis añadido).

¹⁶⁴ Artículo 37-B-1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶⁵ *Supra* nota 34-35.

¹⁶⁶ *Cfr.* RADAY, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 114.

¹⁶⁷ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 95-96.

por crímenes contra el derecho internacional¹⁶⁸ y al requisito de que el derecho de asociación se encuentre garantizado *contra particulares* y no sólo contra la interferencia gubernamental.¹⁶⁹ De igual manera se contempla también la prohibición de discriminación en la educación o por motivos de raza, sexo, religión o creencia.¹⁷⁰

Pese a lo anterior, debemos considerar que al aplicar la CEDH normalmente se requiere de una medida legislativa que instrumente sus disposiciones en el ámbito interno, lo que podría representar una acción estatal y que indirectamente proporciona un "aura" oficial a la conducta privada que se regula y que es objeto de presunta reclamación.

Por otra parte, debe también tomarse en consideración los desarrollos relacionados con *Drittwirkung*.¹⁷¹ El concepto, presente en el ámbito constitucional europeo,¹⁷² se explica como las exigencias jurídicas requiriendo que el derecho privado sea interpretado a la luz de las disposiciones constitucionales del Estado. En otras palabras, la posibilidad de que los tribunales puedan aplicar derechos civiles y

¹⁶⁸ Cfr. proceso de Nuremberg y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y que entrará en vigor el 1 de julio de 2002 después de que 66 Estados depositaron su instrumento de ratificación. Coalition for the International Criminal Court, "International Criminal Court Established at Landmark UN Treaty Event, Ten Countries Ratified the ICC Treaty, Bringing Total Past 60 Required", *Boletín de prensa*, 11 de abril de 2002. La misión de la CPI consiste en procesar a personas acusadas por los crímenes internacionales más graves: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión [el Estatuto incorporó al delito de agresión dentro de la jurisdicción de la CPI. Sin embargo, la CPI ejercerá su competencia respecto de este delito, una vez que se apruebe la definición del mismo y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará.]).

¹⁶⁹ CEDH, artículo 11 y ver *infra* texto que acompaña a las notas 190-192 y 229-235. Cfr. asimismo el art. 123-A-XXII de la CPEUM ("El patrón que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario") y los Convenios 87 (*Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*, 1948) y 98 (*Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*, 1949) de OIT, ambos *infra* nota 225.

¹⁷⁰ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 97-98. Asimismo cfr. las convenciones mencionadas en la nota 41, *supra*.

¹⁷¹ Cfr. QUINT, *supra* nota 133, E. ALKEMA, "The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights", en F. Matscher y H. Petzold (editors), *Protecting Human Rights: The European Dimension (Studies in Honour of Gérard J. Wiarda)*, Colonial Carl Heymanns, Verlag KG, 1988, p. 37.

¹⁷² Específicamente en las constituciones alemana y belga, y posiblemente austriaca, holandesa y suiza.

humanos no sólo en las relaciones entre particulares y Estado, sino también entre los propios particulares. Un ejemplo podría ser el caso en que un arrendatario deseara desplegar un anuncio o cartel político en su ventana, pese a que exista una cláusula en el contrato de arrendamiento que prohíba esto durante un periodo de campaña electoral.¹⁷³ En el caso se arguye que el derecho promovido está orientado a proteger la democracia. Al colocar el cartel en la ventana, la acción estaría desarrollándose en la esfera pública. Por tanto, el derecho debiera ser protegido incluso si hubiera actos en la esfera privada que pudieran afectarlo.¹⁷⁴

IX. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Al decidir los casos que les son sometidos, los tribunales, en adición a las naturales referencias a las normas jurídicas internas, también han aplicado los conceptos de derechos humanos. En Alemania se ha indicado la invalidez del despido de un empleado cuando éste se rehusó imprimir propaganda en favor de libros que en opinión del empleado glorificaban actos bélicos, debido a que el empleado estaba ejerciendo su libertad de conciencia. Sin embargo, en otro caso se confirmó la constitucionalidad del despido de un empleado que distribuyó material pre-electoral en favor del partido comunista, debido a que la libertad de expresión del empleado debía evaluarse contra el deber que le debe a su empleador.¹⁷⁵ Los tribunales alemanes asimismo han utilizado el derecho a la igualdad para invalidar discriminación salarial en contra de empleadas femeninas y para invalidar el pago de bonos a empleados cuando se discriminaba en contra de mujeres.¹⁷⁶

¹⁷³ M. C. B. BURKENS, "The Complete Revision of the Dutch Constitution", 29 *Netherlands International Law Review* 323.

¹⁷⁴ Es de señalar, que de igual forma se ha sugerido que el derecho de colocar dicho anuncio político merece menor protección en caso que el arrendatario quisiera colocarlo en un pasillo del edificio y, que por no estar expuesto al público, se haría acreedor a un menor nivel de protección pues sería accesible básicamente sólo por el arrendador. En este sentido, se argüiría que debido a que el cartel no contribuye a un debate público, ni promueve las ideas o plataformas políticas del arrendatario, se convertiría en una violación de la privacidad del arrendador. *Ibidem*, pp. 331-332.

¹⁷⁵ 47 BAG 363 (1984) y 1 BAG 185, citados ambos en RADAY, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 115.

¹⁷⁶ 1 BAG 258 y 11 BAG 338, citados ambos en RADAY, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 116.

En Japón e Israel los tribunales han impuesto a empleadores privados el deber de aplicar condiciones laborales iguales para mujeres empleadas. Las decisiones parecen estar basadas en el principio de igualdad en la esfera privada a través de una doctrina de política pública,¹⁷⁷ lo que también podría confirmar que el concepto actual de derechos humanos tiene como finalidad la promoción de conquistas sociales.¹⁷⁸

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que las leyes o estatutos que prevén la sindicación única violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado B, fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁷⁹ De igual forma debe considerarse la resolución de dicho tribunal al declarar la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión.¹⁸⁰

Si bien los ejemplos anteriores pueden no demostrar la existencia de una doctrina (judicial o diversa) plenamente desarrollada sobre la privatización de los derechos humanos, sí logran, sin embargo, mostrar los méritos del concepto.

Los párrafos anteriores parecen evidenciar una idea de justicia y elementos de política social más allá de la tradicional concepción de protección de derechos humanos. Pareciera involucrar la protección

¹⁷⁷ *Air Stewards Committee of El-Al v. Edna Hazin et al.*, 4 P. D. A. 365, *Izu Shabaton Koen KK. v. Kuni Hara et al.*, 1 *International Labor Law Reporter* 62 (1974), citados ambos en RADAY, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 117.

¹⁷⁸ Cfr. LABARDINI, *Concepto DDHH*, *supra* nota 9, p. 556.

¹⁷⁹ La libertad sindical cuenta con tres aspectos fundamentales: 1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo, 2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno. 3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación. SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL, Amparo en revisión 337/94. Sindicato del Personal Académico de la Universidad de Guadalajara. 21 de mayo de 1996. Unanimidad de diez votos. Novena Época, Instancia: Pleno, Tesis P./J. 43/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, p. 5. Asimismo véase SINDICACIÓN ÚNICA. EL ARTÍCULO 76 DE LA LEY PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS, VIOLA LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL, APARTADO "B", FRACCIÓN X, Amparo en revisión 337/94. Sindicato del Personal Académico de la Universidad de Guadalajara. 21 de mayo de 1996. Unanimidad de diez votos. Novena Época, Instancia: Pleno, Tesis P./97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo V, p. 117.

¹⁸⁰ Amparo en revisión 1124/2000, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, unanimidad de 5 votos, 17 de abril de 2001.

de los derechos humanos de individuos más débiles contra la violación cometida por particulares que detentan un amplio poder socioeconómico sobre ellos. En otras palabras, en casos en que los derechos humanos son aplicados a fin de imponer una obligación sobre un particular, para hacer o dejar de hacer algo en favor de su beneficiario, las nociones de justicia podrán satisfacerse mejor cuando se imponga la obligación sobre un poderoso agente social y no sobre un actor social más débil o dependiente.

X. PRIVATIZACIÓN EN JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL¹⁸¹

Foros internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos han definido que las conductas realizadas por actores no estatales sí pueden constituir y de hecho constituyen violaciones de derechos humanos.

La Corte Europea de Justicia ha sostenido que los Estados son responsables por violación de la CEDH si no han considerado como ilegales las actividades de un particular cuando éstas resultan violatorias de los derechos establecidos en la CEDH. Dicho tribunal ha sostenido que el gobierno del Reino Unido debía proscribir la violación por parte de un sindicato del derecho de un individuo a no asociarse y su derecho a no unirse al sindicato.¹⁸² En otro caso el tribunal igualmente ha considerado que dicho gobierno violó las obligaciones establecidas en CEDH ya que el sistema jurídico inglés no prohibía el castigo corporal de alumnos en escuelas privadas.¹⁸³ De igual forma, el Estado ha sido responsabilizado al no garantizar acceso al sistema jurídico a la mujer que fuere abusada por su cónyuge¹⁸⁴ y por no establecer procedimientos efectivos para la iniciación de procedimientos judiciales por un particular contra el yerno del direc-

¹⁸¹ En el presente apartado seguiremos de cerca la presentación que hace CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 118-120 y 212-215.

¹⁸² Young, James and Webster v. United Kingdom, *European Court Series A*, vol. 44. Ver *infra* las notas 178 y 179 sobre la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión en México, así como el apartado sobre derechos humanos en las relaciones laborales. *infra* notas 224-236.

¹⁸³ Y v. United Kingdom, *Applic. 14229/88*, informe del 8 de octubre de 1991.

¹⁸⁴ Airey v. Ireland, *European Court Series A*, vol. 32. Ver *infra* texto que acompaña a las notas 185-188.

tor de una institución privada de asistencia debido a que el yerno abusó sexualmente de una interna menor de edad (16 años) mentalmente incapacitada.¹⁸⁵

En *Airey v. Ireland*,¹⁸⁶ la señora Airey arguyó que su esposo, un alcoholico, frecuentemente la amenazaba con violencia. El esposo previamente había sido condenado y multado por el delito de lesiones en contra de la señora. Airey reclamaba que el Estado había incumplido sus obligaciones, contenidas en el artículo 8 de la CEDH, para asegurarle la existencia de un procedimiento legal accesible que pudiera definir sus derechos. Airey arguyó que no podía obtener un divorcio debido a los excesivos costos para lograr que un abogado la representara legalmente, así como por la falta de recursos disponibles para que se le asignara un representante de oficio.

El artículo 8 de la CEDH¹⁸⁷ contempla el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En *Airey*, la quejosa era un particular, y el acto reclamado fue cometido por otro particular: su esposo. Era el esposo, y no el Estado, quien impedía que la señora disfrutara del respeto a su vida privada y familiar. No obstante, la Corte Europea-DH resolvió que Irlanda estaba obligada a garantizar que el derecho al respeto a la vida privada fuera actual y efectivo. "La Corte no considera que se pueda decir que Irlanda interfirió con la vida privada o familiar de la señora Airey: la sustancia de su alegato no es que el Estado haya actuado sino que ha fallado por no actuar. Sin embargo, pese a que el objeto del artículo 8 esencialmente es la protección del individuo contra las interferencias arbitrarias que cometan las autoridades públicas, no sólo obliga al Estado a abstenerse de dicha interferencia: en adición a esta actuación principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo a una vida privada o familiar".¹⁸⁸ La Corte razonó que en ocasiones la protec-

¹⁸⁵ *X & Y v. The Netherlands*, *European Court Series A*, vol. 91 (1985), sentencia del 25 de marzo de 1985. Ver *infra* texto que acompaña a las notas 193-195.

¹⁸⁶ *Eur. Ct. H. R. (ser. A)*, vol. 32

¹⁸⁷ "1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, possible safety or the economic well being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedom of others."

¹⁸⁸ Párrafos 31-32 [t. a.].

ción de la vida privada o familiar puede necesitar que a marido y mujer se les releve de la obligación de vivir juntos. Así, el respeto efectivo a una vida privada o familiar obligaba a que Irlanda lograra no sólo que los medios de protección fueran accesibles a quien deseara recurrir a ellos, sino que efectivamente el derecho se ejerciera y se pudiera disfrutar de esa vida privada y familiar.

Como es dable concluir, "si el Estado es responsable por un "acceso a justicia" realista [en la forma señalada en *Airey*], entonces muchas otras áreas de interferencia privada a derechos pueden quedar cubiertas"¹⁸⁹ por la CEDH. De esta forma, podrían concebirse obligaciones positivas del Estado para garantizar medios *efectivos* en casos de violencia doméstica o proporcionando apoyo y asistencia a víctimas de abuso del derecho al respeto a una vida privada o familiar.

En el caso *Plattform Artze für das Leben*,¹⁹⁰ la Corte Europea-DH analizó igualmente presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por particulares. Los quejosos eran una asociación de médicos opuestos al aborto. La queja surgió debido a la interrupción y disrupción de su reunión provocada por manifestantes que favorecían el aborto. El gobierno austriaco arguyó ante la Corte Europea-DH que el artículo 11 de la CEDH¹⁹¹ no creaba obligaciones positivas para proteger a quienes participan en manifestaciones dado que la "libertad de asociación, estaba principalmente diseñada para proteger al individuo de las interferencias directas del Estado".¹⁹² La Corte Europea-DH rechazó tajantemente este argumento. Al efecto señaló que una manifestación puede molestar u ofender a quienes se oponen a las ideas o reclamos que se pretenden promover con la manifestación. Los manifestantes, sin embargo, deben estar en condiciones de expresar sus ideas sin temor a represalias o violencia

¹⁸⁹ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 213 [t. a.].

¹⁹⁰ Sentencia del 21 de junio de 1988, series A, vol. 139.

¹⁹¹ "1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests. 2. No restrictions shall be placed on the exercise of these right other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interest of national security or public safety, for the prevention of crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State".

¹⁹² *Cfr.* CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 237-238.

física de quienes se opongan a sus ideas. "En una democracia, el derecho a contramanifestarse no puede extenderse al grado de inhibir el derecho a manifestarse. Un genuino y efectivo derecho a la libre asociación no puede, por tanto, ser simplemente reducido al deber del Estado de no interferir: una concepción exclusivamente negativa resulta incompatible con el objeto y el propósito del Artículo 11. Al igual que en el Artículo 8, el Artículo 11 algunas veces puede requerir que se adopten medidas positivas, *incluso en la esfera de las relaciones privadas, si se necesitara*".¹⁹³

En *X & Y v. Netherlands*,¹⁹⁴ la Corte Europea-DH analizó el caso de una niña de 16 años de edad discapacitada mentalmente y que fue abusada sexualmente por el yerno del director de una casa hogar de asistencia privada. En ese entonces, la legislación neerlandesa tenía una laguna jurídica que imposibilitaba el procesamiento penal efectivo del perpetrador ya que tanto el padre de la víctima (el sr. "X") como la propia víctima (la srta. "Y") no podían presentar querrela alguna que derivara en un proceso penal. Se arguyó que si bien existían medidas de reparación civiles, el proceso era prolongado, resultaba traumático para la víctima y carecería de suficiente calidad preventiva como para considerarse un adecuado instrumento de protección de derechos humanos. La Corte Europea-DH resolvió que el legislador neerlandés violó la CEDH ya que no incluyó una categoría específica de personas especialmente vulnerables en lo que es un comprensivo sistema penal para la protección de la integridad sexual de personas vulnerables.

Es de señalar que el gobierno holandés manifestó que la CEDH no se dirige sólo a gobiernos y Estados, sino también a particulares. Durante la audiencia pública del caso ocurrió el siguiente diálogo:

"JUEZ WALSH: Desearía hacer una pregunta al gobierno ... Usted introdujo el término *Drittwirkung*.¹⁹⁵ ¿Acaso su gobierno básicamente arguye que la Convención [CEDH] se dirige sólo a gobiernos y Estados pero no regula los derechos entre ciudadanos?"

SR. KORTHALS ALTES: Ésa es una pregunta difícil de contestar.

¹⁹³ Párrafo 32 de la sentencia (énfasis añadido).

¹⁹⁴ 91 *Eur. Ct. H. R. (Ser. A)* (1985).

¹⁹⁵ *Supra* nota 170.

JUEZ WALSH: Como seguramente conoce usted, ésta es una cuestión que surge en el derecho constitucional alemán y austriaco, y creo que también en el suizo. Usted mencionó la palabra y recuerdo que hace cerca de cuatro años en *Netherlands International Law Review* hubo un artículo precisamente sobre este punto en relación con la Convención de Derechos Humanos. Me pregunto, ¿cuál es la actitud particular del gobierno: afirma que la Convención se dirige sólo a gobiernos y Estados o acaso también...?

SR. KORTHALS ALTES: No. Ésa ciertamente no es la postura del gobierno holandés".¹⁹⁶

Así, la Corte Europea-DH reformuló el razonamiento que esgrimiera en *Airey*,¹⁹⁷ en el sentido de que, en adición a las obligaciones negativas principalmente exigidas por el artículo 8-CEDH,¹⁹⁸ "puede haber obligaciones positivas inherentes en un respeto *efectivo* a la vida privada o familiar". De igual forma agregó: "Estas obligaciones pueden involucrar la adopción de medidas diseñadas para asegurar el respeto a la vida privada *incluso en la esfera de las relaciones entre los propios individuos*".¹⁹⁹

Esta es una clara indicación de que la Corte Europea-DH no rehusará casos por la simple razón de que se trata de una relación jurídica estrictamente particular. Parece evidenciar que responsabilizará a los Estados por violaciones de derechos *incluso* cuando el responsable directo sea un particular.

Como vemos, los casos antes mencionados involucran actos positivos²⁰⁰ y negativos²⁰¹ del Estado en situaciones donde el responsable directo es un particular. Ello confirma que el actuar de las personas, en su diario acontecer con otras personas y en relaciones de naturaleza privada, no se encuentra fuera de la esfera de aplicación del artículo 8 de la CEDH. En específico, el término "público" en dicha

¹⁹⁶ 91 *Eur. Ct. H. R. (Ser. B)* (1985), p. 95, reproducido en CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 179 [t. a.].

¹⁹⁷ *Supra* notas 183 y 185-188.

¹⁹⁸ Su texto puede consultarse *supra* nota 186.

¹⁹⁹ *Supra* nota 193, párrafo 23 (énfasis añadido) [t. a.].

²⁰⁰ *Ex. gr.*, la promulgación de leyes que permitan a particulares excitar a los órganos del Estado a actuar penalmente en contra de particulares cuando un minusválido ha sido sexualmente abusado por un particular: *X & Y v. Netherlands*, *supra* nota 184.

²⁰¹ *Ex. gr.*, interferencia con la expresión de ideas y a la vez no dejar que la manifestación de un particular violente la expresión de otro particular: *Airey y Plattform*, *supra* notas 185-188, y 189, respectivamente.

norma no es óbice que impida la aplicación del propio artículo 8 a conductas de actores privados o actores no estatales. Esto parece llevar a que de la propia CEDH surgen derechos a nivel nacional directamente exigibles contra personas y grupos privados. "Más aún, derechos exigibles directamente contra los Estados surgen a nivel internacional cuando existen lagunas en el marco legal proveyendo protección del comportamiento de actores privados".²⁰²

Por otra parte, la Corte Interamericana-DH analizó, en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*,²⁰³ los casos de desaparición forzada y ciertas dificultades relacionadas con la necesidad de probar la vinculación entre una desaparición forzada y las fuerzas del Estado. La Corte recurrió a una interpretación amplia del artículo 1.1 de la CADH,²⁰⁴ indicando que esta disposición implica la obligación del Estado para organizar el aparato y estructura gubernamentales de forma tal que se le asegure a toda la población el total y completo disfrute de sus derechos humanos.²⁰⁵

En específico, la Corte Interamericana-DH confirmó que los particulares pueden violar derechos humanos y, más importante, que esta acción puede ser imputada al Estado. "*Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención*".²⁰⁶ "A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la

²⁰² CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 214 [t. a.].

²⁰³ Sentencia del 29 de julio de 1988.

²⁰⁴ "Artículo 1 - Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

²⁰⁵ Casos similares pueden ser consultados en SHELTON, *op. cit.*, *supra* nota 50.

²⁰⁶ Párrafo 172 (énfasis añadido).

misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención".²⁰⁷

De lo anterior, se desprenden varias obligaciones para los Estados en el ámbito interamericano.

- Primero, en los casos en que el Estado hubiera podido desplegar la debida diligencia y ello hubiera podido prevenir el abuso del derecho humano, el Estado deviene en responsable internacionalmente.
- Segundo, en los casos en que el Estado falla al no responder adecuada y oportunamente, es igualmente responsable debido a que esos actores privados son auxiliados en alguna medida por el gobierno (debido probablemente a la omisión e inactividad gubernamental para sancionar o prevenir una conducta privada), con lo que el Estado incurre en responsabilidad internacional.²⁰⁸
- Tercero, el Estado no está obligado sólo a acciones de no hacer, sino que en ocasiones debe desplegar y adoptar medidas para proteger los derechos humanos, incluso en el ámbito de las re-

²⁰⁷ Párrafo 173 (énfasis añadido).

²⁰⁸ El párrafo 177 de la sentencia del 29 de julio de 1988 del caso *Velásquez*, *supra* nota 202, señala: "En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, *aun los particulares*, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado" (énfasis añadido).

laciones entre actores no estatales, es decir, incluso en relaciones privadas.

XI. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA ESFERA PRIVADA

Prominente entre los ejemplos de derechos humanos en la esfera privada es la aplicación del derecho a no ser discriminado por motivos de raza, religión o sexo.²⁰⁹ Este derecho fue ampliamente recogido en el siglo XX en los sistemas jurídicos de los Estados. De conformidad con las convenciones internacionales y la normatividad de muchos sistemas jurídicos nacionales se ha impuesto a los particulares la obligación de no discriminar por los expresados motivos. Esta obligación ha sido desarrollada principalmente mediante legislación, pero también vía decisiones judiciales.²¹⁰

Las convenciones internacionales, la legislación interna y los casos judiciales principalmente han establecido esta obligación en cuestiones laborales, educativas y mercados crediticios y habitacionales.²¹¹ La protección es proporcionada con base en la pertenencia a un grupo social que se encuentra en desventaja.²¹²

El principio de igualdad reconocido no es un principio formal individualista, en donde se busca defender al individuo *per se*, sino que se le protege por su pertenencia a un grupo social definido. No se busca evitar actos arbitrarios y esporádicos de discriminación que pueden ser resultado de distinciones no razonables entre candidatos semejantes. El principio de igualdad aplicado en el ámbito privado es uno de prohibición contra discriminación de individuos pertenecientes a un grupo social definido. Es decir, la protección es otorga-

²⁰⁹ Varios ejemplos se citan en las notas 40 y 41, *supra*.

²¹⁰ En *Air Stewards Committee of El-Al*, *supra* nota 176, los empleadores quedaron obligados, ausente una disposición legislativa, a no discriminar contra las mujeres al momento de contemplar promociones, así como a permitir que las mujeres empleadas pudieran trabajar hasta alcanzar la misma edad que en el caso de varones, *Izu Shabaton Koen K.K.*, *supra* nota 176.

²¹¹ Véase, entre otros, la *Convención de ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (1965) y la *Convención de ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (1979). Ambas *supra* nota 169.

²¹² Lo que también parece confirmar que el concepto de derechos humanos tiene como propósito el alcanzar y promover conquistas sociales. *Cfr.* LABARDINI, *Concepto DDHH*, *supra* nota 9, p. 556.

da en la medida que la persona pertenezca a ese grupo y no a otro. Esto cuadra con la protección de derechos humanos que reciben miembros de grupos de refugiados y minorías.²¹³

La distinción puede observarse en el caso *Loving et Ux. v. Virginia*,²¹⁴ en donde se criticaba la validez de una legislación prohibiendo la miscegenación (o matrimonios interraciales). Debido a que la prohibición se aplicaba tanto a blancos que desearan casarse con negras como negros que se casaran con blancas, el estado de Virginia argüía que no se violaba el principio formal de igualdad. Sin embargo, el tribunal determinó la violación del principio de igualdad debido a que la legislación apelada sólo aplicaba en el caso de que uno de los esposales fuera de raza blanca, lo que pretendería preservar la "Supremacía Blanca".²¹⁵

En México se reformó la Constitución en 1974 para subrayar en el artículo 4o. constitucional, como garantía individual, que el varón y la mujer son iguales ante la ley, evitando las discriminaciones de que frecuentemente eran objeto uno u otra por razón de su sexo.²¹⁶

La Suprema Corte de Justicia de Canadá similarmente ha enfatizado que el principio constitucional de igualdad consiste en erradicar la discriminación contra miembros de grupos sociales que históricamente han estado en desventaja.²¹⁷ "La discriminación puede ser descrita como una distinción ... basada en características personales de un individuo o grupo, que tiene el efecto de imponer cargas, obligaciones o desventajas en tales individuos o grupos pero no en otros, o que impide o limita el acceso a oportunidades, beneficios o ventajas disponibles a otros miembros de la sociedad. Las distinciones basadas en características atribuidas a un individuo exclusivamente

²¹³ *Cfr. supra* el texto que acompaña a las notas 51-55.

²¹⁴ *Loving et Ux. v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

²¹⁵ Asimismo véase *Reed v. Reed*, 404 US 71 (1971), *Frontiero v. Richardson*, 411 US 677 (1973) y *Korematsu v. U.S.*, 323 US 214 (1944).

²¹⁶ Véase también TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL, Amparo en revisión 2543/98. María Guadalupe Chavira Hernández y coags. 18 de mayo de 1999. Unanimidad de nueve votos. Novena Época, Instancia: Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, agosto de 1999, Tesis: P. LIX/99, p. 58.

²¹⁷ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, (1989) 56 DLR (4th) 1, (1989) 1 SCR 143.

por su pertenencia con un grupo raramente escapan de la acusación de ser discriminatorias".²¹⁸

XII. DERECHOS DEL NIÑO

La protección del niño contra sus padres es otra muestra de acciones que aplican en la esfera privada. El artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño²¹⁹ prescribe que en todas las acciones relacionadas con los niños, realizadas por instituciones públicas o privadas de beneficencia social, una consideración primordial debe ser el mejor interés para el niño.

Debemos subrayar que en las discusiones relativas al artículo 3-1 de la Convención se señaló que así como los padres debían quedar protegidos respecto a los Estados, el niño debía quedar protegido respecto de los padres.²²⁰ Esto derivó en el artículo 7 *quater* que después se convirtió en el artículo 16 de la Convención: "1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Obsérvese que en la redacción no se incluye referencia alguna a la autoridad pública o a un representante gubernamental. Así, el derecho del niño a no tener injerencias arbitrarias o ilegales debe ser exigido tanto frente al Estado como ante sus padres y otros particulares.

XIII. APARTHEID

La prohibición del *apartheid* encuadra dentro del esquema general de no discriminación. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid²²¹ tipifica bajo derecho internacional ciertos actos que cometa cualquier individuo.²²²

²¹⁸ *Andrews, supra* nota 216, pp. 174-175 [t. a.].

²¹⁹ Nueva York, 20 de noviembre de 1989, *DOF*: 25 de enero de 1991, UNTS 27631.

²²⁰ "The view was expressed that, if parents should be protected from States, the child should be protected from parents", E/CN.4/1988/28 para. 38.

²²¹ Suscrita en Nueva York el 30 de noviembre de 1973. *DOF*: 3 de abril de 1980. TyC, *supra* nota 27, tomo XX, p. 517, UNTS 4861.

²²² "...el crimen de *apartheid*, incluye las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional" y se refiere a diversos

La responsabilidad penal se aplica tanto a particulares como a miembros de organizaciones y a los representantes del Estado.²²³ El esquema definido por la Convención establece la posibilidad de que el presunto responsable de *apartheid* pueda ser juzgado en los tribunales competentes de cualquier Estado parte de la Convención.²²⁴

XIV. DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES LABORALES

De entre los casos de derechos humanos en el ámbito privado, una gran proporción se encuentran en la esfera laboral.²²⁵ La protección de los derechos fundamentales en materia laboral es un concepto bien establecido en el derecho laboral, que se aplica tanto a empleadores públicos como privados. El clásico ejemplo es el reconocimiento de los derechos de organización, negociación colectiva y huelga.²²⁶ Estos derechos han sido formulados como derechos básicos de los trabajadores contra la interferencia por el Estado o por un empleador.²²⁷

"actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente". Artículo II.

²²³ Artículo III: "Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, *los particulares*, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado, tanto si residen en territorio del Estado en que se perpetraron los actos como en cualquier otro Estado" (énfasis añadido).

²²⁴ Artículo V.

²²⁵ La DUDH (arts. 23 y 24), la DADDH (arts. XIV y XXXVII), el PDESC (arts. 6 a 9) y la CADH (art. 16 [derecho de asociación]) reconocen y promueven a los derechos laborales como derechos humanos. El *Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, o Protocolo de San Salvador, da mayor precisión en sus artículos 6 a 9 a los derechos al trabajo, condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, derechos sindicales y derecho a la seguridad social. Para un análisis del Protocolo, véase Rodrigo LABARDINI, "El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 22, núm. 22, México, 1998, pp. 189-251.

²²⁶ Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): 87 [*sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación* (1948)], San Francisco, 9 de julio de 1948, *DOF*: 16 de octubre de 1950, TyC, *supra* nota 27, tomo XI, pp. 27 y 98 [*sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva* (1949)], XXXII reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1 de julio de 1949.

²²⁷ Reconocidos como tales en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, LXXXVI reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 1998.

Varios de estos derechos han sido claramente reconocidos y desarrollados en constituciones, legislaciones o decisiones judiciales.

La protección de los derechos de los trabajadores contra interferencias del Estado y de empleadores ha quedado claramente establecida al tenor siguiente. "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. *Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal*".²²⁸ De igual forma: "1. *Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores*".²²⁹

En la materia debemos señalar la interpretación que se ha dado al artículo 11 de la CEDH²³⁰ el cual, si se aplicara a las relaciones en la esfera privada, podría dar lugar a múltiples instancias de posibles abusos entre particulares.

De entrada observamos que el artículo 11-CEDH no establece distinción alguna entre actores públicos o privados. Determina simplemente que toda persona goza del derecho de asociación sin que pueda establecerse restricción alguna sobre el mismo, salvo que ello esté prescrito en la legislación y sólo en la medida en que resulte necesario en una sociedad democrática por motivos de seguridad pública, seguridad nacional, prevención del delito, protección de la moral o salud, o para proteger los derechos y libertades de terceros. En el

²²⁸ Artículo 3, Convenio 87 de OIT (énfasis añadido).

²²⁹ Artículo 2, Convenio 98 de OIT (énfasis añadido).

²³⁰ Para el texto del artículo 11 véase *supra* nota 190.

caso *X v. Ireland*,²³¹ la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró innecesario determinar si el Consejo Irlandés de Electricidad²³² estaba controlado o no por el Estado. El gobierno irlandés arguyó que el asunto debía desecharse debido a que aun cuando el Consejo fue establecido por ley y era financiado con fondos públicos, el único responsable por las actividades y funciones del Consejo era el propio Consejo y no podría acarrear responsabilidad directa al gobierno.

Sobre el particular, la Comisión Europea-DH resolvió que "considerando para los propósitos de la presente baste notar que, pese a que el gobierno ejerce, al menos, una supervisión general sobre la política del Consejo, la administración cotidiana se encuentra en las manos exclusivas del Consejo; considerando que la Comisión es de la opinión que los actos reclamados por el quejoso claramente caen dentro del dominio de esa administración diaria por la que el gobierno no es directamente responsable".

No obstante, y pese a lo anterior, la Comisión decidió que las actividades antisindicales (por despedir a un artista de taller) representaban una violación del artículo 11 de la CEDH y daban lugar a la responsabilidad del Estado por no poder asegurar el goce y disfrute efectivo del derecho consagrado en el artículo 11 (derecho de asociación). La Comisión de hecho extendió la interpretación de dicha norma para explícitamente proteger el derecho de formar o unirse a un sindicato. El gobierno irlandés había argüido que el artículo 11 no protegía a las personas, como el Sr. X, de las presiones ejercidas sobre el quejoso para abandonar su empleo.

Es de señalar que al ofrecer esta interpretación, la Comisión se apoyó en el convenio 87 de OIT,²³³ ratificado en ese entonces por todos los miembros del Consejo de Europa (salvo Turquía), y el artículo 22 del PDCP (que aún no se encontraba en vigor). Para la Comisión, el punto a decidir era si el gobierno había descargado su obligación establecida en la CEDH para asegurar que el derecho interno contempla un remedio por una presunta violación del artículo 11-

²³¹ *X v. Ireland*, solicitud 4125/69, decisión del 1 de febrero de 1971, 14 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 198 [t. a.].

²³² *Irish Electricity Supply Board*.

²³³ *Supra* nota 225.

CEDH. La Comisión indicó que el quejoso podía iniciar una acción en contra del Consejo y que "no había falta por parte del gobierno acusado para asegurar que existiera un remedio efectivo por la violación del artículo 11 tal y como alega el quejoso".²³⁴ Esta frase parece implicar y confirma que los derechos garantizados por el artículo 11 debían quedar protegidos a nivel nacional a fin de que un individuo tuviera un medio de resolución efectivo por una transgresión de este artículo cometida por su empleador, sin importar la naturaleza pública o privada del mismo.

La Comisión pareció confirmar lo anterior en el caso *Young, James and Webster v. United Kingdom*,²³⁵ en donde el acto de violación fue un acto totalmente de naturaleza privada, derivado de un acuerdo, entre British Rail y los sindicatos involucrados, para cerrar un taller. En el asunto, la Comisión no consideró necesario analizar si el gobierno sería responsable por tratarse de una industria nacionalizada, por lo que puede presumirse que igualmente habría llegado a la misma conclusión incluso si British Rail hubiere sido una empresa privada. "Está claramente establecido que además de proteger al individuo frente a las acciones del Estado, existen artículos en la Convención que obligan al Estado a proteger los derechos individuales incluso contra las acciones de otro. ... La Comisión es de la opinión que el artículo 11 es una de tales disposiciones, por lo menos en lo que se refiere al despido por actividad sindical o como una sanción por no unirse en lo que se refiere a un sindicato en específico".²³⁶

Por lo que hace al caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha concluido, en forma similar, que la legislación que prevé la sindicación única viola la libertad sindical consagrada en el artículo 123-B-X Constitucional.²³⁷ Si bien la argumentación de la SCJN no ofrece, como en el caso de la Comisión Europea de Derechos Humanos, un fundamento genérico para impedir prácticas discriminatorias realizadas por empleadores considerándolas como posibles prácticas antisindicales que violen derechos humanos, sí es

²³⁴ *X v. Ireland*, supra nota 230.

²³⁵ *Young, James and Webster v. United Kingdom*, European Commission of Human Rights, Series A, vol. 44 (decisión del 13 de agosto de 1981). Ver también supra nota 181.

²³⁶ *Young, James and Webster*, supra nota 234, párrafo 168 (énfasis añadido).

²³⁷ Ver supra notas 178, 179 y 215.

expresión de que la sindicación única viola la garantía individual consagrada constitucionalmente.

El elemento compartido en estos derechos fundamentales de los trabajadores es la protección de los derechos de los trabajadores. No tienen como propósito mantener un área neutral de acción. Tiene como intención el proteger una parte del mercado laboral: los aspectos relativos a los trabajadores para favorecer a éstos. Los conceptos descansan en la idea de que se necesita equilibrar la relativa debilidad del empleado individual frente al poder socioeconómico del empleador y, en algunas instancias, ante la burocracia sindical. En este sentido, la debilidad de los trabajadores no es identificada como individual y esporádica, sino que es reconocida como un fenómeno de clase derivado del desarrollo socioeconómico de la comunidad.

XV. TECNOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS

El potencial de discriminación de los desarrollos tecnológicos genera gran cantidad de preguntas en el derecho internacional de los derechos humanos.²³⁸ El lenguaje tradicional de derechos humanos²³⁹ no funciona adecuadamente al incorporar las diversas facetas tecnológicas; un ejemplo es la biotecnología.

El desarrollo tecnológico representa un importante reto para los derechos humanos ya que usurpa el poder del Estado para violarlos y coloca un gran poder en manos de actores privados en la sociedad. Esta privatización de los abusos de derechos humanos irá haciéndose cada vez más patente a medida que continúe la tendencia a privatizar los servicios que antes proporcionaba el Estado. En tanto que antiguamente se consideraba al Estado como el único ente de donde se

²³⁸ El derecho internacional tradicionalmente regulaba sólo las conductas entre Estados y concedía derechos jurídicos a los Estados y en algunas circunstancias a las organizaciones intergubernamentales para ejercerlos frente a los otros sujetos de derecho internacional. Thomas BUERGENTHAL, *International Human Rights: In a Nutshell* (1988), p. 2. Actualmente ya se habla del derecho internacional de los derechos humanos, el cual se enfoca principalmente sobre las obligaciones de los Estados frente a los individuos al interior de sus fronteras, incorporando los derechos individuales al derecho internacional. R. BILDER, "An Overview of International Human Rights Law", en Barry CARTER y Phillip TRIMBLE, *International Law*, pp. 894-895 (2a. ed., 1995). Asimismo ver supra notas 59 y 60.

²³⁹ Ver supra el apartado sobre "...Ref12360497 \h", notas 39-66.

desprendía la autoridad, en la actualidad las personas crecientemente se ven sujetas a la acción y/o supervisión de hospitales, empresas y policías privadas, al igual que instituciones religiosas.

La mayoría de los instrumentos internacionales no definen si el derecho a la vida se aplica a no natos.²⁴⁰ Una excepción es la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²⁴¹ que establece que el derecho a la vida será protegido desde el momento mismo de la concepción.²⁴² El énfasis en la privacidad individual y la decisión personal²⁴³ que permea el lenguaje del Estatuto Internacional de los Derechos Humanos²⁴⁴ fundamenta el argumento a favor de la discrecionalidad paterna para someter a pruebas médicas y científicas a sus hijos, incluso tratándose de embriones y fetos.²⁴⁵

Frente a lo anterior y el desarrollo tecnológico actual, se presenta una situación de interés respecto al estatuto de grupos genéticos, el derecho de la posteridad y futuras generaciones²⁴⁶ y la naturaleza de

²⁴⁰ Philip ALSTON, "The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child", 12 *Human Rights Quarterly* 156 (1990).

²⁴¹ Ver *supra* nota 33.

²⁴² Artículo 4.

²⁴³ Luini DEL RUSSO, *op. cit.*, *supra* nota 31, p. 255, concluye que los derechos individuales continúan siendo el foco de atención del derecho internacional de los derechos humanos. Por contra, Héctor GROS ESPIEL arguye que el periodo 1947-1977 marcó el fin del concepto individualista de los derechos humanos, *The Evolving Concept of Human Rights: Western, Socialist and Third World Approaches*, en RAMCHARAN, *op. cit.*, *infra* nota 254, p. 51.

²⁴⁴ Así denominado el conjunto de la DUDH, el PDCP y el PDESC. Ver *supra* notas 29-31.

²⁴⁵ Cfr. la Recomendación 934 del Consejo de Europa sobre ingeniería genética, Eur. Parl. Ass., XXII sesión, Doc. núm. 4832-33 (1982), que contempla el consentimiento de los padres para la experimentación en embriones y fetos.

²⁴⁶ Admitir que existe una pluralidad de valores y concepciones morales básicos, así como el reconocimiento de una variedad de estos bienes e intereses protegidos por los derechos humanos ha derivado en una sorprendente proliferación en el número de derechos humanos. Debido al incremento de bienes considerados dignos de protección (no sólo religión, pensamiento, expresión, sino derechos civiles y políticos que requieren intervención directa por el Estado), se ha extendido el número de beneficiarios (incluyendo no solamente a los seres humanos [como familia, minorías religiosas y étnicas, sino incluso el derecho de supervivencia de generaciones futuras, derechos de animales y del medio ambiente]), y la persona no es vista más como un ente abstracto, sino crecientemente en su situación concreta en la sociedad (sexo, edad, condición física). Cfr. Norberto BOBBIO, "Diritti dell'uomo e società", en *Sociologia del diritto*, vol. XXVI (1989), pp. 15-27, reproducido en BOBBIO, *The Age of Rights*, Polity Press, Cambridge, 1996, pp. 47-60. Este crecimiento ha sido criticado indicando que el resultado es debilitar y minar la efectiva protección de lo que realmente son los "derechos humanos". Maurice CRANSTON, "Human Rights, Real and

los violadores y víctimas de derechos humanos.²⁴⁷ "La tecnología genética presenta así un extraordinario reto a los derechos humanos debido a que está enraizada en el poder social en lugar del poder político. Presenta una paradoja conceptual donde los gobiernos salvaguardan derechos humanos, y padres, doctores, científicos, empleadores y aseguradoras los ponen en peligro".²⁴⁸

Como consecuencia, es posible que la tecnología y la privatización de los derechos humanos puede ir borrando la distinción entre las esferas pública y privada. Es decir, cuando los particulares desarrollen o adquieran autoridad o poder económico o social similar a los del Estado, o sean desproporcionados frente al otro particular que participa en la relación jurídica, entonces podrán los actos de particulares calificar y quedar sujetos al escrutinio de los estándares internacionales de derechos humanos. En el mismo sentido podemos contemplar los esfuerzos internacionales por desarrollar una convención internacional para prevenir la clonación humana con fines reproductivos.²⁴⁹

De igual forma debemos considerar la privatización del poder derivada del desarrollo científico y tecnológico. Al ser sólo unos cuantos (particulares) quienes podrán en la realidad aplicar dicha tecnología, se concentra su poder relativo y las consecuentes posibilidades de que puedan violar derechos humanos. Los abusos serán consecuencia, entonces, de actos privados y no de entes públicos. La privatización de los abusos de derechos humanos será consecuencia de la creciente tendencia a privatizar las empresas y los servicios públicos.

Supposed", en D. D. Raphael (editor), *Political Theory and the Rights of Man*, Indiana University Press, Bloomington, Indiana, 1967, pp. 43-53.

²⁴⁷ Cfr. el interesante artículo sobre derechos humanos y necesidades de proteger el genoma humano en beneficio de futuras generaciones de Maha MUNAYYER, "Note and Comment: Genetic Testing and Germ-Line Manipulation: Constructing a New Language for International Human Rights", 12 *American University Journal of International Law and Policy* 687 (1997).

²⁴⁸ MUNAYYER, *op. cit.*, *supra* nota 246, p. 690 [t. a.].

²⁴⁹ *General Committee recommends 188-item General Assembly Agenda, Including proposal for convention against human cloning*, General Committee, Fifty-sixth Session, GA/9908, 14 September 2001.

XVI. RESPONSABILIDAD "ECOLÓGICA" EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Se ha indicado que una forma de analizar posibles violaciones de derechos humanos ejecutadas por particulares consiste en partir de la premisa de que todas las violaciones, sin atender la naturaleza jurídica del perpetrador específico, sean agentes estatales o no, implican al Estado y son revisables judicialmente por los órganos internacionales de derechos humanos.²⁵⁰ Al analizar distintos casos de la Corte Europea-DH relacionados con los artículos 8 y 10 de la CEDH, Evrigenis concluye que el tribunal toma en consideración los cambios ocurridos en la situación jurídica y social y en el pensamiento jurídico y social sucedido en Europa. Por ello se arguye que la Corte progresivamente ha tenido que aceptar el hecho de que "la creciente complejidad del tejido social está obligando a que el Estado adopte acciones positivas para proteger derechos y libertades que, desde el punto de vista tradicional, sólo requerían protección contra interferencias por parte de las autoridades públicas".²⁵¹

En su opinión esto deriva en dos conclusiones importantes. Primero, se ha debilitado la división tradicional entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por el otro.

En segundo lugar, están las interferencias que no son producto de actividad estatal. "Los derechos humanos actualmente están expuestos a poderes distintos que los del Estado, y el individuo debe estar protegido de este peligro... Pese a que no es el autor de [esa] interferencia, el Estado aun así es considerado responsable y tiene el deber de intervenir y prevenirla. No responde sólo de las violaciones cometidas por él sino también, en términos más amplios, de todas las violaciones cometidas en su territorio. Uno podría decir, en efecto, que el Estado moderno tiene un tipo de 'responsabilidad ecológica' en el campo de los derechos humanos. Sea como fuera, esta extensión de la función de las autoridades públicas les obliga a ir más allá de la simple abstención y adoptar medidas positivas".²⁵²

²⁵⁰ CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 182-183, siguiendo los trabajos de Dimitrios EVRIGENIS, "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", 3 *Human Rights Law Journal* 121 (1982).

²⁵¹ EVRIGENIS, *op. cit.*, *supra* nota 249, p. 136 [t. a.].

²⁵² *Ibidem*, p. 137.

XVII. VIGENCIA NACIONAL DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Las consideraciones que anteceden tienen aún mayor impacto si en adición a la privatización de los derechos de los derechos humanos consideramos su difusión en todo el orbe y la universalización de los instrumentos internacionales en donde se consignan, así como los efectos que el régimen internacional de los derechos humanos tiene en el derecho interno. Esto es, no sólo es menester analizar dicha privatización, la cada vez más tenue distinción entre las esferas pública y privada, los desarrollos científicos y tecnológicos y la posibilidad de que el poder social y económico se concentre en unas cuantas empresas o actores sociales y su posible derivación en abusos, sino que en las relaciones entre los particulares tendrán importantes efectos las declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos que los Estados adoptan ya que muchas adquieren fuerza jurídica y obligatoriedad interna por la aplicación inmediata de la norma internacional, e incluso porque con el transcurso del tiempo una declaración internacional puede adquirir carácter y fuerza vinculante. Esto puede ser aún más significativo en el caso mexicano debido a dos recientes decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuanto a las declaraciones internacionales, se reconoce generalmente que no tienen carácter jurídico ni dan lugar a derechos y obligaciones exigibles conforme a derecho internacional.²⁵³ La Oficina de Asuntos Jurídicos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU opina que una declaración es "un instrumento formal y solemne adecuado a ocasiones en que se enuncien principios de una importancia y carácter perenne".²⁵⁴ La DUDH representa un primer intento para catalogar y definir derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Al redactar la DUDH en 1947 y 1948, la Comisión de Derechos Humanos no pretendía que fuera vinculante.

Sin embargo, existe consenso internacional de que la DUDH actualmente obliga a todos los miembros de ONU y presumiblemente

²⁵³ *Cfr.* Jorge CASTAÑEDA, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, El Colegio de México, México, 1967.

²⁵⁴ Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos, Secretaría de las Naciones Unidas, 34 UNESCOR, Supp. (núm. 8) 15, UN doc. E/CN.4/L.610, 2 de abril de 1962.

a todos los Estados como parte del derecho internacional consuetudinario.²⁵⁵ De igual forma, "teniendo en cuenta la mayor solemnidad y significado de una declaración, puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los Miembros de la Comunidad Internacional habrán de respetarla. En consecuencia, la declaración puede llegar a ser reconocida, por el uso, como un instrumento que establece normas obligatorias para los Estados".²⁵⁶

En este sentido, debe señalarse lo que podría ser la naturaleza especial que en derecho internacional se atribuye a los derechos humanos. Desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1945), el catálogo de los derechos humanos ha crecido en número, materias y extensión.²⁵⁷ Existen algunos que resultan inderogables en toda circunstancia (como derecho a la vida, prohibición de tortura y castigos crueles, inhumanos y degradantes, prohibición de la esclavitud y la no retroactividad de la ley),²⁵⁸ lo que nos deriva en una jerarquización de los derechos humanos.²⁵⁹ Existe un importante debate sobre la conveniencia o necesidad de considerar a los tratados de derechos humanos dentro de un régimen especial de derecho internacional.²⁶⁰ Esta naturaleza especial se observa en que

²⁵⁵ John HUMPHREY, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", en B. G. Ramcharan (editor), *Human Rights: Thirty Years After the Declaration* (1979), p. 29.

²⁵⁶ Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos, *supra* nota 253.

²⁵⁷ *Cfr. supra* nota 245.

²⁵⁸ Estos derechos se encuentran consignados, entre otros, en los artículos 4 - PDCP (en relación con los artículos 6, 7, 8, 11, 15, 16 y 18), 15 - CEDH (en relación con los artículos 2, 3, 4 y 7), 27-CADH (en relación con los artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17 y 18), 4 del Protocolo 7 de la CEDH, 2 de la Convención ONU contra la Tortura, y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra.

²⁵⁹ Véase Daniel Prémont, Christian Stenersen, Isabelle Oseredezuk (editores), *Droits intangibles et états d'exception/non-derogable rights and states of emergency*, Association de consultants internationaux en droits de l'homme, établissements émile, Broylant, Bruselas, 1996, Teraya Koji, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights", en *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), núm. 5, p. 917, Theodor MERON, "On a Hierarchy of International Human Rights", en *The American Journal of International Law*, 80 AJIL 1 (1986).

²⁶⁰ Quienes se inclinan por un régimen especial mencionan que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), no posee los elementos suficientes, por lo que hace a los mecanismos de denuncia y reserva de tratados incorporados, para aplicarse a los tratados de derechos humanos, ya que en éstos no se habla de un consentimiento de voluntades, de acuerdo con la práctica internacional, sino de normas de conducta donde la

la terminación o suspensión de un tratado por incumplimiento no se aplica a la protección de la persona en tratados humanitarios.²⁶¹ Asimismo, el concepto de "soberanía" es revisado a la luz de los derechos fundamentales y en la arena internacional se observa un significativo interés por darles vigencia dentro y fuera de sus jurisdicciones.²⁶²

En el contexto mexicano, la relevancia e importancia de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos no puede soslayarse. No sólo representa la normatividad internacional a la que está obligada el Estado mexicano, sino que dichas normas se encuentran jerárquicamente establecidas por encima de la legislación federal y constituciones estatales. El 11 de mayo de 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió que conforme al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los tratados se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la CPEUM. La SCJN concluyó esto derivado de que los "compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional" y porque "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".²⁶³

pretensión principal es el orden público común. Quienes se oponen a esta idea, arguyen que dicha Convención fue creada justamente con el ánimo de ser aplicable a todo tipo de tratados, por lo que es innecesario ubicar a los tratados de derechos humanos en un régimen especial, pues eso implicaría también que otro tipo de tratados, v. gr., medio ambiente, desarme, y otros, requerirían de sendos regímenes especiales. Véase Carlos López Hurtado, "Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001, pp. 247-289.

²⁶¹ Artículo 60, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, y *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados Unidos y Organizaciones Internacionales*, ambas *supra* nota 60.

²⁶² *Cfr.* Sergio García Ramírez, "El futuro del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 101, mayo-agosto de 2001, pp. 653-683.

²⁶³ SCJN, TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Amparo en revisión 1475/98, *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*, 11 de mayo de 1999, unanimidad de diez votos, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo X, noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, p. 46. La tesis expresamente abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en

Por otra parte, el 29 de noviembre de 2000, la SCJN señaló que el artículo 133 constitucional establece los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa que los jueces de cada Estado deben atender a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las constituciones o leyes locales, pues independientemente de que las entidades federativas son libres y soberanas,²⁶⁴ deben sujetar su gobierno a los mandatos de la CPEUM. En consecuencia, si la legislación local resulta contraria a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones de la CPEUM y no las de esas leyes ordinarias estatales, aun cuando dicha legislación provenga y sea asumida por la forma de proceder de acuerdo con la Constitución local correspondiente.²⁶⁵

Lo anterior significa que los tratados, incluidos los relativos a la materia de derechos humanos, jerárquicamente se encuentran por encima tanto de la legislación federal como de la local, son aplicables incluso en contra de las constituciones estatales y no pueden ser desconocidos por los congresos y las autoridades locales.²⁶⁶ Ante esto, y para efectos internos del sistema jurídico mexicano, si bien los tratados de derechos humanos se ubican por debajo de la CPEUM, sus disposiciones resultan obligatorias incluso en contra de leyes federales, y constituciones y leyes estatales.

XVIII. CONCLUSIONES

Debemos reconocer que existe poder en toda relación (personal, institucional o diversa) y en toda sociedad. No puede negarse ni debe

la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, Octava Época, diciembre de 1992, p. 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

²⁶⁴ Artículo 40 de CPEUM.

²⁶⁵ SCJN, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE, Amparo en revisión 2119/99. *Francisco Tomás Ramírez*, 29 de noviembre de 2000. Cinco votos. Tesis 1a. XVI/2001, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIII, marzo de 2001, p. 113.

²⁶⁶ A mayor abundamiento véase Leonel PEREZNIETO CASTRO, "Supremacía de la Constitución y de los tratados internacionales en México", en *El Foro*, órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Duodécima Época, tomo XIV, núm. 1, Primer Semestre 2001, México, pp. 245-249.

rechazarse su existencia. Existe en todas partes y circunstancias sociales.

Es importante reconocer que el Estado no es más el único detentador de poder en la sociedad. Otros actores sociales —individuos y empresas— igualmente despliegan ese poder y pueden cometer y cometen violaciones de derechos humanos. Por ello, lo que sí puede y debe hacerse es regular ese poder y esas conductas para que aquél se ejerza con prudencia y éstas no transgredan esferas morales ajenas; todo ello bajo principios morales de responsabilidad.

Ampliar los derechos humanos a sectores de nuestra vida cotidiana es, sin duda, una propuesta muy seductora para quienes propenden la protección (casi absoluta) de los derechos humanos. Los proponentes de esta "privatización de los derechos humanos" arguyen —y no sin razón— que muchas de las limitaciones al ejercicio individual de los derechos humanos son impuestas por entes privados y no por el Estado. De ser el caso, ¿acaso la lógica no nos conduce a tratar de extender la protección de los derechos humanos al punto más vulnerable: las relaciones entre particulares?

Pese a lo anterior, y a lo comentado en otras partes,²⁶⁷ es menester señalar que la privatización de los derechos humanos no representa la visión generalizada entre constitucionalistas e internacionalistas, incluidos los estudiosos de derechos humanos. Si bien resulta innegable el atractivo inicial de extender la protección de los derechos humanos a la esfera privada, deben también considerarse las ramificaciones, implicaciones y posibles consecuencias de esta posibilidad.²⁶⁸

El argumento básico parece bastante simple. Si todos los seres humanos gozan de derechos humanos, la transgresión del derecho humano (al igual que su goce y disfrute), ocurre en la realidad sin importar la naturaleza jurídica y la identidad del violador; es decir, la violación del derecho humano no puede encontrarse limitada por la naturaleza pública o privada del agente violador. Siendo intrínsecos e inalienables, los derechos humanos no dependen de las cualidades del agresor sino del ser que los detenta para definir si

²⁶⁷ LABARDINI, *Concepto derechos humanos, Elementos de derechos humanos y Autoridad y derechos humanos*, los tres, respectivamente, *supra* notas 9, 49 y 17.

²⁶⁸ Nos estamos refiriendo en este momento a aspectos más prácticos y funcionales que a los estrictamente jurídicos.

existen o no. Decir que los derechos humanos pueden no violarse por un ente que, mediante un proceso de privatización, dejó de ser público y ahora es privado, representa decir que los derechos humanos, los derechos universales, intrínsecos e inalienables, no dependen de la naturaleza del hombre o de quien los detenta, sino que su concepto, y su existencia misma, dependería de la naturaleza y las cualidades (o falta de ellas) de quien los viola.

En otras palabras, cuando se priva de la vida a una persona, se viola su derecho humano a la vida, sin importar que el homicida haya sido un policía o un particular. De esta forma, "En tanto que valores universales, la situación de los derechos humanos en cualquier Estado es una preocupación legítima de la comunidad internacional en su conjunto. La labor de promover su vigencia y respeto es empresa común de todos los gobiernos y todos los pueblos, y no puede estar supeditada a la exclusiva voluntad de un gobierno".²⁶⁹ Los derechos humanos son un producto histórico y tienen cualidad universal. "Nacen en Occidente pero son valores universales porque reconocen en cada individuo a un miembro de pleno derecho de la humanidad".²⁷⁰

Igualmente debemos recordar: "Los derechos humanos de la persona a libertad y bienestar se violan seguramente en igual medida, aunque posiblemente de manera menos poderosa e irrevocable, si uno es secuestrado y detenido para pedir rescate, que si estuviera uno sujeto a aprisionamiento injusto; y la tortura por una persona física privada infringe los derechos humanos de una persona tanto como la tortura cometida por un agente del Estado".²⁷¹

La situación parece reflejarse en materia penal. Como señalamos, es posible que a través de la historia se hayan cometido tantas privaciones de vida [ha habido tantas guerras y otros actos moralmente reprobables], que puede concebirse una tolerancia del hecho como una habituación a él, donde la sociedad ha considerado que el mejor

²⁶⁹ Palabras del Secretario de Relaciones Exteriores, Dr. Jorge G. Castañeda, en el LVII periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, Suiza, 20 de marzo de 2001.

²⁷⁰ *Loc. cit.*

²⁷¹ Alan GEWIRTH, "The Basis and Content of Human Rights", en Roland Pennock y John Chapman (editores), *Nomos XXIII: Human Rights*, New York University Press, Nueva York, 1981, pp. 119-147, reproducido en Winston, *op. cit.*, *supra* nota 55, pp. 195-196 [t. a.].

proceder es encauzarlas al derecho penal, y se les denomina "homicidios" (o delitos), con lo que se les priva de la consiguiente fuerte carga moral y emocional²⁷² que significaría una "violación"²⁷³ de derechos humanos".²⁷⁴

[Esto a su vez manifiesta las dificultades inmersas en el tema, ya que se mezclan tanto conceptos y factores morales y jurídicos —respectivamente, la privación de vida y la violación de la legislación penal (homicidio)— como sus consecuencias —en términos morales: la violación de derechos humanos y la ingente reprobación moral; en términos jurídicos: violación del tipo penal y la sanción penal correspondiente.²⁷⁵

De igual forma haría patente que los derechos humanos es un concepto y una preocupación evolutiva de la sociedad. En tanto hace unos siglos las luchas en defensa de derechos se hacían para que quedara legislada la conducta, ahora es necesario recurrir a la protesta, a la indignación y a la crítica política y moral para intentar lograr remediar una situación percibida como injusta. En este sentido, los derechos humanos, que serían la idea de nuestros tiempos, podrían considerarse como "parte de una guerra de propaganda y una filosofía de curación".²⁷⁶]

Continuando con el mismo ejemplo, parecen existir situaciones sociales tan graves en donde se priva de la vida²⁷⁷ [o actos igualmente reprobables en términos morales] que la sociedad —o algunos

²⁷² La fuerte carga emotiva de los derechos humanos "es debida fundamentalmente —aunque no exclusivamente— al carácter utópico (entendiendo por utópico la referencia a la utopía concreta) que en sí mismos encierran, y por su propia naturaleza". IEPALA, *op. cit.*, *supra* nota 63, capítulo B2.2.

²⁷³ No por ello también podrían violentarse los derechos humanos de los perpetradores de crímenes. "Ninguna circunstancia o imperativo, ni siquiera el combate al acto terrorista más bárbaro, puede justificar la violación de los derechos humanos". Palabras del Secretario de Relaciones Exteriores, Dr. Jorge G. Castañeda, en el LVIII periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, Suiza, 26 de marzo de 2002.

²⁷⁴ Alternativamente podría señalarse que históricamente el término de "derechos humanos" no surgió sino hasta la contemporaneidad, por lo que con anterioridad sólo se concebía y formulaba la exigencia del castigo al culpable, lo que implicaba el respeto y aplicación de las correspondientes sanciones penales. *Cfr.* LABARDINI, *Orígenes* y LABARDINI, *Siglos XV-XVII*, ambos *supra* nota 5.

²⁷⁵ *Cfr.* LABARDINI, *Los elementos de los derechos humanos*, *supra* nota 49.

²⁷⁶ VINCENT, *supra* nota 2.

²⁷⁷ Sin estarnos refiriendo a agravantes del delito, estos elementos penales podrían evidenciar también los diferentes grados de reprobación jurídico-moral.

grupos—, recurre a la protesta e indignación²⁷⁸ como muestra de acción y estima que sí ameritan la denominación de “violaciones de derechos humanos”. La expresión tiene como efecto adosar una ingente carga moral y emocional a la recriminación que se formula. Esto representa no sólo una severa reprobación moral y una intolerancia en términos morales, sociales y políticos de los hechos censurados, sino que exige su inmediata reparación y la prevención de conductas similares; situación que deriva en posteriores beneficios sociales, jurídicos y políticos para la población en general.

El posible abuso de derechos humanos por particulares se hace patente en foros internacionales cuando:

1. Se indica a los quejosos que ellos mismos deben respetar lo dispuesto por las convenciones internacionales.
2. Cuando el Estado es considerado responsable de la violación cometida por un particular, debido a que no se ha legislado o no se ha tomado la debida acción preventiva.
3. Cuando un foro internacional decide que un actor no es un órgano del Estado o debe considerarse sólo como un ente privado.
4. Cuando se considera que el Estado es responsable debido a una sanción impuesta por un tribunal nacional o por no efectuar la compensación prescrita para reparar una violación.
5. Cuando hay disposiciones internacionales directamente relevantes con el caso en cuestión.
6. Cuando se plantean violaciones privadas de derechos humanos que son argüidas en el derecho interno.²⁷⁹

Por otra parte, de la jurisprudencia analizada podemos comentar que trata de definir si los convenios internacionales de derechos humanos tenían como intención original el crear derechos y obligaciones para los particulares o es que una interpretación contextual de las normas internacionales de derechos humanos y los casos concretos respectivos permiten (o requieren) que se interpreten las normas a fin de reconocer dichos derechos y obligaciones para los particulares. Al respecto, es de señalar que los foros internacionales han re-

²⁷⁸ Ver *supra* nota 55.

²⁷⁹ Cfr. CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 89-133.

suelto que tanto la CADH como la CEDH contemplan obligaciones para los Estados a fin de adoptar medidas para asegurar derechos humanos incluso en la esfera privada de los individuos,²⁸⁰ y en específico en relaciones jurídicas entre los propios particulares. En este sentido puede observarse una creciente tendencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente de mujeres, pueblos indígenas, trabajadores migratorios y niños, a identificar no sólo al Estado, sino también a los actores privados como violadores de derechos humanos.²⁸¹

Algunos de los casos y resoluciones reseñados²⁸² parecen sugerir que la cuestión no es más si las normas internacionales de derechos humanos se aplican en la esfera privada, sino cuáles derechos específicos se aplican y hasta qué grado. Ha habido propuestas incluso para que se analice la posibilidad de elaborar un instrumento internacional que proteja los derechos humanos de violaciones cometidas por personas y agencias privadas.²⁸³

Quizá uno de los mayores obstáculos al concepto de que los particulares pueden violar derechos humanos consiste en la reticencia de los Estados. En términos prácticos, existen grandes consecuencias estructurales y administrativas que los Estados tendrán que asumir para prevenir, atender y remediar todas (o la mayoría) de las referidas violaciones de derechos humanos por particulares y establecer y mantener una infraestructura jurídica que resultara efectiva para promover y defender los derechos humanos respecto de actos de particulares. En este sentido, en opinión del Comité de Expertos convocado por el Consejo de Europa para analizar la posibilidad de elaborar una carta contra violaciones de derechos humanos por parti-

²⁸⁰ Cfr. *supra* notas 92-94, 103-106 y 112-116.

²⁸¹ *Ex. gr.*, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), *supra* nota 41, extiende las obligaciones de derechos humanos no sólo a las agencias y dependencias del Estado, sino también a otras instituciones, entidades y empresas sociales.

²⁸² *Supra* notas 181-207.

²⁸³ El Consejo de Europa en la Conferencia Parlamentaria sobre Derechos Humanos (Viena, 18-20 de octubre de 1971) y la recomendación 683 (1972) solicitó que un Comité de Expertos estudiara la posibilidad “of preparing a charter to project human rights against private persons and agencies”. Asimismo, Cfr. las acciones en el Comité de Derechos Humanos de ONU sobre posibles violaciones por particulares de derechos humanos, *supra* notas 67 en adelante.

culares.²⁸⁴ “la ampliación del concepto de derechos humanos para incluir también las relaciones entre personas privadas tendría significativas consecuencias en varios países miembros, en varios campos de la legislación nacional, en particular por lo que se refiere a los derechos civiles y laborales”. Esto fue expresado pese a que algunos expertos consideraron que el tema era “de considerable importancia, ya que los derechos humanos esenciales en los campos social y económico son particularmente amenazados por personas y agencias privadas”.²⁸⁵

Pese a diversos factores que propenden la posible violación de derechos humanos por particulares (que algunos tribunales internacionales regionales de derechos humanos han reconocido la responsabilidad de los particulares en materia de derechos humanos,²⁸⁶ al reconocimiento hecho, por lo menos, por un gobierno manifestando que las disposiciones de la CEDH no tienen a los Estados como únicos destinatarios, sino que también se dirigen a particulares y a regular los derechos entre ciudadanos,²⁸⁷ al reconocimiento gubernamental de los valores absolutos y universal de los derechos humanos,²⁸⁸ y a que los tratados de derechos humanos parecen tener un régimen especial en el entorno internacional),²⁸⁹ la comunidad internacional no ha reaccionado favorablemente en la práctica al concepto de que los derechos humanos pueden ser violados por particulares y que la conducta quede normada internacionalmente.²⁹⁰ De cualquier forma, el fenómeno de la privatización evidencia que las fuentes de posibles violaciones de derechos humanos irán superando el marco y la infra-

²⁸⁴ *Supra* nota 282.

²⁸⁵ DH/Exp (73) 44 del 16 de noviembre de 1973, p. 79 [t. a.].

²⁸⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados deben prevenir violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades gubernamentales, así como de particulares o incluso cuando no se logra identificar al responsable directo. *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, OAS/ser.L/V/III.19, doc. 13 (1988), *supra* notas 202-207. Igualmente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que la responsabilidad del Estado se extiende a las relaciones entre particulares. *Airey v. Irlanda*, y *X & Y v. Netherlands*, *supra* notas 185-188, y 193-198.

²⁸⁷ *Supra* nota 195 y siguientes. Asimismo véase CLAPHAM, *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 179.

²⁸⁸ Que en el caso mexicano se observó después de un dramático cambio en menos de tres años, *cfr. supra* notas 10 y 71, aunque siempre más bien en el contexto de que el Estado sería el posible violador de derechos humanos.

²⁸⁹ *Ver supra* nota 259.

²⁹⁰ *Ver supra* notas 67-116.

estructura jurídica que actualmente existen. Esto ha llevado a algunos teóricos a argüir en favor de una nueva definición de derechos humanos a fin de incorporar la responsabilidad de entes particulares que asuman funciones y/o roles cuasipúblicos, o cuyo poder social y/o económico supera con creces al de su contraparte.

Mucho depende del concepto general que se tenga de derechos humanos y su aplicación. Si el beneficiario último del derecho internacional y de los derechos humanos es el individuo —el ser humano—, y su función estriba en la protección del individuo por el hecho de éste simplemente ser un ser humano, la lógica conclusión es que deben adoptarse posturas y políticas que promuevan y defiendan los derechos de las personas cuando se perciban que éstas se encuentran lesionadas, sin importar en dónde se encuentren éstas,²⁹¹ ni las características de quien haya cometido la violación de derechos humanos.

Si por derechos humanos se entiende que son un instrumento de política para auxiliar en la regulación de la conducta de los Estados, pero no que esencialmente es el individuo el beneficiario último de la idea de derechos humanos, entonces no es permisible proceder con políticas que tengan tintes intervencionistas o que no respeten, al menos en cierto grado, la soberanía de los Estados.

Al discutir la posible violación de derechos humanos por particulares estamos frente a la decisión de escoger entre dos ideas de justicia: una formal, basada en derechos individuales, otra de corte socio-económico, que protege derechos de grupos sociales definibles. Si bien ambas reflejan la protección de derechos humanos, también difieren en sus fundamentos y aplicaciones.

Conforme a una visión formal-individualista, toda persona lleva consigo un grupo de derechos humanos dignos de ser protegidos.

²⁹¹ En este sentido parece orientarse actualmente el gobierno mexicano. Jorge Castañeda, Secretario de Relaciones Exteriores, hablando sobre relaciones con Cuba, dijo que si bien México trata de reincorporar a Cuba a los mecanismos hemisféricos existentes, “también vamos a tener una muy activa y vigorosa política para la defensa de los derechos humanos y de la democracia en todos los lugares, en cualquier parte del mundo, en cualquier región y en cualquier país”. *Federal News Service: Media availability with Secretary of State Colin Powell and Mexican Secretary of Foreign Relations Jorge Castaneda following bilateral meeting*, Departamento de Estado, Washington, D. C., 30 de enero de 2001 [t. a.]. Asimismo ver Maribel GONZÁLEZ, “Buscan fortalecer lazos con Cuba”, en *Reforma*, 31 de enero de 2001, p. 7. El secretario Castañeda indicó que éste era uno de los principales cambios de política exterior establecidos por el presidente Vicente Fox.

Entre ellos destaca la libertad de contratar con otra persona. Cuando dos individuos interactúan, se vuelve necesario encontrar un equilibrio entre los derechos de cada uno y por los que cada uno puede resultar responsable. En estas situaciones corresponderá examinar el valor relativo de los atributos, facultades y derechos en conflicto frente a la gravedad del daño que se pueda causar al respectivo derecho. Debido a que la libertad de contratar se encuentra entre las libertades básicas, podría no ser apropiado proporcionar una protección comprehensiva y consistente de los derechos humanos para ciertas categorías de personas sólo porque se les hubiere clasificado *ab initio* como individuos que requieren de protección especial. En este sentido, debiera concederse protección por la necesidad específica del individuo y no del grupo al que pudiera asimilársele. Un resultado de ello podría ser el minar la concepción de una política social, expresada en forma importante en el siglo XX, especialmente en el campo de la discriminación y el derecho laboral. La premisa en estos campos es que los valores que se defienden superan el derecho formal de la libertad de contratación. En este sentido, cuando se propugna un respeto prioritario al derecho individual y la libertad contractual, de hecho se afectan y minimizan los derechos establecidos como políticas públicas, incluyendo el derecho laboral y las protecciones contra la discriminación.²⁹²

Por otra parte, si se atiende a una visión privatizadora de derechos humanos basada en grupos sustanciales de individuos, la idea de justicia a instrumentar es una vinculada a hechos socioeconómicos. Conforme a este punto de vista, quienes se encarguen de velar por derechos humanos deben tomar en cuenta la organización socioeconómica de la sociedad, la cual deriva en importantes y sustantivas diferencias entre la capacidad de acción de los diversos grupos sociales para gozar, disfrutar y exigir la protección de sus derechos humanos. La visión general en este concepto sería que los miembros de grupos sociales en desventaja no necesariamente tienen la capacidad o el poder de negociación suficiente para hacer respetar sus derechos en las condiciones histórico-sociales contemporáneas. *Ergo*, se vuelve necesario que el sistema jurídico ajuste y corrija su posi-

²⁹² Esto no quiere significar que todo conflicto inevitablemente habría de resolverse en favor de la libertad individual.

ción social, su capacidad jurídica de acción y sus habilidades de interacción social frente a otros miembros de la sociedad. El desarrollo del derecho laboral y de la protección contra la discriminación parecen responder claramente a esta visión. Restaurar el equilibrio de poder en favor de los miembros de grupos socialmente en desventaja limita el derecho contractual de sus contrapartes; sin embargo, no se trata de medidas esencialmente anticontractuales, sino diseñadas para mejorar la capacidad de contratación social al incrementar la autonomía de todos los participantes.

En este sentido podemos observar tres fases en el desarrollo de los sistemas jurídicos, constitucionales y de derechos humanos. Primero, la limitación del abuso del poder por el Estado, utilizando los principios del estado de derecho y el respeto a la ley.²⁹³ Segundo, la limitación del abuso del poder por un hegemón político, mediante principios de convivencia democrática. Tercero, la limitación del abuso del poder económico por un protagonista del mercado, mediante principios jurídicos de beneficencia social.

Así, podemos considerar que los particulares se encuentran en posibilidad de violar derechos humanos, no sólo porque los Estados han legislado al efecto —como en el caso de prevención de la discriminación y del derecho laboral—, o porque los tribunales han incorporado estos principios en sus decisiones, sino porque la existencia misma de los derechos humanos —y su posible violación— no es un producto contingente, ni está supeditada a que quien llegue a cometer dicha violación sea una autoridad gubernamental, un representante gubernamental o se trata de una persona rodeada de un aura

²⁹³ Lo que corresponde generalmente a los primeros periodos históricos. Sobre el desarrollo histórico del derecho natural y de los derechos humanos véase LABARDINI, *Orígenes*, y LABARDINI, *Siglos XV-XVII*, ambos *supra* nota 5, Morton HORWITZ, "Natural Law and Natural Rights", en Austin Sarat y Thomas Kearns (editores), *Legal Rights*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan, 1997, pp. 39-52, PECES-BARBA, *et al.*, *supra* nota 57, Micheline Ishay (editor), *The Human Rights Reader*, Routledge, Nueva York, 1997, Richard MCKEON, "Philosophy and History in the Development of Human Rights", en Howard Kiefer y Milton Munitz (editores), *Ethics and Social Justice*, State University of New York Press, Albany, NY, 1968, pp. 300-323, Richard TUCK, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, Kenneth MINOQUE, "The History of the Idea of Human Rights", en Walter LaQueur y Barry Rubin (editores), *The Human Rights Reader*, New American Library, Nueva York, 1977, pp. 3-17, M. P. GOLDING, "The Concept of Rights: An Historical Sketch", en B. Bandman y E. Bandman (editores), *Bioethics and Human Rights*, Little & Brown, Boston, 1978, pp. 44-50.

oficial. Esta tendencia ha sido ajustada para atender las debilidades fácticas en el poder social y la capacidad de negociación social de diversos grupos definibles en razón de sus desventajas sociales, como trabajadores, mujeres, arrendatarios y minorías.²⁹⁴

Introducir los aspectos de derechos humanos que existen en el cúmulo normativo y jurisprudencial (nacional e internacional), a disciplinas del derecho privado podría limitar la autonomía individual en casos en que el ejercicio de dicha autonomía individual pudiera infringir los derechos humanos de otra persona. Una de las funciones principales de los tribunales es la revisión judicial para garantizar que los derechos humanos no sean conculcados por actos del Estado, es decir, por actos de cualquiera de las tres ramas del gobierno: legislativo, ejecutivo y judicial. Pero no se nos debe escapar que al revisar e invalidar acciones y normas de derecho privado, los tribunales nacionales e internacionales de hecho están inyectando conceptos de derechos humanos en las relaciones privadas.²⁹⁵

Como hemos visto, el área de los derechos humanos es una en donde ha habido gran evolución.²⁹⁶ Representan reclamos por un mejor tratamiento, por alcanzar conquistas sociales²⁹⁷ y son estándares en constante cambio; no son estáticos y recurrentemente se adaptan a las cambiantes circunstancias de nuestro mundo.

Los proponentes de ampliar la protección de los derechos humanos a la esfera jurídica privada son persuasivos y arguyen que existe poca justificación para tratar el abuso de poder público en forma diferente al abuso de poder privado. "En nuestros días, los casos más graves y más frecuentes del abuso de libertades civiles tienen lugar en el ejercicio del poder privado. Las ocasiones para una acción estatal discriminatoria son tanto comparativamente pocas como sujetas

²⁹⁴ *Cfr. supra* notas 51-53.

²⁹⁵ Esto obviamente supone que los tribunales tienen competencia y facultades para invalidar acciones que violen derechos humanos, sea expresamente o porque el correspondiente derecho humano se encuentra reflejado en una norma constitucional o en legislación secundaria.

²⁹⁶ Los derechos humanos representan estándares en constante evolución y frecuentemente son reclamos, formulados por quienes se encuentran oprimidos, para obtener un mejor tratamiento. "Human rights are often the claims of the oppressed for better treatment; they represent ever-evolving standards and cannot be treated as static rules". CLAPHAM, *supra* nota 25, p. 2.

²⁹⁷ LABARDINI, *Concepto DDHH*, *supra* nota 9, p. 556.

a procedimientos relativamente formalizados en su ejercicio, lo que contrasta con el poder de un empleador para despedir, la facultad de un arrendador para excluir a una persona con muchas necesidades, o la negativa de un empresario a proporcionar un servicio".²⁹⁸

²⁹⁸ MACDONALD, "Postscript and Prelude-The Jurisprudence of the Charter: Eight Theses", 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 321 (1982), p. 347 [t. a.].

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: LEYES E INICIATIVAS EN MÉXICO

Rubén MINUTTI ZANATTA

*"Bien informados, los hombres son ciudadanos;
mal informados no son sino súbditos"*

Alfred Sauvy

SUMARIO: I. *Panorama general.* II. *Antecedentes.* III. *Leyes vigentes.* IV. *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.* V. *Conclusiones.*

I. PANORAMA GENERAL

Con un atraso de más de medio siglo con relación a diversas democracias occidentales,¹ llega a México en este año de 2002, al desarrollo legislativo que puede dar "acceso" real a un derecho que tiene como objeto el propio "acceso" ... a la información pública.

Después de una larga espera, con la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, los habitantes, nacionales o extranjeros, de este país, contarán

¹ Hay diversos países, tanto europeos como norteamericanos, que cuentan desde hace décadas con leyes específicas al respecto como es el caso de Finlandia (1951), Estados Unidos de América (1966), Dinamarca (1970), Noruega y Suecia (1970), Alemania (1976), Holanda (1978), Francia (1979), y Canadá (1980), siendo digno de mención el hecho de que en este último país primero se legisló a nivel local, es decir, en las provincias, Ontario, por ejemplo.

con la posibilidad de solicitar el acceso a la información que tenga el gobierno federal, para igualar a los habitantes de los estados de Jalisco y Sinaloa, que ya también gozan de la vigencia de sendos ordenamientos sobre la materia.

De la misma forma, Aguascalientes, el Distrito Federal, Durango, el Estado de México, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Nayarit, Querétaro y Sinaloa, esperan que sus legisladores se pongan de acuerdo y aprueben las iniciativas ya presentadas.

En Chiapas, Puebla, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas, ya en voz de sus gobernadores o de sus legisladores, incluso a través de grupos de la sociedad civil, se han mostrado intenciones de trabajar en una iniciativa de ley sobre la materia.

En forma inverosímil, uno de los estados más importantes de la República, el Estado de México, no sólo no tiene intenciones de atender el tema, si no que su gobernador manifestó que no habrá una ley de la materia, pues alega que existen recortes presupuestales y que además este derecho ya se encuentra contemplado en el código administrativo estatal.² Sería interesante saber si la mayoría de los habitantes del Estado (que por cierto incluye una considerable población de extracción indígena) conoce dicho código o su aplicación, incluso si saben qué materia regula dicho ordenamiento o qué es un código. Más aún, sería conveniente saber si existe traducción del Código Administrativo al otomí, para permitir siquiera su lectura a los pobladores que sólo hablan esa lengua.

Aunado a lo anterior, desde el 11 de diciembre de 2000, fue presentada ante el Congreso mexiquense una iniciativa ciudadana de ley sobre acceso a la información.³ Después de un largo silencio, hasta diciembre del 2001, la respuesta de la diputada Clara Soria resulta grotesca, quien menciona que la iniciativa no podía ser discutida, dado que el objeto de la reglamentación era el ejercicio del derecho a la información. “un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con lo que se rebasa el ámbito com-

² DEL COLLADO, Fernando. Reportaje: “Transparencia, pero no para todos”, de la serie Acceso a la Información, en suplemento *Enfoque* del periódico *Reforma*, 7 de julio de 2002.

³ De acuerdo con el artículo 51, fracción V, de la Constitución del Estado Libre y Soberano de México, los “ciudadanos del Estado” tienen el derecho de iniciar leyes y decretos “en los ramos de la administración”. Fuente: versión oficial de la página del gobierno del Estado <http://www.edomex.gob.mx/legistel/LyEFra.asp>.

petencial de la legislatura en el Estado de México”.⁴ En virtud de que el presente trabajo pretende un perfil jurídico y no político, no haremos mayores comentarios al respecto, sólo esperemos que esto no se repita en otras entidades.

II. ANTECEDENTES

Pero el nacimiento de una legislación secundaria en materia de acceso a la información no fue gratuito, fue un parto largo y doloroso para la sociedad mexicana.

Fueron muchos los años que duró el derecho a la información, contemplado desde 1978 en el artículo 6o. constitucional,⁵ sin una ley reglamentaria que precisara su contenido y lo pusiera al alcance de la población, como se intenta ahora con las nuevas leyes. No obstante lo anterior, somos, y hemos sido de la opinión que el derecho siempre existió⁶ y, en tanto se expedía una ley reglamentaria, podía y debía haber ser aplicado en forma directa desde la Constitución, por autoridades jurisdiccionales, administrativas e incluso legislativas, sin que fuera indispensable para su existencia la legislación secundaria. Con la expedición de la ley federal y dos leyes estatales, consideramos que este debate está totalmente superado, como también está superado el debate de si es o no un “derecho social” y por ende no susceptible de ser exigible ante las distintas instancias de autoridad, administrativas y jurisdiccionales.⁷

Aunque también consideramos superada la discusión sobre si se debe o no reglamentar el derecho de acceso a la información pública, es de todos conocidos el lamentable resultado que tuvo el primer intento serio de hacerlo a principios de 1980. No dedicaremos más tiempo tratando de desvirtuar los argumentos de quienes, incluida la

⁴ MARTÍNEZ, Marco Antonio. Reportaje: “El temor a la ley”, de la serie Acceso a la Información, en suplemento *Enfoque* del periódico *Reforma*, 28 de julio de 2002.

⁵ “...el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa, México, 2002.

⁶ MINUTTI ZANATTA, Rubén. *La información como derecho*, tesis profesional para obtener el título de abogado. ELD, México, 1995. en su apartado de Conclusiones.

⁷ *Idem*, Capítulo I, sección 1.2.2.1 “Naturaleza y concepto” (del derecho a la información).

Suprema Corte,⁸ cuestionaron la intención que tuvo el legislador al introducir este derecho en la reforma de 1978 al artículo 6o. constitucional, sin dejar de mencionar que además del texto constitucional existían tratados internacionales, que muchos "olvidaron" pero que ya formaban parte de nuestro sistema positivo y que desarrollaban el multicitado derecho de una manera incuestionable.⁹ Afortunadamente, los criterios han ido cambiando y la propia Suprema Corte de Justicia ha rectificado su visión.¹⁰

Lo dicho anteriormente, así como la existencia hoy de leyes e iniciativas sobre la materia, no obstan para que algún día se precise el derecho de acceso a la información mediante una reforma al texto constitucional; lo cual ahora quizá sea políticamente inoportuno, además de que no resulta indispensable para su reglamentación. Para comparar nuestro texto con otras constituciones, recomiendo consultar la alemana y la española.¹¹ Un buen ejemplo de la necesidad

⁸ Ver Tesis: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo X, agosto, Tesis 2a. I/92, p. 44. Precedentes: Amparo en revisión 10556/83. Ignacio Burgoa Orihuela. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E.

⁹ En 1980 el Ejecutivo federal ratificó varios tratados y convenciones relacionadas con los derechos humanos, cuyo decreto de promulgación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, los días 30 de marzo, 29 de abril, 4, 7 y 12 de mayo de 1981, entre los cuales se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, mismos que sí consagran el derecho a la información como tal. El primero de ellos, en su artículo 19, segundo numeral, establece: "2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". El segundo de los tratados firmados y ratificados por México, citado anteriormente, trata de manera casi idéntica el tema que nos ocupa: "Artículo 13. Libertad de pensamiento y expresión. I. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

¹⁰ Aunque con la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, quedan superados muchos debates y discusiones sobre el tema, vale la pena acudir a la excelente publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, denominada *El derecho a la información*, Serie Debates Pleno, México, SCJN, 2000. La profundidad de algunos de los debates, merecen ser leídos y enriquecen en mucho la comprensión de la naturaleza y alcances de este derecho.

¹¹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (traducción y publicación por el Departamento de Prensa e Información del gobierno federal, en Bonn), 1988, República Federal de Alemania: "Artículo 5. (1) Todos tienen el derecho de expresar y difundir libre-

de tener un texto constitucional claro y completo en materia del derecho que nos ocupa, es que la Ley Federal hoy vigente, por carecer de una base constitucional, tuvo que forzar la naturaleza del órgano creado para la protección de este derecho. En efecto, en los artículos 33 y 37, fracción VIII, encontramos que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en realidad crea una especie de "organismo autónomo", muy parecido a aquellos de naturaleza constitucional. La única diferencia estriba en que este organismo denominado Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, es parte de la administración pública federal. Sin embargo, contrario al esquema del derecho administrativo tradicional, no está sectorizado a ninguna dependencia cabeza de sector. Razón por la cual, dicho Instituto elaborará, sin ninguna intervención ni aprobación externa, su presupuesto, y lo enviará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para que ésta "lo integre" al Presupuesto de Egresos de la Federación.

No obstante la adversidad, los grandes impulsores del derecho de acceso a la información nunca cejaron en su intento por desarrollarlo y darle vida. Afortunadamente, sus esfuerzos están rindiendo frutos a pesar de luchar contra un ambiente adverso durante más de 20 años. Vale la pena recordar los trabajos y aportaciones de personajes de la talla del ministro Guillermo Guzmán Orozco, Héctor Fix-Zamudio, Javier Solana,¹² Sergio López Ayllón,¹³ José de Jesús Castellanos

mente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No se ejercerá censura. (2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud, y el derecho del honor personal"; y Constitución Española 29/12/1978, versión extraída de la página <http://alcazaba.unex.es/constitucion> Responsable: Antonio Muñoz Cañabate, Universidad de Extremadura, España: "Artículo 20: 1. Se reconocen y protegen los derechos: a)....; b)....; c)....; d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa".

¹² Pocas personas se entregaron en favor del derecho de acceso a la información con la intensidad con que lo hizo Javier SOLANA. Para mayor información consultar RODRÍGUEZ CASTAÑEDA, Rafael, *Proceso*, núm. 256, 28 de septiembre de 1981, "Anteproyecto de ley que propone control, formas y metas de la comunicación", fuentes que constituyen casi los únicos testimonios sobre su labor.

¹³ Todavía al día de hoy, la obra pionera de LÓPEZ AYLLÓN resulta consulta obligada: LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *El derecho a la información*, prólogo de Jorge Carpizo, 1984, Miguel Ángel Porrúa, México.

López,¹⁴ Javier Corral Jurado, Eduardo Romero Ramos, Ernesto Villanueva, Jorge Islas, Miguel Carbonel; sólo por mencionar a algunos de los principales precursores.

Pero este fenómeno de apertura no sólo se dio a nivel federal, sino que se repitió en los estados arriba mencionados. Es decir, también el federalismo se ha abierto paso en este tema tan importante. Además, aunque en las leyes de las entidades mencionadas se ha precisado que lo que se regula es la información en el ámbito local, no se puede negar que éste es un caso que tangencialmente nos podría remitir a considerar el controvertido tema de las facultades concurrentes, figura que tiene críticos y defensores, pero que indudablemente obedece a una necesidad de hecho, es decir, ¿qué hacer ante la omisión legislativa de la federación en materias de vital importancia para el desarrollo de las entidades federativas?, ¿están éstas últimas condenadas a esperar la decisión federal de actuar?, ¿decisión que puede no llegar nunca? Pero éste no es el tema del presente trabajo.¹⁵

Afortunadamente se dio el primer paso con la Ley de Transparencia de Información Pública del Estado de Jalisco (20/12/01), la Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa (Decreto núm. 84 del 25/04/02) y la Ley Federal de Transparencia e Información Pública Gubernamental, (DOF 11/06/02). Esperamos sinceramente que al momento de su publicación, el presente artículo ya se encuentre superado y desactualizado, es decir, que ya se hayan aprobado más leyes sobre acceso a la información en más entidades federativas.

Sucesos como éste confirman que existe voluntad política, tanto del gobierno federal como de los gobiernos locales, para apoyar el desarrollo de una faceta tan importante en toda sociedad como es este derecho.

¹⁴ En 1988, la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, en una labor pionera, dedicó toda una sección al derecho de acceso a la información: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 12, núm. 12, 1988, México, Sección Monográfica: "El derecho a la información". 1) CASTELLANOS LÓPEZ, José de Jesús, "Evolución jurídica del derecho a la información en México". 2) DÁVALOS HENRÍQUEZ, Héctor, "Reflexiones sobre el derecho a la información en América Latina". 3) DESANTES GUANTER, José María, "El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos".

¹⁵ Para profundizar en el tema, resulta obligado consultar al maestro Elisur ARTEAGA NAVA, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1999, p. 392.

III. LEYES VIGENTES

Como se apuntó, existen tres leyes promulgadas y publicadas en materia de acceso a la información. Todas ellas tienen un gran mérito y a la vez, cada una de ellas es perfectible. Aunque la ley federal, por su solo ámbito reviste una relevancia distinta a las otras dos, no por ello éstas son menos importantes, ni pierden su calidad de pioneras en la esfera local. Incluso ambas, la de Jalisco y la de Sinaloa, precedieron a la federal.

Toda ley será siempre criticada, pues es más fácil destruir que construir, sobre todo por quienes nunca han participado en un proceso parlamentario de creación. En una materia jamás legislada en nuestro país, es de entenderse que su primera regulación no será perfecta. Se ha criticado a la ley de Jalisco por ser muy breve y por ende incompleta. La verdad es que es más difícil hacer leyes cortas y concisas, que extensas e incomprensibles. Si bien la ley de Jalisco es perfectible, tiene el gran honor de ser la primera en el país y tener aspectos muy positivos. Aunque la ley de Sinaloa ha sido menos criticada, también es perfectible y también tiene grandes méritos. Nos reservamos su estudio en detalle para un posterior trabajo.

Ante la imposibilidad, inconveniencia e impracticidad de analizar cada ley, cada iniciativa y cada artículo de las mismas, la metodología que seguimos en este trabajo es tomar como marco a la Ley Federal de Transparencia e Información Pública Gubernamental (en lo sucesivo "la ley", "la ley federal" o "la LFT") y analizarla en forma breve y concisa por rubros generales, resaltando sus aportaciones y facetas más significativas, así como sus deficiencias, haciendo algún comentario o comparación con las leyes de acceso a la información pública de Jalisco (en lo sucesivo "Jalisco"), Sinaloa (en lo sucesivo "Sinaloa") y/o algunas de las iniciativas existentes. Los artículos que se mencionen sin mayor aclaración se entenderán como pertenecientes a la LFT. Cuando se cite algún precepto de las leyes de Jalisco o Sinaloa, irán precedidos de una J o una S, respectivamente. Algunos de los criterios que tomamos en cuenta en nuestro análisis son:

1. Principios rectores.
2. Precisión en terminología y conceptos.
3. Precisión del objeto y sujetos pasivos y activos.

4. Viabilidad en el acceso.
5. Difusión permanente de información básica, criterios y actualización.
6. Criterios de clasificación para reservar información.
7. Acceso, corrección y protección a información personal.
8. Órganos de aplicación y supervisión.
9. Procedimientos y tiempos de respuesta.
10. Viabilidad en la ejecución y cumplimiento.
11. Recursos y plazos.
12. Sanciones a obligados y a solicitantes.

IV. LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL

1. La ley federal sí establece en forma expresa el principio rector de interpretación que deberá regir para su aplicación: *toda la información gubernamental es pública, con excepción de la reservada en términos de esta ley*, y los sujetos obligados deberán proporcionarla a los solicitantes (arts. 2, 6 y 7). Estos principios de publicidad y obligatoriedad son en realidad los principios torales de todo ordenamiento sobre acceso a la información. Se unen a ellos el principio de reserva de la información cuya difusión implique mayores perjuicios que su apertura y el principio de gratuidad del servicio, con excepciones expresas en ley y los costos materiales que se impliquen (art. 27). Jalisco y Sinaloa también los contemplan (J arts. 1, 2, 5 y 15; S arts. 2, 4 y 28).

2. El primer paso para lograr una buena legislación es utilizar la terminología precisa en materia jurídica. Palabras como las que utiliza la propia Constitución Política en el derecho que nos ocupa se pueden prestar a significados muy diversos, esto puede provocar confusión y por tanto problemas en su aplicación. Un ejemplo muy claro es el propio artículo 6o. constitucional, cuando utiliza la palabra "garantizar",¹⁶ vocablo que ha dado lugar a distintas interpretaciones, en ocasiones contrapuestas entre sí. Incluso se llega a dudar que

¹⁶ "...el derecho a la información será garantizado por el Estado". Artículo 6o., cfr. Constitución Política, op. cit., nota 5.

el propio reformador en 1978 haya tenido una idea clara de lo que quiso significar.¹⁷

La LFT cuenta con una terminología que puede considerarse precisa, aunque quizá abusa de las enumeraciones, que siempre pueden resultar insuficientes. Las definiciones y referencias a las figuras básicas como el objeto de la ley y los sujetos pasivo y activo resultan lo suficientemente claras (arts. 1 y 3). Por ejemplo, la ley denomina técnicamente "sujetos obligados" a las autoridades que tendrán que responder a las solicitudes de información.

En este rubro las tres leyes vigentes podrían mejorar en algunos aspectos. En toda legislación secundaria debe utilizarse, e incluso definirse brevemente, la terminología que tenga una connotación jurídica precisa. Deben aprovecharse vocablos con un contenido que ya se encuentre claramente precisado y no deje lugar a dudas o interpretaciones ambiguas, ya sea gramaticalmente en el español mexicano o jurídicamente en nuestro sistema en particular, ya sea en las leyes o en la jurisprudencia. Es el caso de las palabras "datos", "acceso", "pública", "sanción" o bien aquellas que han adquirido, o están adquiriendo, un significado jurídico indiscutible como las figuras de "persona", "posesión", "autoridad", "afirmativa o negativa ficta", "destitución", "inhabilitación", entre otras. Recordemos que el lenguaje, incluso el jurídico, es una cosa viva, que se transforma y actualiza. Impulsemos un lenguaje moderno, con contenidos progresistas. Así se aprovecharán los avances logrados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, en instituciones que con muchos esfuerzos han alcanzado una solidez importante.

En este rubro de la precisión terminológica habría que tomar en cuenta la iniciativa de Ley de Acceso a la Información Pública para el Distrito Federal, presentada por el diputado José Luis Buendía Hegewisch ante la Asamblea Legislativa, ya que consideramos tiene mucho que aportar, y para muestra transcribimos la forma en que define tres términos:

- *Autoridad.* Cualquier instancia del poder público que forme parte del gobierno del Distrito Federal.

¹⁷ Cfr. MINUTTI ZANATTA, op. cit., nota 6, en su capítulo II. También ver Exposición de motivos al proyecto de reformas a la Constitución, reforma política, tomo III, 1978, CFE, México.

- *Gobierno*. El gobierno del Distrito Federal en cualquiera de sus funciones: ejecutivo, legislativo, judicial y demás órganos, organismos autónomos o instancias de autoridad.
- *Información pública*. Aquella información que detenta o produce, directa o indirectamente: a) la autoridad; b) los particulares que reciben cualquier tipo de apoyo de la autoridad para la realización de sus actividades; c) los concesionarios o prestadores de un servicio público; y los particulares considerados entes de interés público.

Con esto, no queda fuera ninguna instancia que formal o materialmente tenga o pueda tener, de acuerdo con interpretaciones modernas, el carácter de autoridad.

3. En cuanto al objeto de la ley, en su artículo 1o. establece que la misma: "...Tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal". Quizá la terminología que utilizan Jalisco y Sinaloa es más afortunada en sus vocablos, ya que hablan de garantizar (S art. 1o.) y asegurar (J art. 1o.) el *derecho* de acceso, y no el acceso mismo, como lo establece la ley federal.

En cuanto al sujeto activo del derecho está perfectamente identificado en la ley: "toda persona" (art. 1o.). Esto es, física o moral, nacional o extranjera. Las únicas limitaciones quizá podrían ser aquellas derivadas de la falta de plenitud física, mental o legal en el uso y ejercicio de los derechos civiles y/o políticos inherentes al individuo. Lo mismo hacen Jalisco (art. 1) y Sinaloa (art. 2). Estamos totalmente de acuerdo con la amplitud del término.

En cuanto al sujeto pasivo, la ley cubre a todas las instancias del gobierno federal, tanto dentro los poderes de la unión como fuera de ellos (art. 2, frac. XIV). Sin embargo, consideramos que resulta más progresista utilizar una figura más amplia, como lo hace Jalisco al hablar de "todas las autoridades" y la iniciativa en la Asamblea Legislativa del D. F., al referirse al término "autoridad" y además precisarlo con una definición como se señaló anteriormente. La razón de ello es que el contenido de este vocablo ha sido, es y seguirá siendo objeto de cambio y enriquecimiento en su contenido. Con ello no

sólo se lograría claridad y congruencia al incluir a cualquier instancia que se encuentre investida con ese carácter, sino que también se aprovecharía la evolución y los esfuerzos que su concepto ha logrado en la doctrina y en la jurisprudencia (mucho más en la primera de ellas), principalmente en materia de lo que debe entenderse por autoridad para efectos del amparo.¹⁸ Un ejemplo muy claro lo tenemos en otros países en donde los partidos políticos son considerados autoridad para dichos efectos. Es decir, cuando estamos frente a factores reales de poder, que pueden afectar la esfera de derechos de los particulares tanto o más que una autoridad formal, ya sea por disponer de la fuerza física, jurídica, o económica, entre otras, es viable ofrecer los mismos medios de defensa que el derecho ha creado para equilibrar una relación desigual.

Sinaloa, por su parte habla de "entidades públicas", lo cual ciertamente acota su extensión (S art. 4, párr. 1). Sin embargo, en un enunciado interesante, expresamente obliga a los partidos políticos y organizaciones políticas con registro oficial (*sic*) a rendir información "respecto a los recursos públicos recibidos del Estado y los municipios" (S art. 4, párr. 2).

4. En cuanto a la viabilidad en el acceso por parte de la población, la red de atención que establece la ley llegará hasta donde sean capaces de llegar las extensiones de los tres poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos y demás entidades que resulten obligadas. Esto se lograría a través de la figura de la "unidad de enlace" en el caso del Poder Ejecutivo Federal, y mediante figuras similares en el caso del resto de los sujetos obligados (arts. 28, 29, 30 y 61). La obligación que impone la ley a las autoridades de crear las unidades de enlace, dentro de su propia estructura,¹⁹ es práctica y deberá ser suficiente para que así se haga. Esto implica que podrá

¹⁸ Para más información sobre el concepto de autoridad resulta indispensable consultar al Dr. Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA en *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Así como al hoy Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David GÓNGORA PIMENTEL en *Introducción al juicio de amparo*, 1992, Porrúa, 4a. ed. (ampliada), México.

¹⁹ "...La conformación de las estructuras a que se refiere esta disposición (*se refiere a las unidades de enlace y Comités*) deberá hacerse con los recursos humanos, materiales y presupuestarios asignados, por lo que no deberán implicar erogaciones adicionales". Artículo Tercero Transitorio.

cubrirse en su gran mayoría el territorio nacional y estará al alcance de los solicitantes donde quiera que éstos habiten. También Jalisco y Sinaloa se sirven de la infraestructura actual de sus gobiernos (J art. 10 y S art. 7), para crear oficinas receptoras y procesadores de las solicitudes de información pública.

5. Los criterios de difusión y actualización de la información que podríamos llamar "básica" o "mínima", también quedan establecidos en forma contundente en la ley (arts. 7 al 12). La enumeración de la información que los sujetos obligados deberán difundir, independientemente de que sea solicitada o no, es amplia y completa. Jalisco y Sinaloa también presentan catálogos exhaustivos a este respecto.

En cumplimiento de las leyes, se debe establecer un mecanismo que permita acreditar y dar seguridad a quien accede al sitio de internet, que la información es completa y se encuentra actualizada, lo que deberá ser desde luego obligación de la autoridad. Esto, lejos de representar una carga para la autoridad, deberá ser su principal medio para fomentar la transparencia y con ello combatir la corrupción. Por supuesto, esto no es nada nuevo y ya sucede en diversas entidades federativas por iniciativa propia de los gobiernos.

6. Consideramos que los criterios de clasificación establecidos por la LFT para reservar información son los mínimos indispensables y resultan justos, pues pretenden equilibrar los distintos valores protegidos (arts. 13 al 19). El derecho de acceso a la información también tiene que ceder a valores de mayor rango y éstos generalmente son identificables. El problema surgirá para la autoridad cuando la frontera entre lo reservable y lo accesible no sea clara. Previendo esta situación la ley establece un recurso para impugnar la reserva (art. 49), además de que ofrece la posibilidad de que dentro de un mismo documento (o unidad de datos), se pueda reservar sólo parte de él y acceder el resto. Asimismo, toda reserva tendrá forzosamente un plazo, en ningún caso mayor a doce años, el cual, desde nuestro punto de vista resulta excesivo. Jalisco y Sinaloa obedecen a criterios parecidos (J art. 8 y S arts. 19 al 25).

Debe tomarse en cuenta que las autoridades en México, salvo en cuestiones de seguridad, tanto a nivel local como federal, no se encuentran en la misma situación de otros países que son potencias militares o económicas, y que por lo tanto no se enfrenta en un grado

mayor el problema de la confidencialidad en grandes áreas de la administración. En resumen, la reserva debe ser la excepción.

La gran prueba de este aspecto de la legislación será la experiencia diaria y la capacidad de la autoridad para seguir los criterios establecidos por la ley.

7. La ley otorga la posibilidad al particular de acceder y corregir información personal que sobre él tenga la autoridad, así como de ésta última de protegerla (arts. 20 al 25). Esto deriva de lo que la doctrina ha desarrollado y denominado como *habeas data*. Además, ante la negativa de la autoridad, la ley prevé el correspondiente recurso (art. 26). También Jalisco y Sinaloa contemplan esta figura (J art. 4 y S arts. 33 y ss.). Sin la protección a este derecho la ley estaría incompleta.

8. Los órganos de aplicación y supervisión de la ley, además de los sujetos obligados a través de las Unidades de Enlace y los Comités de Información, serán el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) y los órganos que establezcan los sujetos obligados distintos al Ejecutivo Federal (arts. 33 al 39 y 61). Las unidades de enlace surgen de la propia estructura de los sujetos obligados, al igual que los comités (arts. 28 y 29). En cuanto a su naturaleza, el Instituto "es un órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades" (art. 33). Como ya lo mencionamos, es muy similar a un órgano constitucional autónomo. Sin embargo, es parte de la administración pública federal sin estar sectorizado y cuenta, entre otras, con facultades materialmente jurisdiccionales (arts. 37 al 39).

Pero el punto medular es su integración: cinco comisionados nombrados por el Presidente de la República y objetables por la mayoría del Senado o la Comisión Permanente (art. 34).

Por su parte, Jalisco no crea ningún órgano *ad hoc* para la protección del derecho en cuestión, sino que la confía a la propia estructura administrativa (arts. 10 y 18). Contrariamente, Sinaloa sí crea un órgano que, al igual que el IFAIP, tiene una composición ciudadana y coparticipación de dos poderes: el Congreso elige a tres comisionados a propuesta del Ejecutivo (art. 37) y se denomina Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública (CEAIP).

Éste es quizá uno de los rubros más importantes en esta nueva legislación sobre el derecho de acceso a la información y cuyo desarrollo es el más impredecible. A decir verdad, consideramos que nadie tiene la respuesta correcta garantizada. Fruto de la desconfianza social acumulada durante décadas y el éxito obtenido en figuras ciudadanas como el Instituto Federal Electoral, en los últimos años se planteó la creación o consolidación de órganos "autónomos" como la solución a todos los males.²⁰

Sin tener una opinión definida al respecto, quisiera poner en la mesa el tema del debate que existe sobre cuál sería el ideal de "institución responsable" para aplicar una ley sobre el derecho a la información. Existen dos opciones que, como vemos, se plantean en los distintos ordenamientos e iniciativas: 1) fortalecer alguna dependencia o instancia existente dentro de la estructura de gobierno, o 2) crear un órgano autónomo. Aunque cabe mencionar que la iniciativa en el D. F., ofrece una tercera opción: un órgano colegiado denominado Consejo de Información del D. F., de composición mixta, es decir, ciudadanos y servidores públicos. Esta figura puede tener diversos atractivos, como puede ser el presupuestal, pues incluye a servidores públicos que ya tienen un sueldo. Además, al otorgarle mayoría de votos a los ciudadanos, no se deja el control a la autoridad, pero sí se le incluye, para no privar al Consejo de la voz y experiencia de quien tiene la información y quizá conozca la problemática con mayor profundidad.

Como apuntamos anteriormente, la creación de nuevos órganos, además de los eternos impedimentos presupuestales, no ha estado exenta de problemas técnicos, y un ejemplo ya lo vimos en el propio IFAIP, cuya naturaleza jurídica no es precisa. Pero quizá uno de los casos más significativos en la problemática de querer resolver la falta de credibilidad con la creación de nuevos órganos, es el de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que en una paradoja jurídica es un "organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios..." (art. 2 de la LCDHDF),²¹ que

²⁰ Sobre este tema, sugerimos consultar el excelente trabajo de CABALLERO OCHOA, José Luis, "Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes", *Jurídica 20 - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2000.

²¹ DOF del 22 de junio de 1993.

no está sectorizado a ninguna entidad de la administración pública local; ya que al mismo tiempo el artículo 6 establece que la "Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de su autonomía, no recibirá instrucciones o indicaciones de autoridad o servidor público alguno". Por lo que tenemos un órgano "¡descentralizado-autónomo!"

9. El procedimiento para solicitar la información puede decirse que es viable y expedito (no más de 20 días hábiles), puede hacerse en formato o escrito libre y no se requiere acreditar interés jurídico (art. 40). Cabe destacar que se implica al sujeto obligado en una *afirmativa ficta* en caso de no responder en un plazo de 10 días hábiles, caso en el que tendría que proporcionar la información y además cubrir los costos (art. 53). La ley obliga a la autoridad a orientar al solicitante, a prevenirlo sobre cualquier faltante antes de desechar su solicitud y remitirlo a la oficina competente en caso de error. Las dos leyes estatales siguen lineamientos, procedimientos y plazos similares (J arts. 10 y ss., S arts. 26 y ss.). Aunque lo infiere, la ley federal no es tan precisa como quisiéramos en cuanto a uno de los aspectos que consideramos más importantes, que es el acuse de recibo que el solicitante conserva y que hace prueba plena del acto de solicitud, y lo deja al reglamento. En cambio, la ley de Jalisco es la más clara y específica que la LFT, ya que dedica un artículo *ex professo* para ordenar que "toda solicitud debe sellarse de recibido en original y copia, debiendo entregar esta última al peticionario" (J art. 12). Esto que parece una obviedad, es uno de los rasgos más finos de esta ley, pues será el único elemento con que cuente el solicitante para hacer valer su derecho en caso de incumplimiento por parte de la autoridad.

10. El legislador plasma en la ley una muestra de sentido común y reconoce que a lo imposible nadie está obligado, y sólo obliga a las "dependencias y entidades" (por alguna razón desconocida aquí no utiliza el término "sujetos obligados") a "entregar los documentos (*sic*) que se encuentren en sus archivos" (art. 42). Quizá aquí habría que aclarar que se percibe cierta incongruencia, ya que en el artículo 3o., fracción V, se define "información", como aquella contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título". Es decir, mucha de esta información puede o no encontrarse "en los archivos" de los "sujetos obligados", entonces ... ¿están obligados a proporcionarla o no?

Ambas leyes estatales reconocen a la autoridad el mismo derecho y muestran conciencia de que la autoridad no puede proporcionar lo inexistente, lo que no posea o lo que no pueda tener a su alcance (J arts. 3 y 16, S art. 8).

11. En cuanto a la vía de impugnación, la ley contempla el recurso de revisión ante el IFAIP (art. 49), en un procedimiento que, dentro de lo que cabe, también podría considerarse expedito, ya que en ningún caso podrán transcurrir más de 50 días hábiles sin contar con una resolución definitiva (arts. 50 al 59). Sin embargo, si el Instituto no resuelve en el plazo de ley, la resolución que se recurrió se entenderá confirmada, es decir, aquí plantea una *negativa ficta* a la procedencia de la impugnación (art. 56). Además, la ley obliga al Instituto a subsanar las deficiencias de los recursos, figura conocida como suplencia de la queja, lo cual constituye en nuestra opinión uno de los grandes aciertos de este ordenamiento. Jalisco contempla igualmente un recurso de revisión, optativo ante el superior jerárquico del servidor emisor del acto impugnado o ante el Tribunal de lo Administrativo (J arts. 18 al 24). Por su parte, Sinaloa prevé dos recursos: el de inconformidad ante el titular de la entidad pública que negó la información y el de revisión, ante la CEAIP (arts. 44 al 56). En ambas leyes los plazos son igualmente razonables.

Dentro del ámbito del derecho procesal, en teoría la figura del recurso administrativo surge para intentar resolver una controversia en un plazo breve y evitar el proceso judicial. Sabemos que la cultura del recurso administrativo ha degenerado en la desconfianza producida por la casi inevitable confirmación del acto impugnado. De ahí que surge la duda sobre si seguir creando recursos administrativos, o mejor fortalecer a los órganos jurisdiccionales con mayor infraestructura y procedimientos sumarios. La solución que adopta Jalisco es muy afortunada, pues crea un ambiente de sana competencia entre las instancias optativas y la experiencia dirá cuál es más eficiente.

12. De manera afortunada la ley contempla un castigo para el incumplimiento y además describe algunas conductas violatorias desde el punto de vista administrativo. Para las sanciones remite a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Con buena técnica legislativa, deja a salvo cualquier implicación de carácter civil o penal (arts. 63 y 64). Las leyes estatales también contemplan sanciones. Jalisco remite a la legislación apli-

cable y Sinaloa se extiende más con la descripción de algunas conductas violatorias, aunque también remite a la ley local de responsabilidades. Cabe mencionar que tanto la LFT como las leyes estatales omiten establecer sanciones para los solicitantes que hagan mal uso de su derecho, supuesto que sí contempla la iniciativa en el Distrito Federal.

Finalmente, cabe mencionar que aunque la entrada en vigor de la LFT se da al día siguiente de la publicación, es decir, al 12 de junio, se otorga, ya sea un plazo de seis meses o de un año, según los diversos supuestos, a los sujetos obligados para cumplir con las distintas obligaciones derivadas de la ley. Desde nuestro punto de vista, un año es insuficiente para instrumentar la infraestructura requerida que permita cumplir con las obligaciones que establece la ley. La ley de Jalisco únicamente otorga 120 días, tanto para cumplir con la ley como para su entrada en vigor. La de Sinaloa entra en vigor al día siguiente de su publicación y otorga un año como plazo máximo para la implementación y actualización que implica su obligatoriedad.

V. CONCLUSIONES

1. La primera y principal conclusión es que la sola existencia de las leyes e iniciativas analizadas, es ya un gran paso en el desarrollo jurídico y democrático de México. Aunado a ello, las leyes hasta ahora aprobadas son, en términos generales, ordenamientos propositivos y completos. Sobra decir que el acceso a la información deberá ser la regla general y que la autoridad que aplique la ley deberá ceñirse a dicho principio. Esperemos que las leyes que se aprueben y los reglamentos que se expidan sean congruentes con los principios rectores.
2. Se debe considerar como algo entendible la existencia de reservas o impedimentos al acceso a la información, sin embargo, éstos siempre deberán ser excepciones a la regla.
3. El punto más importante de este trabajo es insistir en que las leyes y sus ejecutores sólo cumplirán su cometido si logran que el derecho a la información esté realmente al alcance del solicitante. No podemos permitir que la telaraña jurídica burocratice a tal grado el proceso de acceso a la información que lo haga nugatorio, como sucede comúnmente con otros derechos (tenemos en el acceso a la justicia el mejor ejemplo, que a vez tiene como su mejor ejemplo de inaccesibilidad el complejo y caro juicio de amparo). Debemos

de aprender de otros países, como Canadá, en los que el trámite se ha simplificado de una manera asombrosa, mediante formatos preelaborados, perfectamente claros y al alcance de cualquier persona. Incluso se han elaborado manuales sencillos de entender para el ejercicio del derecho de acceso a la información.²²

4. En nuestra época y en nuestro país no se puede concebir un mecanismo práctico y eficaz sin la infraestructura electrónica respectiva. Inevitablemente, dentro de las posibilidades presupuestales, se tendrá que poner al servicio del solicitante computadoras con los bancos de datos y el servicio de internet.

5. Sin afanes conformistas o de justificar a la autoridad, siempre es importante ponerse en su lugar antes de juzgarla. En la regulación de una materia como el derecho a la información, se deberá ser especialmente cuidadoso en establecer instituciones y procedimientos viables. A lo imposible nadie está obligado. Tenemos que alcanzar un justo medio entre lo que la autoridad debe hacer y lo que puede hacer. Si permitimos el "bombardeo" indiscriminado de solicitudes, corremos el riesgo de saturar a cualquier oficina y hacer nugatorio el derecho por sobrecarga de trabajo.

6. El punto anterior está intrínsecamente relacionado con uno de los aspectos fundamentales de una reglamentación efectiva del derecho en cuestión, que es el interés que deberá acreditar el solicitante. El gran acierto, y el gran reto a la vez, de las leyes vigentes está en abrir el derecho de solicitar o acceder a la información a todo el público, sin exigir como regla general un interés jurídico, y a la vez poder responder a la demanda de información que se produzca con ello.

7. Finalmente, el gran logro de la autoridad en materia de derecho a la información, se medirá en términos de la credibilidad que logre. Ésta es la quintaesencia de la intervención que tendrán los distintos niveles de gobierno, para desarrollar en la sociedad mexicana el derecho a la información. Más concretamente, el éxito de la ley estará en su correcta aplicación. La desconfianza de la sociedad se tendrá que romper con golpes de eficacia, eficiencia y honestidad por parte de la autoridad en el cumplimiento de las leyes de acceso a la información.

²² Access to Information Act, 1980 (texto vigente); JANISCH H. N., "The Canadian Access to Information Act", Public Law, Winter 1982, Londres, p. 539.

JUSTICIA. PHYSIS Y NOMOS. EL DILEMA JURISDICCIONAL

Bonifacio PADILLA GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Justicia abstracta*. II. *Justicia concreta*. 1. *La ley como realización y negación de la justicia*. 2. *Legalidad, legitimación y legitimidad*. 3. *Justicia concreta*.

I. JUSTICIA ABSTRACTA

Querer definir la justicia sería tan pretencioso como querer definir a Dios. Y de Dios, dijo Maimónides, es más exacto llegar a su concepto diciendo lo que no es que lo que es. Quizá de la justicia resulte lo mismo. Es más accesible su idea por lo que de hecho vemos que no es, que por un concepto afirmativo abstracto. *La justicia, como tal, es una idealidad*. Como idealidad es real en la medida en que se realiza la *apetencia humana* de dar y recibir aquello que a la persona le corresponde. Como idealidad es una falsedad en la medida en que no se satisface plenamente esta apetencia. Además, toda apetencia, aun satisfecha, genera nuevas insatisfacciones. Alguien dijo que el hombre más que ser un animal de necesidades es un animal de deseos. La justicia es una apetencia, es un deseo y como deseo es un deseo siempre insatisfecho. Por eso —irrespetuosamente interpretado quizá de mi parte— tiene sentido en lo literal la Bienaventuranza que refiere al hambre y sed de justicia, pues hambre y sed son deseos, apetencias naturales indefectiblemente renovadas. Siempre existirá la sensación de la injusticia, es más, siempre existirá en este mundo injusticia que debe ser erradicada. La injusticia es esencialmente desorden, apropiamiento de espacios que no corresponden, ambición por el

dominio y el sojuzgamiento del otro, desbordamiento de las leyes o de las exigencias de la naturaleza. El desorden es el pecado original metido en el alma de las cosas. Sin que tal afirmación implique que tal deficiencia esencial no deba ser “redimida” continuamente, en una ascesis permanente como “voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo”.

La ley, cuando es injusta, es instrumento eficaz de sojuzgamiento, de desorden, de injusticia. También el juzgador, incluso frente a una ley justa, puede ser eficaz instrumento de injusticia por la indebida aplicación de aquella o por la distorsión, consciente o inconsciente, que haga de la misma. Y el riesgo de cometer mayor injusticia se da cuando el juzgador tiene mayor jerarquía decisoria. El juez no sólo tiene una facultad, sino fundamentalmente tiene una responsabilidad. Cuando más autónoma es su facultad de decidir, es decir, cuando por los diversos niveles revisores se tiene mayor libertad o ausencia de controles superiores, mayor es su libertad pero mayor es su responsabilidad. Por ello cuando la facultad decisoria se corrompe, por cualquier causa (dinero, influencias, posicionamientos de grupos o individuales, e incluso por la simple satisfacción del “poder de la firma” ...), la corrupción es más reprobable a medida que tal facultad jurisdiccional es superior. Por eso el viejo —pero no por ello necio— Aristóteles afirmó que “la corrupción de lo mejor es la peor de las corrupciones”.

De las definiciones de justicia, la clásica de Ulpiano sintetiza o resuelve o pretende resolver especulativamente el contenido de la justicia: “*Constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*”, “la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde”. Pero ¿qué es lo que le corresponde? Aquello que es conforme a su naturaleza. ¿Quién define aquello que es conforme a la naturaleza? *La razón que descubre la naturaleza de las cosas.*

Norberto Bobbio radicaliza su análisis de la justicia y hace el reclamo de que la justicia se sustente precisamente en el respeto a “la naturaleza de las cosas”, y expresa un *doble contenido de “naturaleza de las cosas”*:

1. *Iusnaturalista*: es el respeto a lo que las cosas son desde el punto de vista de una racionalidad que mira los aspectos trascendentes del ser. Lo que más adelante se denominará “physis”.

2. *Positivista* o lo que clasificaremos como “nomos”: es el respeto a la naturaleza de las instituciones jurídicas, el análisis de la sistemática jurídica y sus orientaciones ideológicas concretas, históricas.

Aquí puede abrirse una interrogante para el juzgador, para el que tiene el deber de aplicar la ley y de “hacer justicia”: También implica una toma de posición de mi parte. El juez ¿es un filósofo del derecho o es un aplicador de la razón del derecho contenido en la norma misma, lo que teóricamente denominamos “*ratio legis*”? En este segundo aspecto no lo reduzco a ser un mero y autómatas recitador de preceptos bajo el simple etiquetado de que los mismos son “aplicables al caso”, ajeno al razonamiento jurídico. Parto, además, de un principio consistente en que toda norma positiva tiene un sustrato de racionalidad o de ética racional que debe ser visualizado y aplicado.

El juzgador no es un “iluminado” ni un “profeta” ni un “apóstol de la justicia”, ni tiene frente a sí un código moral emanado de su propia conciencia, pues lo único que tiene frente a sí es un hecho concreto frente a una norma concreta, dada, a veces ya definitivamente interpretada, a veces no. El juzgador no puede hacer justicia fuera de la ley, pues está constreñido por ella, aplica la “razón de la ley”, no la “razón de la propia conciencia”.

El juez interpreta y *aplica normas jurídicas* no normas éticas, pero debe aplicar *éticamente (ética de la racionalidad)* las normas jurídicas, dando la razón a quien la tiene, en un ejercicio prudente de su facultad y deber de *interpretar* y aplicar la ley, siendo la interpretación jurídica *igual a razonamiento jurídico, ajeno al dogmatismo jurisdiccional* tan útil para encubrir incapacidades intelectuales o morales.

En nuestro sistema jurídico, para bien o para mal, no se aplica el sistema anglosajón llamado del “realismo jurídico”, en donde “la creatividad judicial es un rasgo esencial de los tribunales en su actuación cotidiana”.¹ Corresponde al legislador el crear leyes que respondan a la realidad social a la que van dirigidas, permitiendo de este modo al juez encontrar en las mismas la solución más aceptable

¹ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996.

a los casos que se le presenten, de tal modo que pueda realizarse la justicia con fundamento en la ley.

Aristóteles que veía en la ley la encarnación de la justicia, decía que “la ley es la razón desprovista de pasión”. Pero la razón pura no existe. La justicia pura no es de este mundo.

Parece que las ideas resuelven la vida. Pero es la vida la que trae en trasiego a las ideas. Tales aporías de las ideas están hermosamente expresadas en la *Antígona* de Sófocles. Ahí la “ley inmanente”, la ley que encarna la justicia, es expresada como “*physis*”, como “naturaleza”, como “la justicia de los dioses subterráneos”, como aquello que se impone a la voluntad del gobernante o determinante de la norma jurídica misma a la que se denomina “*nomos*”, derecho positivo producto de la voluntad de quien detenta el poder. “*Nomos*” es el hecho jurídico que se impone como tal.

Por eso Ismene expresa frente al decreto injusto de Creonte que la desautoriza a sepultar a su hermano: “*Si tales son los hechos, quién soy yo para mudarlos, lo mismo si me someto que si me insubordinado*”. La persona es ajena al contenido de la norma, prevalece la norma, así no sea conforme a la naturaleza de las cosas. Ya formula, en otros términos, lo que Hobbes expresará: “*No hay ley justa o injusta por naturaleza, sino sólo en virtud de la voluntad del gobernante*”.

No obstante, este hecho positivo, esta norma concreta que se impone, es exigencia racional que la misma se sujete al ideal ordenador de justicia, con vista al bien común, como lo reconoce el propio Creonte: “*Nadie de un hombre puede conocer anticipadamente si es capaz de gobernar o no. ¿Quién su alma conoce? ¿Quién de su interior juzga? Hay que ver cómo reina, cómo imparte la justicia. Para mí aquel que rige un pueblo, con mordaza a la lengua, imponiendo el temor desbordado, es el peor de los gobernantes. Traidor fue, traidor es. Pero tampoco el otro, que prefiere lo que a un ser amado beneficia (interés particular), para mí es un ser cual si no fuera (por el interés colectivo que se protege) ... Porque Zeus nunca favorece al que ama si es enemigo del orden público*”.

Se confronta así el bien particular con el bien común. Pero en los casos particulares puede subyacer la exigencia de justicia natural, como lo hace ver el Corifeo (el que guía el coro de la tragedia griega, siendo el coro la manifestación de la conciencia colectiva): “*En tal*

asunto el corazón me sugiere que andan de por medio los dioses”. Cuando tal sucede, *debe prevalecer el principio de justicia que asiste al particular*, la “*physis*”, sobre el principio normativo, “*nomos*”, que en su carácter de generalidad no mira al caso particular, “*porque estas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar —dice Antígona— que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer..., son leyes eternas y nadie sabe cuándo comenzaron a regir. ¿Iba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre fuera el que fuera?*”

Si el principio de justicia asiste a la persona, no debe importar quién sea su detentador ni su condición social. Creonte, enfrentado a Antígona, pretende justificar su acto, por naturaleza injusto, bajo la circunstancia o accidentalidad de la persona a la que se dirige. Antígona es mujer y, para los griegos, la mujer carecía de valor sustancial: Creonte, al justificarse frente a su hijo, dice: “*¿Qué es la mujer, oh hijo? Un puro placer que envenena la mente y enajena el corazón*”. Tampoco debe prevalecer el poder formal frente a la exigencia racional de justicia. Creonte opone su poder cuando dice: “*Aquel a quien una ciudad ha elevado sobre sí mismo y está en el poder, debe ser acatado en lo pequeño, en lo justo y aun en lo injusto*”. A lo que su hijo, Hemón, le responde: “*Padre, son los dioses los que donan al hombre la sensatez y cordura —el don más alto de los dones todos— pero no siempre se habla con la razón*”. Creonte se opone al criterio del joven, por su juventud: “*¿Tendré que doblegarme a ser instruido por un jovencuelo...?*” A lo que Hemón responde: “*No en lo no justo. Joven soy, verdad es, pero no es a la edad a la que debe atenderse sino a la recta manera de pensar*”.

Como ha sido dicho por los teóricos, *se enfrenta la “polis”, a la “cosmopolis”, el pensamiento cerrado frente al pensamiento abierto, la sociedad cerrada a la sociedad abierta. Es la prevalencia del pensamiento libre frente al pensamiento constreñido desde el exterior, en el entendido de que el pensamiento libre no es aquél que se ejerce en destino arbitrario ajeno o indiferente a la verdad, sin compromiso ni sujeción a ella, sino aquél que busca cordialmente la verdad,*

por su propio valor. En estos textos reseñados vemos la oposición del individuo que hace prevalecer la "cosmopolis" a la "polis". A partir de aquí y durante siglos será ésta una idea compartida y debatida por la cultura jurídica occidental que mira a la *igualdad de naturaleza* sustancial entre los hombres.

Pero esta igualación que da la *naturaleza* racional tampoco nos resuelve la cuestión, ni la resolvió para los pensantes griegos. Para unos, todos los hombres están vinculados por una ciudadanía común por su igualdad sustancial. Hipias, en el *Protágoras* de Platón, dice: "Amigos presentes, considero yo que vosotros sois parientes y familiares y ciudadanos, todos por naturaleza, no por convención legal... Pero la ley, que es tirano de los hombres, les fuerza a muchas cosas en contra de lo natural". No obstante, se planteaba que era "natural", es decir, conforme a la naturaleza, que el débil se sujetara al fuerte. En el *Gorgias* de Platón aparece: "Según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que el que no lo es". Pero también el derecho es visto como un invento de los débiles e inferiores para coartar la libertad de los más fuertes, lo cual no deja de ser cierto y debe ser así en alguna medida. Por ello se ha dicho que "la naturaleza del hombre es un concepto tan abierto y maleable, que puede decirse que no hay nada que no pueda ser introducido en ella y pueda después ser extraído en forma de argumento".²

Si justicia viene a ser la "cualidad intrínseca de los actos ejecutados por y sobre las personas, racionalmente determinados", la justicia es racionalidad. Y racionalidad es campo para el ejercicio pleno de libertad, conforme al axioma: "La verdad os hará libres". El concepto de justicia se liga al concepto de *racionalidad*, el de racionalidad al de *libertad* ejercida racionalmente; la libertad racional al de la realización fáctica de la *igualdad* sustancial entre los hombres. Nada más que, en los hechos, el ejercicio de libertades implica libre apropiación de espacios disponibles, lo cual produce reales desigualdades, siendo aquí donde la ley es ámbito de libertades y de coacciones a la libertad misma, realizando en ambos aspectos —apertura y limitación—, justicia.

² WELSEL, H. *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, p. 11.

II. JUSTICIA CONCRETA

Nos dice la antropología que la sociedad o grupo humano estable tiende a dar seguridad a sus conceptos, a su cultura, a su forma de vida, mediante instituciones que pueden y deben ir transformándose con su propia evolución histórica. También nos dice, y puede ser que nos guste menos, que los hombres primero buscamos seguridades y después libertades. Con la institucionalización se da seguridad, con la evolución continua mejores formas va adquiriendo libertad. La cultura, entendida como conjunto de conocimientos, tiende a institucionalizarse mediante los centros educativos formales, con lo que se pretende conservar lo válido de los mismos y proyectarlos. El hombre busca institucionalizar el amor mediante el matrimonio; la necesidad religiosa mediante las iglesias. Del mismo modo el hombre institucionaliza su afán de justicia en el derecho. La ley entraña, como principio general, unos contenidos socialmente aceptados que especifican la manera en que los individuos pueden y deben comportarse con los demás.

1. La ley como realización y negación de la justicia

Al encarnarse la idea, el "logos" de la justicia en el cuerpo de la ley, se institucionaliza. Como toda institución es estratificación. Y como estratificación es inamovilidad. Y como inamovilidad es desfaseamiento continuo del avance de los requerimientos humanos. Y por lo mismo, la ley como norma establecida es, a la vez, concreción y negación de la justicia. Como concreción no podemos negarla; como negación no podemos sostenerla invariable.

Contra el formalismo legal, el reconocido jurista español, Luis Díez-Picazo,³ al prologar el libro de Wieacker: *El principio general de la buena fe*, nos dice: "El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una fuerte dosis de certidumbre, se desvanece"... Ahí mismo se cita a Puig Brutau: "Sería preciso que en la vida no irrumpieran jamás

³ Citado por José LÓPEZ MESA, en *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 21.

hechos nuevos para que pudiera existir un derecho cuyo carácter ideal consistiera en estar formulado de una vez para siempre"; a Carbonnier: "El derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta". Y en boca propia López Mesa afirma: "Aplicar ideas rígidas e inflexibles implica casi con seguridad, aplicar inequidades". Pero el propio autor con anterioridad afirmaba: "La solución de 'lege lata', no coincide con la de 'lege ferenda'. Lo que es justo no siempre es lo procedente" y, citando a López Olaciregui, "Cuando la voluntad se aparta de la ley, la ley se aparta de la voluntad, es la represalia del ordenamiento". Tal insoslayable dicotomía sería válida si se pretendiera un derecho inmodificable.

Otra perspectiva de este carácter bifronte de la justicia es que está relacionada tanto con el contenido formal de las normas como con los fines a los que éstas deben perseguir: tratar a las personas de un modo justo significa aplicar *con justeza, en la estricta medida de sus términos y de sus contenidos*, las reglas previstas al caso. Pero también la justicia implica *a los resultados de la aplicación de la norma*: las personas deben terminar teniendo aquello que les es debido. Nos debatimos entre la justicia de una aplicación coherente de las reglas y de la justicia que demanda que las reglas deben ser abandonadas o revisadas si sus resultados son inaceptables. Por ello es preciso no andar todo en las nubes y tratar de acercarnos a este concepto de "justicia", con los pies descalzos, con el acercamiento de la realidad humana a su contenido, el cual, en cuanto más abstracto lo consideremos, menos nos sentiremos obligados por sus exigencias.

2. Legalidad, legitimación y legitimidad

Es muy útil ayudarnos en nuestro ámbito de trabajo, para un acercamiento práctico al tema, con tres conceptos íntimamente vinculados: Legalidad - Legitimación - Legitimidad.

La *legalidad* está evidentemente relacionada con la *ciencia del derecho* en sentido estricto. El de *legitimación* con la *sociología del derecho*; y el tercero, la *legitimidad*, con la filosofía ética o política o con lo que acertadamente se trata como *filosofía del derecho*.

- La *legalidad* responde a los procesos mismos de creación de la norma y a sus efectos previstos.

- La *legitimación* es la forma "viva" en que un grupo concreto, en un determinado momento histórico, acepta o rechaza la norma.
- La *legitimidad* es la justificación ética-racional, en mayor o menor medida, de una determinada legalidad o de la legitimación misma; es el aspecto crítico racional y valorativo de los sistemas de legalidad y de los sistemas de legitimación.

3. Justicia concreta

La justicia concreta mira a la justificación racional de la existencia misma de la norma y a la de su aceptación o rechazo. La ley y la sociedad pudieran hipotéticamente (como hipótesis de trabajo) considerar "justo" el torturar a un soldado enemigo capturado, pero no por ello ese hecho realiza justicia. La justificación (la justicia históricamente aplicada) del derecho radica fundamentalmente *en la realización de actos concretos, protegidos jurídica y políticamente, que tienden objetivamente a la defensa y fomento de los derechos de la persona*.

Esta definición tan, en apariencia, "definitiva" no puede hacer desaparecer, no obstante, los problemas muchas veces delicados, teóricos o prácticos, de límites, de formas, de interferencias de conflictos intersubjetivos de partes que se sienten ambas que se les debe "hacer justicia", de tal manera que al otorgársele la razón jurídica a uno el otro siente sufrir "injusticia"; donde la ética de la norma puede apartarse de la ética o exigencia racional del individuo; problemas insalvables inherentes a todo sistema jurídico y político democrático.

Cuando hablo de "actos concretos" me refiero a que sólo existe justicia cuando existen disposiciones jurídicas que proclaman o declaran derechos que resultan normas aplicables, cuando se generan las condiciones jurídicas y de hecho necesarias para su real y oportuna aplicación; y cuando efectivamente se aplican.

Con la simple intención de hacer crítica a la norma y así ejemplificar lo antes dicho, y sin desconocer los límites reales de actuación del Estado, cuando la Constitución, por ejemplo, establece "objetivos" o "*metas sociales*" deseables ("Toda persona tiene derecho a la protección de la salud", "*toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa*"; "*toda persona tiene derecho a un trabajo digno y socialmente útil*"...), dichas normas revisten aspectos de legalidad

y de legitimación pero no de legitimidad porque “no hacen justicia”, sino sólo la proclaman. Cuando el ejecutivo —como hipótesis de trabajo— a través de un Decreto desgrava los impuestos a los trabajadores, tal norma del ejecutivo es ilegal porque las normas tributarias y sus excepciones deben ser generadas por el Congreso. No obstante esta carencia de legalidad, puede haber legitimación y legitimidad.

Los postulados declarativos anteriores pueden ir y de hecho van acompañados de las frases: “*La ley definirá las bases y modalidades...*”, “*la ley establecerá los instrumentos...*”, “*al efecto se promoverá la creación de empleos...*”. Nada de esto significa efectiva aplicación de los postulados, ni por sí mismos señalan al correlativo obligado del derecho reconocido a la persona. El reclamo de justicia no es declarar un principio justo sino la real aplicación de ese principio justo. Si adicionalmente a los últimos términos “*la ley define*”, se establecen realmente los instrumentos, con ello se están generando condiciones más próximas a la justicia, pero todavía no existe justicia.

Para que haya justicia debe existir la posibilidad jurídica real, bajo sistemas eficientes, de hacer valer los derechos fundamentales de la persona, lo cual implica:

- a) La existencia de normas que reconozcan, protejan y fomenten aquello que la persona por naturaleza requiere. No se puede desconocer que es el Estado el que tiene la facultad-deber de crear el derecho. De manera que hay justicia cuando el Estado crea el derecho que la persona y la sociedad requieren para su correcto desarrollo.
- b) Asimismo cuando existe la posibilidad real de que cualquier persona, sin distinción alguna, puede actuar, *puede ejercer realmente sus derechos*.
- c) Se exige además la aplicación eficiente de tales normas por parte del Órgano estatal al que corresponde la administración de la justicia.
- d) Deben existir los mecanismos auxiliares, y su fácil acceso, para obligar al órgano impartidor de la justicia a actuar conforme a derecho y la posibilidad, igualmente real, de responsabilidades por la omisión o inexcusable indebida aplicación de las normas.

- e) Debe darse la *garantía de respeto absoluto a la persona* por el ejercicio de sus derechos, sin que pueda ser coaccionada ni directa ni indirectamente por el ejercicio de tal derecho.

Además, el contenido objetivo del derecho o la ejecución misma de los actos para hacer efectivo el derecho, implica o exige que el derecho —la justicia del derecho— y que el Estado —el Estado de derecho— no puede quedar subordinado a la protección de un interés particular propio o ajeno contrario a los derechos fundamentales de la persona.

Como corolario, la justicia encuentra su mejor punto de referencia en el marco de las insuficiencias y no en su proclamación teórica. La justicia no es una abstracción en referencia a un hombre abstracto. La justicia es el actuar ético-racional histórico para el hombre histórico. El hecho del derecho, en su concreción cotidiana (la ley “aquí y ahora”) puede presentar aristas y deformaciones que, eventualmente, nos hagan dudar de la validez del orden jurídico mismo y de los impartidores de la justicia e incluso de la justicia misma, sin considerar que cuando negamos la justicia —por ser una idealidad— negamos la posibilidad de ir la conquistando día a día. Arropados a veces bajo la gran bandera de la perfección proclamada, bajo la fácil premisa del todo o nada, nos negamos a buscarla caminando, así sea a veces con agobio y tropiezos, en el duro camino de esta vida; nos negamos a ir esculpiendo esta hermosísima imagen de la justicia con el golpeteo de cincel de nuestros actos justos, pequeños quizá, pero que, si son fruto de una “*constans et perpetua voluntas*”, serán realmente depuradores y transformadores. Resultará sumamente útil, para el legislador y para todos quienes nos vemos sujetos a la ley, el reflexionar sobre los principios fundamentales que sustentan la justicia, como un faro que nos lleva por el buen camino de hacerla. No resultan útiles ni los héroes del catastrofismo que niegan la existencia de la justicia y que se niegan a hacerla, ni los triunfalistas vacuos que simplemente la proclaman sin sentirse obligados a ir la haciendo. Aquí y ahora, en la medida de nuestras particulares responsabilidades, todos la podemos realizar en una “*constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde*”.

EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DURANTE LA POSGUERRA

Rodrigo DE LA PEZA

SUMARIO: *Introducción y panorama. I. El renacimiento del derecho natural. 1. El positivismo jurídico. 2. El naturalismo jurídico. 3. La teoría del derecho natural. 4. La exigencia de Radbruch hacia una renovación del derecho. II. El restablecimiento de la justicia. 1. La referencia a un orden supralegal. 2. El rango iusnatural de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. 3. La correcta fundamentación. A. La demanda de objetividad. B. La consideración de argumentos morales y teológicos. C. El sentimiento de certeza interna. 4. Los más altos principios y su aplicación. A. El principio de igualdad. B. La dignidad del hombre. C. El orden de la vida social en común. 5. La ponderación de principios normativos. III. La seguridad jurídica. 1. La libre autodeterminación ética. 2. El conocimiento de las normas de derecho natural. 3. La fórmula Radbruchiana. 4. La seguridad jurídica como principio de derecho natural. IV. La crítica general a la jurisprudencia iusnaturalista. 1. La seguridad jurídica. 2. La preferencia arbitraria del derecho natural. 3. La postulación infundada de valores morales. V. Consideración final: la argumentación jurídica.*

INTRODUCCIÓN Y PANORAMA

El derecho natural siempre fue el tema principal de la historia de la filosofía del derecho. Y nada ha tenido más trascendencia en la evolución de la filosofía del derecho durante los últimos doscientos años, sobre todo en Alemania, como la discusión entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Esta evolución condujo en determinado punto a la prioridad del positivismo jurídico y por ende

al formalismo jurídico que éste trae consigo; sin embargo, tras la caída del Tercer Reich surgieron nuevamente las ideas iusnaturalistas y sentaron las bases para una nueva concepción del derecho. El Tribunal Federal jugó un papel significativo en este redescubrimiento del derecho natural.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las principales resoluciones emitidas por el Tribunal Federal durante la posguerra, en las que se contengan los principios de derecho natural que sirvieron de fundamento para la nueva doctrina iusnaturalista que habría de surgir en contra del nacionalsocialismo. En la jurisprudencia del Tribunal Federal no se ha de encontrar una definición concreta del derecho natural; pero a partir de los postulados iusnaturalistas contenidos en cada una de las resoluciones y de la doctrina relacionada con las mismas puede obtenerse la base de una teoría del derecho natural. La esquematización y breve exposición de dicho concepto del derecho natural ha de ser en este sentido también la finalidad de este trabajo.

El primer capítulo contiene una breve explicación cronológica en la que se comentan el positivismo jurídico, el naturalismo jurídico, la teoría del derecho natural, así como las principales ideas expuestas por Gustav Radbruch después de la guerra. Esta exposición es de gran importancia, pues en los principales puntos de la teoría iusnaturalista contenida en la jurisprudencia se hará referencia a las teorías mencionadas, toda vez que las relaciones que se entrelazan entre todas ellas constituyen la evolución del nuevo derecho natural. La nueva ciencia del derecho tomó en consideración la doctrina de Tomás de Aquino, que mostró ser, por una parte, un instrumento fuerte en contra del nacionalsocialismo, toda vez que combatía el formalismo del desvirtuado positivismo jurídico y el determinismo del naturalismo jurídico y, por otra parte, hacía posible el cumplimiento de las dos principales tareas que Gustav Radbruch exigía de la ciencia jurídica, esto es, el restablecimiento de la justicia y la garantía de la seguridad jurídica.

En el segundo capítulo se describe brevemente la contribución del Tribunal Federal en relación con la primera de ambas tareas mencionadas, el restablecimiento de la justicia. La realización de semejante misión, como elemento principal de una teoría del derecho natural, es únicamente posible mediante el reconocimiento de la existencia

de normas supralegales. Sin embargo, para justificar dicho reconocimiento, es necesario que los postulados de derecho natural se fundamenten correctamente. Con este fin, tanto la jurisprudencia como la doctrina recurrieron al argumento de la objetividad, a los argumentos morales y teológicos, así como al argumento del sentimiento de certeza interna. En la demostración de los postulados de derecho natural se estableció finalmente, de acuerdo con la teoría tomista, que solamente algunos postulados rigen como más altos principios; la nueva filosofía del derecho considera como tales al principio de Igualdad, el de la Dignidad del Hombre y el del Orden de la Vida Social en Común. Al final del capítulo se comenta brevemente la ponderación de principios.

La segunda exigencia de Radbruch —la garantía de la seguridad jurídica— se analizará en el tercer capítulo. El Tribunal Federal hace derivar del principio de la libre autodeterminación moral ciertos criterios claros de valor, de acuerdo con los cuales un individuo ha de adecuar su comportamiento al derecho y a la justicia. La fórmula Radbruchiana, que predica que las normas de derecho positivo que son en sí mismas injustas, pero que no quebrantan excesivamente al derecho natural, deben ser aplicadas, soluciona el problema del aprendizaje de reglas obligatorias específicas. De esta manera se cumplen las principales exigencias de la seguridad jurídica, esto es, por un lado, previsibilidad y certeza y, por el otro, el respeto a la ley. El ser y el valor de la fórmula Radbruchiana han de considerarse aquí como precepto importante de la nueva teoría jurídica.

Una breve exposición y comentario respecto de las principales objeciones recapituladas por Franz Wieacker y que se opusieron en contra de la jurisprudencia del Tribunal Federal, se realizará en el cuarto capítulo.

Por último, se comentará en la Consideración final la teoría del derecho natural en análisis y, como conclusión, se expondrá brevemente la argumentación jurídica.

La temática del derecho natural, por su variedad y amplitud, sólo puede ser objeto de una investigación incompleta en un trabajo de maestría. Como tema fundamental de la historia del derecho y de la filosofía del derecho, ha sido objeto de los más amplios tratados. Por consiguiente, han de fijarse con toda claridad las fronteras de este trabajo: la investigación se limita al espacio temporal entre los años

1945 y 1960; se analizaron exclusivamente los razonamientos principales expuestos alrededor del nuevo concepto de derecho, y que se encuentran en las resoluciones y en la literatura de la época. La concepción de la obtención del derecho y de su aplicación que se defiende en la parte concluyente, se expondrá exclusivamente en la medida en que se relacione con el tema objeto de la presente investigación.

I. EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

Desde la crítica de Kant al apriorismo del derecho de la razón y mediante la influencia de la Escuela Histórica y del positivismo científico se abandonaron por completo las conjeturas tradicionales iusnaturalistas; sin embargo, durante la primera mitad del siglo XX se suscitó un "Renacimiento del derecho natural".¹ Este resurgimiento y reconocimiento de las teorías iusnaturalistas tuvo una especial importancia en la Alemania de la posguerra, pues el derecho natural se mostró como un instrumento eficaz en contra de la ideología destructiva del nacionalsocialismo. Para efectos de explicar claramente cuál de las variantes del derecho natural fue tomada en cuenta por la nueva doctrina, y para determinar de cuáles tendencias y postulados jurídicos había ésta de apartarse, es necesario hacer a continuación un comentario breve de las corrientes más importantes.

1. El positivismo jurídico

El positivismo jurídico, un producto de la evolución histórica del pensamiento jurídico predominante en Alemania, se mostró como la característica principal de la realidad jurídica del cambio de siglo.² Este formalismo de la ciencia jurídica, que en términos generales

¹ Este concepto surgió con el título del libro de Charmont, *La renaissance du droit naturel*, que fue publicado por primera vez en 1910.

² Detrás del positivismo jurídico en Alemania existe una evolución histórica peculiar, desenvuelta en forma distinta que en el resto de Europa. Pues no fue el resultado de la transformación casi inmediata de una entelequia iusnaturalista del contrato social, sino más bien un desarrollo del pensamiento jurídico, que a través de las ideas duraderas de la Escuela Histórica y del *Usus Modernus Pandectarum* hizo posible una ciencia jurídica tan sólida, conceptualmente clara y lógicamente precisa, que rige sustancialmente hasta el día de hoy.

rechaza una fundamentación jurídica metafísica y reconoce la autonomía necesaria de la ciencia jurídica, estuvo sin embargo íntimamente ligado a una cultura jurídica fundamentada en la moral durante el siglo XIX, pues sus promotores consideraban imprescindible que el legislador respetara las convicciones jurídicas heredadas de dicha cultura jurídica y que la labor legislativa se confiara exclusivamente a los representantes de esa cultura.

La legitimación del derecho fue siempre el tema fundamental de la historia jurídica europea:³ En la alta Edad Media los Glosadores y Postglosadores encontraron esta legitimación en la difusión absoluta del *Corpus Iuris Civilis*; el Humanismo del *Mos Gallicus* la atribuyó al ejemplo de la sabiduría de los antiguos; el derecho de la razón encontró tal legitimación "en una ley de la sociedad humana percibida por un Logos discerniente"; la Escuela Histórica por su parte reconoció la legitimación "en el avance histórico de los pueblos hacia la humanidad, en la dignidad cultural del derecho romano, en la ética de libertad de Kant y su observancia a través de una dogmática jurídica elevada al rango de ciencia filosófica". También el positivismo jurídico exigía que el derecho fuera legítimo, y según el positivismo legal correctamente entendido, dicha legitimación (supralegal) del derecho había de descansar en la voluntad común integrada de la nación moderna.

Este vínculo moral y político del derecho con principios jurídicos necesarios y supralegales, sin embargo, no puede ser garantizado en todo momento en el derecho escrito a través de las apreciaciones propias del positivismo. En consecuencia, cuando durante las primeras décadas del siglo XX la producción del derecho dejó de estar a cargo de los representantes oficiales de aquella cultura jurídica, la mera voluntad común democrática dejó de tener de fuerza legitimadora. Franz Wieacker denomina esta crisis como "degeneración del positivismo jurídico".⁴

Como consecuencia de esta *degeneración* surge una nueva concepción del derecho, de acuerdo con la cual únicamente vale como derecho "lo que el Estado (...) en uso de su voluntad decisoria esta-

³ Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Historia del derecho privado de la Edad Moderna), 2a. ed., Göttingen, 1996, p. 562.

⁴ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 558 y ss.

blezca como derecho".⁵ Pues lo moral ya no se sobreentendía entre las masas votantes ni en sus representantes, entre gobernantes ni gobernados, y en tal extremo fue posible que se crearan leyes, en opinión de Franz Wieacker, que "no tenían ya una relación duradera con los principios jurídicos fundados, religiosa, filosófica o históricamente, o que incluso les confrontaban abiertamente". Esto ha de explicarse, en tanto que Alemania no era una democracia histórica y que adoptó "el tipo de plebiscito en 1918, sin que se hubiera llegado previamente a un acto de integración".⁶ El positivismo falaz así emergido dio cabida ideológica a la aparición de un Estado totalitario, como lo expone claramente Heinrich Rommen.⁷

2. El naturalismo jurídico

Como reacción en contra del positivismo formalista, y en busca de una legitimación para la producción jurídica, se desarrolló a principios del siglo XX una corriente en la ciencia jurídica, a la que Franz Wieacker se refiere como "Naturalismo jurídico".⁸ Estas pretensiones de legitimación, influenciadas por el desarrollo de las ciencias naturales, pueden describirse en su conjunto como ciencias de la realidad, y su método, como una explicación causal de dicha realidad.

El *naturalismo jurídico* no reconoce al derecho siquiera como un valor hecho realidad, ni lo entiende como parte de la historia de la humanidad. Lo explica más bien como una consecuencia necesaria de causas sociales o económicas, con lo cual se deja de concebir al ser humano como ser libre, y se le muestra determinado causalmente por su hábitat. Este fenómeno jurídico social se proyecta en el tiempo como un fenómeno consciente de una "evolución determinada causalmente de las características propias de la especie humana".⁹

⁵ Adolf LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland (Desarrollo jurídico en Alemania)*, 5a. ed., Berlín, 1996, p. 373.

⁶ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 559, 560.

⁷ Heinrich ROMMEN, *Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts (El eterno regreso del derecho natural)*, 2a. ed., München, 1947, p. 161.

⁸ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 562 y ss. Es importante aclarar en este punto, que el *naturalismo jurídico* no guarda ninguna relación con la teoría del derecho natural, no obstante la semejanza en la terminología.

⁹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 565.

La finalidad de tal derecho, por ende, no se reconoce siquiera como producto de la libre voluntad, sino como un motivo hecho consciente de la creación jurídica del hombre, que permanece determinada. Esta contradicción se ve resuelta, en tanto que la conciencia ya no se equipara a la libertad, y los procedimientos normativos se ven suplantados por los descriptivos.

Una aportación valiosa del *naturalismo jurídico* consiste en el redescubrimiento de la realidad social, que desde hacía tanto tiempo había sido condenada al olvido, y que sirvió de fundamento para una crítica jurídica renovada, realista y basada en las circunstancias más diferenciadas. Esta descripción y evaluación de las condiciones de la realidad establece, a saber, el primer presupuesto para alcanzar la justicia, pues ésta es "una exigencia intemporal e inmutable (...), algo distinto según los tiempos, lugares y personas correspondientes, esto es, 'lo suyo' de cada quien y para cada quien; por ende debe referirse siempre y en cada caso nuevamente a realidades y situaciones, de acuerdo con ellas ha de ser 'ubicada'".¹⁰ En este sentido, el *naturalismo jurídico* descubrió lo que el positivismo había olvidado: que un saber valorativo del deber ser jurídico es imposible sin el conocimiento del ser social humano.

Sin embargo, en la aplicación del método causal del *naturalismo jurídico* se comete en mi opinión un error peligroso, consistente en tratar de obtener el "deber ser" a partir del "ser": sus seguidores consideraron que las particularidades de la realidad descubiertas y reconocidas por ellos mismos, consideradas en sí mismas, eran ya derecho, y olvidaron que dichas particularidades sólo debieran ser instrumentos auxiliares a la crítica y a la política jurídicas. Las investigaciones en torno a las causas y al análisis de motivación individual y social-psicológica hacen factible el reconocimiento de una realidad, en la cual ha de ser aplicada la norma; pero no pueden dar la pauta para determinar si las normas que se crean o aplican son verdaderamente

¹⁰ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 569. La "ubicación" de la Justicia, de la que aquí se habla, se llevó a cabo en el derecho romano y en el *ius commune* europeo a través de mecanismos y estructuras del ser jurídico, que ya no son tan comprensibles para nosotros, y que en nuestro tiempo ya tampoco podrían ponerse en práctica. "Ubicación" no es otra cosa que la expresión del concepto griego *Topik?*, "Tópica", que VIEHWEG propone como método de argumentación jurídica y de solución de problemas. *Vid.* Consideración final, p. 59 y ss.

justas. La justicia debe amoldarse, en efecto, a dicha realidad, pero no puede ser obtenida mediante su simple lectura.

Como consecuencia de esta vanidad ingenua del *naturalismo jurídico* se acogieron conceptos como “el interés” o “el provecho” del “Pueblo” o de la “Sociedad”, y con cínica obviedad fueron considerados como fines del derecho, en cuanto se les expuso como motivaciones de un legislador, en definitiva, determinado psicológicamente por su entorno. Con ello, el *naturalismo jurídico* dio cabida “probablemente al mayor peligro, en el que se ha colocado el pensamiento jurídico de los últimos siglos de la historia del derecho europeo”.¹¹ Pues con ello, la investigación naturalista de la realidad se constituyó en cómplice de la destrucción jurídica nacionalsocialista, misma que se verificó en gran parte a través de la traslación de esta explicación de la realidad al terreno de la política jurídica, en forma de un *naturalismo aplicado*. En efecto, el nacionalsocialismo aprovechó un concepto de derecho, que en un principio había sido explicado como producto social necesario y carente de libertad, y lo utilizó después para fines individuales arbitrarios: “Haber infiltrado las medias verdades de una conciencia pública depravada, en eso consisten las liendres de un naturalismo aplicado que, harto ya de secas tonalidades, jugó a ser el diablo y brincó libremente de una explicación científica de la realidad jurídica, a una experimentación en la carne y la sangre de los hombres”.¹²

3. La teoría del derecho natural

Tras la caída del nacionalsocialismo resultó necesaria una nueva orientación de las concepciones científico-jurídicas. Entre las tantas teorías que se dedicaron a responder la pregunta relativa a la legitimación de la creación jurídica después de la caótica caída del derecho,¹³

¹¹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*..., p. 582, en relación con el tema de la crítica al naturalismo, en especial en lo referente a la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia de conceptos y la teoría de Rudolf VON JHERING, p. 451 y ss., 574 y ss.

¹² WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*..., p. 586.

¹³ Como otras teorías surgidas en contra del positivismo legal, menciona WIEACKER (*Privatrechtsgeschichte*..., p. 586 y ss.), además del neokantianismo, también al neohegelianismo, la fenomenología, la teoría de las estructuras “lógico-objetivas” de WELZEL, la tópica jurídica de VIEHWEG y la filosofía existencial.

fue la teoría iusnaturalista la que resultó más socorrida tanto por la doctrina jurídica como por la jurisprudencia, sobre todo por la jurisprudencia del Tribunal Federal. Ya desde 1936 había predicho Heinrich Rommen un retorno semejante: “Muchas señales (...) apuntan claramente hacia un renacimiento del derecho natural, y precisamente al metafísico, al *ius naturale perenne*, (...)”.¹⁴ En 1947 Rommen confirmó esta pugna por el resurgimiento del derecho natural mediante una adición que hiciera a su “Eterno retorno del derecho natural”, que a la letra dice: “Ha surgido ya en nuestros días el Estado total, acerca del cual decía Dostoievski, que en comparación del mismo el terrible absolutismo era sólo un embrión (...). El Estado total moderno y las ideologías que lo fundamentan, sin embargo, significan en forma tajante la *reductio ad absurdum* del axioma: *voluntas facit legem*; y no sólo eso, sino que además han hecho que sus enemigos y víctimas vuelvan a creer en la idea del derecho natural. Pues la resistencia en contra de las fuerzas totalitarias y de su nihilismo ético e intelectual debió recurrir a la invocación de verdades que existen muy por encima de la llana tradición nacional y del *status quo ante* político y social; debió apelar a algo mucho más alto que la historia, la raza, los intereses de clase o los métodos científicos”.¹⁵

A partir de “los escombros de una gran Confesión”,¹⁶ se desarrolló el recobrado derecho natural a través de la enseñanza de Santo Tomás de Aquino, tarea en la cual participaron de manera importante autores alemanes y austriacos de ambas confesiones. Este *neotomismo* hizo hincapié, por una parte, en la teoría moral y jurídica católica, renovada por la Iglesia ya desde el pontificado de Pío IX y León XIII, a través del apego a la *philosophia perennis* de la gran Escolás-

¹⁴ ROMMEN, *WIEDERKEHR*..., p. 158. Posteriormente, escribió que el derecho natural había encontrado cabida en las conciencias de los hombres, en el momento en que los seres humanos pensantes se dieron cuenta de la profundidad a que podía hundirse la perversión del Estado totalitario (*WIEDERKEHR*..., p. 161), y que de esta manera había podido ser derrocado el nacionalsocialismo.

¹⁵ ROMMEN, *WIEDERKEHR*..., p. 158 y ss.

¹⁶ Hermann WEINKAUFF, “Natrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes” (“Pensamiento iusnaturalista en la jurisprudencia del Tribunal Federal”), compilado en MAIHOFFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus (Derecho natural o positivismo jurídico)*, Darmstadt 1962, p. 554 y ss. (576). Hermann WEINKAUFF fue el primer Presidente del Tribunal Federal Alemán.

tica.¹⁷ Semejante renovación de la teoría eclesiástica tenía como meta asumir una responsabilidad ético-social reformulada y espiritualmente fundada, respecto de la vida pública.

Por otra parte, la nueva teoría tomista tomó en consideración, si bien en una menor medida, la crítica jurídica del protestantismo moderno, sobre todo el que partía de la teología reformista. La discusión protestante, que oscila entre el derecho natural y el positivismo jurídico,¹⁸ coloca al neotomismo en un nuevo plano más flexible, en el que es posible la discusión. Pues trae a la luz que el “pensamiento humano no puede acercarse a las exigencias de la justicia de ninguna otra forma que no sea a través de la discusión abierta respecto de posibles argumentos jurídico-éticos (...)” y que resulta inadmisibles acoger un “derecho natural absoluto, adocinado, de ‘conclusiones’ autoritarias”.¹⁹

De esta manera, y a través de su fuerte arraigo en una poderosa comunidad creyente y en el edificio teórico autorizado de la Iglesia católica, el neotomismo ejerció una influencia determinante —probablemente la más fuerte desde hacía siglos— sobre la opinión pública alemana, la reforma social y la política jurídica. El neotomismo se mostró como flexible en el caso concreto, y “su sistema planteaba, con la connotación ético-jurídica de validez intemporal, únicamente los Principios más generales del orden de la vida social; su

¹⁷ Mediante la Encíclica de León XIII. acerca del debilitamiento de la filosofía cristiana “*Aeterni Patris*”, emitida el 4 de agosto de 1879, la Iglesia hace una advertencia respecto de teorías peligrosas y amenazadoras en contra del pensamiento cristiano, e incita a los filósofos a investigar la verdad obtenida ya mediante la revelación divina, también mediante métodos científicos de la filosofía, y al respecto celebra y promueve el reciente redescubrimiento de la enseñanza escolástica de Tomás de Aquino.

¹⁸ Por una parte, se planteó un “Tomismo modificado”, que en lo esencial retomaba las conclusiones del iusnaturalismo obligatorio idealista de la Escolástica alta y tardía, y por otra, se desechó al derecho natural en forma radical —pues la tría católico-iusnaturalista de *lex aeterna*, *ius naturale* y *jus positivum* no concordaba ya desde la concepción luterana reformista de la relación entre virtud y razón, con las nociones protestantes— y se volvió la vista hacia un positivismo, que se fundamentaba ya por sí mismo en la elección religiosa del cristiano. Entre ambas posturas fueron reconocidas algunos lineamientos, por virtud de los cuales se obtenía un derecho natural a partir del luterano “orden conservador” de Dios o bien se fundaba a través de una analogía de preceptos cristianos así como en forma sacrohistórica-trinitaria. Para una explicación completa y acceso a bibliografía respectiva de estos argumentos, vid. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 601 y ss.

¹⁹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 603.

forma de aplicación y realización se adapta a las circunstancias y por ende, al tiempo”.²⁰ A continuación ha de explicarse brevemente la teoría tomista.

Por una parte, se obtuvo un modelo jerárquico jurídico-político mediante la sistematización de las distintas leyes contenida en el apartado de “Las Leyes” de la *Summa Theologica* de Santo Tomás:

- a) La *lex divina*, a través de la cual se determina el fin eterno del hombre, transmitido mediante la revelación: alcanzar a Dios.
- b) La *lex aeterna*, la expresión inmediata de la razón divina; nadie, más que los Santos y Dios puede crearla.
- c) La *lex naturalis*, conocida por el hombre mediante la razón práctica. Como expresión incompleta de la *lex aeterna* ha de participar además en ella.
- d) La *lex humana seu positiva*, que se expone como formulación de la *lex naturalis* y cuya obligatoriedad proviene en última instancia de la *lex aeterna*.

Una ley que contravenga la moralidad establecida en la *lex naturalis*, no obliga en conciencia, pero aun cuando en esta parte se permite una resistencia pasiva, Tomás recomienda obedecer este tipo de leyes “*propter vitandum scandalum vel perturbationem*”.²¹ Pero una ley humana no ha de ser obedecida en ningún caso, cuando vaya en contra de la *lex divina*.²²

Mucho antes del neotomismo, esta jerarquía de las leyes ya era más que conocida por la teoría iusnaturalista tradicional, y fue siempre la columna de su concepción apriorística del derecho. Sin embargo, un estudio más profundo de la *Summa Theologica* les permitió a los seguidores del neotomismo descubrir una apreciación del derecho más flexible y adaptable a las vicisitudes del tiempo, en la enseñanza del Santo de Aquino. Por ejemplo, encontraron un rasgo importante de esta flexibilidad en el concepto de la *lex naturalis*, que

²⁰ Johannes MESSNER, “Katholische Soziallehre” (“Teoría Social Católica”), en: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Diccionario manual de las ciencias sociales)*, Göttingen, 1956, tomo 5, p. 575 y ss. (579).

²¹ Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, edición de la Academia Albertus-Magnus, Walberberg bei Köln, 1955, tomos 13 y 18, I, II qu. 96 a. 4. y a. 3; II, II qu. 104 a. 5.

²² *S. Th.* I, II, qu. 96 a. 4.

influyó esencialmente a la recepción tomista del derecho natural de la posguerra, y cuyo principio único y máximo es el de “hacer el bien y evitar el mal”.²³ A saber, la razón práctica “se contiene sólo en determinados principios generales (*communia*), pero no en todas y cada una de las normas contenidas en la *lex aeterna*”.²⁴ Estos “*quaedam praecepta communissima quae sunt omnibus nota*”²⁵ conforman propiamente (*primo quodam*) a la ley natural; los preceptos especiales que de ellos se desprenden se llaman *conclusiones*, y como tales son sólo secundariamente parte de la ley natural, y no son infalibles. La razón práctica se consolida de esta manera “*circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia, non autem circa necessaria*”.²⁶ Las conclusiones se vuelven aumentativamente inseguras, mientras más se dirijan a lo concreto e individual.²⁷ Lo anterior indica que una ley natural determinante y con una sola aceptación absoluta, en lo concreto, no puede reconocerse ya ni siquiera con Tomás de Aquino. Para ello han de traer luz los *quaedam praecepta communissima* en forma intuitiva e inmediatamente. Con Tomás de Aquino es la ley natural, por ende, efectivamente inmutable, pero no sus conclusiones.

Las nuevas interpretaciones de la teoría tomista dimanan, empero, de la profundización en el estudio de los apartados “del Derecho” y “de la Justicia” de la *Summa Theologica*. En ellos puede observarse, por ejemplo, que los más altos Principios—incluso la Prudencia como la más importante de las virtudes—no funcionan en forma “absoluta” (en el sentido moderno) de arriba hacia abajo, esto es, como fundamento de todos los demás principios. En cambio, deben ser considerados en su propia área de aplicación.²⁸ Estos principios, además, tienen un contenido variable. Bajo esta óptica, el contenido de la justicia por ejemplo ha de ser obtenido en forma diversa que el de las demás virtudes.²⁹

²³ *S. Th.* I, II, qu. 94 a. 2.

²⁴ *S. Th.* I, II, qu. 91 a. 2.

²⁵ *S. Th.* I, II, qu. 94 a. 6.

²⁶ *S. Th.* I, II, qu. 91 a. 3. y qu. 94 a. 3.

²⁷ *S. Th.* I, II, qu. 94 a. 6. y a. 4.

²⁸ Así, la Prudencia no tiene por qué estar contenida en el Decálogo, pues no se refiere en específico, como la Justicia, al deber. *S. Th.* II, II, qu. 56 a. 1.

²⁹ En las demás virtudes, “hacer bien” implica una colocación en el justo medio, y “evitar el mal” un alejamiento de los extremos. Tratándose de la Justicia, “hacer el bien” signi-

Sin embargo, el aspecto que se nos presenta como el más importante lo constituye sin duda la acepción tomista de la naturaleza humana. Lo “natural” de un ser, que posea una naturaleza permanente, debería ser precisamente la permanencia. La naturaleza humana es, empero, variable, por lo cual aquello que comúnmente le es “natural” al ser humano, puede a veces faltar.³⁰

4. La exigencia de Radbruch hacia una renovación del derecho

Como signo de la imperiosidad de dar a las concepciones jurídico científicas existentes una nueva orientación, se presenta la conmovedora retractación de un filósofo, que presencié personalmente la terrible catástrofe del Tercer Reich: Gustav Radbruch. Como miembro que alguna vez fuere de la Escuela Alemana del sur oeste, era partidario del neokantianismo con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial.³¹ En 1914 escribió: “Existe (...) una profesión, que en sus actividades profesionales ha de respetar de hecho y necesariamente la voluntad de validez de la ley: la Judicatura. Pero además, la obligatoriedad no puede fundamentarse en la ley mediante la teoría de la validez, sino únicamente a través de la ética en la protesta, mediante la cual el juez se ha comprometido incondicionalmente a hacer váli-

fica más bien garantizar a los demás la igualdad, o bien darles lo suyo, y “evitar el mal” conservar la igualdad existente. *S. Th.* II, II, qu. 79, a. 1.

³⁰ *S. Th.*, II, II, qu. 57, a. 2.

³¹ Como teoría de las circunstancias formales de las expresiones sobre el deber ser jurídico, el neokantianismo pretendió redefinir el objeto del conocimiento del entendimiento o científico-cultural y las circunstancias de la construcción de conceptos científicos del entendimiento. Con ello, logró fortificar “por primera vez la autoconciencia metódica que la ciencia jurídica debió haber establecido frente al positivismo legal del cambio de siglo, junto con todas sus consecuencias, léase el fin de la ciencia jurídica como ciencia autónoma del entendimiento”. (WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 588). También se manifestó como una reacción en contra del naturalismo jurídico. Sin embargo, como no hacía alusión a los criterios materiales de la justicia o de otros valores, en cuanto estudiaba solamente las circunstancias lógicas de las expresiones sobre enunciados jurídicos, demostró ser una renovación del formalismo científico, que indefectiblemente ha de remitirse a otros postulados jurídicos preexistentes para llenar el contenido del derecho, sean idealistas, positivistas o naturalistas. Con ello llegó a un relativismo de valores, que podía convertirse en el continente de distintos sistemas de valores. Un formalismo de esta índole, en el que el Ethos permanece indeterminado, da fundamento al positivismo contenido en la teoría del derecho correcto de Rudolf STAMMLER y en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. *Vid.* WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 589 y ss.

da la voluntad de validez de la ley, a sacrificar su propia sensibilidad jurídica en favor del mandamiento jurídico de autoridad, únicamente a indagar qué es lo jurídico, y jamás, si ello es además justo (...). Independientemente del grado de injusticia que el derecho pudiere reflejar en su contenido, una finalidad se cumplirá siempre, ya con su simple existencia: la de la seguridad jurídica".³²

Pero posteriormente se percató de que la dictadura nacionalsocialista "dio cabida a la injusticia, lo que es más, al crimen en forma de ley", y que "la heredada concepción del derecho, el positivismo imperante que desde hacía décadas había permanecido incólume entre los juristas alemanes y cuya teoría 'Ley es Ley' (...), carecía de fuerza y poder", pues sus partidarios fueron forzados a reconocer la ley injusta como derecho.³³ Ante tal impresión de impotencia del formalismo neokantiano³⁴ para la consecución de la justicia, comenzó Radbruch "a reconocer por sobre el positivismo de valores una acepción ultravalorativa y religiosa, a buscar las fronteras de validez de las leyes injustas y a obtener normas de conducta ultrapositivas a partir de la 'Naturaleza de las cosas'".³⁵ La tarea, que según la exigencia de Radbruch se presentaba ante la ciencia jurídica, era doble:³⁶ Por un lado, y para restablecer la justicia ultrajada, debía percibir en concordancia con la "Sabiduría de los antiguos, de la Edad Media cristiana y de la época de la Iluminación, que existe un derecho superior que la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho de la razón, en pocas palabras un derecho suprallegal, en cuya dimensión el No derecho no permaneciera como otra cosa que como No Derecho, aun

³² Gustav RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie (Fundamentos de filosofía del derecho)*, en: *Obras completas*, Heidelberg, 1993, tomo 2, p. 173 y ss.

³³ Gustav RADBRUCH, *Die Erneuerung des Rechts (La renovación del derecho)*, en: MAIHOFFER, *Naturrecht...*, p. 2.

³⁴ En contra del relativismo de valores del neokantianismo surgieron también otras variantes de la filosofía valorativa, con las cuales se señaló un sistema propiamente dicho de la ética material de valores. Son de principal mención las obras de Max SCHELER y de Nicolai HARTMANN. El primero entiende la realidad del derecho suprapositivo como punto de vista valorativo de la persona en la polaridad valorativa, esto es, como conciencia jurídica. El segundo la entiende, por el contrario, "como ser espiritual, o sea, 'contenido', materia y estructura, un *quale* específico de las cosas, relaciones y personas". Vid. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 591.

³⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 591.

³⁶ Lo mismo afirma también MAIHOFFER en la introducción de su compendio, *Naturrecht...*, p. IX.

cuando vertido en forma de ley (...)"³⁷ Por el otro lado, sin embargo, debía garantizarse también la seguridad jurídica perdida, para restablecer la obediencia frente a la ley.³⁸

II. EL RESTABLECIMIENTO DE LA JUSTICIA

1. La referencia a un orden suprallegal

Por lo que se refiere al cumplimiento de la primera tarea, consistente en restablecer la justicia, el Tribunal Federal jugó un papel por demás significativo, pues mediante su jurisprudencia logró imprimir en la conciencia pública las normas de derecho natural como símbolo de legitimación. Incluso en la ceremonia de inauguración del Tribunal Federal, el Presidente Federal Theodor Heuß, en su discurso, habló de la atribución de dicha función:

"Para el juez común de Böblingen o de Eckernförde (...), resulta un tanto fuera de lugar que se le diga que el "derecho natural" quiere tal cosa; él debe conocer e interpretar el derecho positivo, el legislado. También el juez federal se encuentra ante tal tarea. Al mismo tiempo, sin embargo, debe ser transparente, que el 'Derecho natural' permanece vivo como medida y portador de valores eternos, no articulados en su sustancia".³⁹

El primer eslabón para la consecución del Restablecimiento de la Justicia consistió en atacar las leyes nacionalsocialistas, que conservaban aplicación como escombros del Tercer Reich al principio de la posguerra. Esta desnazificación del derecho fue en esta delicada época una tarea en exceso difícil para la legislación alemana y de los aliados. Por ende, cuando se presentaba ante un juzgado un caso, en el que aún resultaran aplicables normas jurídicas positivas injustas, surgió lógicamente y en forma casi sobreentendida el cuestionamiento

³⁷ RADBRUCH, *Erneuerung...*, p. 2. Ver el concepto de No Derecho, p. 64.

³⁸ *Vid. supra*, cap. III.

³⁹ Discursos con motivo de la inauguración del Tribunal Federal en Karlsruhe el 8 de octubre de 1950, Karlsruhe 1951, p. 10, citado por Werner WIPPOLD, "Die Einwirkung der Naturrechtsideologie auf die westdeutsche Gerichtspraxis" ("La influencia de la ideología del derecho natural en la práctica judicial de la Alemania Occidental"), en *Staat und Recht*, 1959, p. 32 y ss. (47).

respectivo a normas de conducta suprapositivas, de derecho natural. El Tribunal Federal afirmó en varias de sus resoluciones, que las leyes u órdenes nacionalsocialistas traídas a la luz en los casos a resolver eran transgresoras de un orden supralegal.⁴⁰ A continuación algunos ejemplos:

En BGHSt 2, 173 y ss., aparece el caso de una sentencia de muerte emitida en contra de ciertos luchadores por la resistencia dentro de un procedimiento desprovisto completamente de toda garantía jurídica. La Senado Penal determinó que frente al Forum encontraban aplicación “Principios generales de derecho obligatorios, válidos con independencia de reconocimiento estatal”, y que la creación de una corte marcial especial por Hitler era nula, y que la actividad de dicha corte marcial no constituía un procedimiento judicial, sino el delito de homicidio.

En BGHSt 2, 234 y ss., y en BGHSt 3, 357 y ss., se trataron casos de traslados forzosos de judíos hacia el Este, en los que habían participado los demandados en desempeño de diversas funciones de policía, sin conocer la meta final, consistente en el asesinato de los trasladados. Aquí se analizó si podía considerarse que los demandados estaban cubiertos objetivamente por las regulaciones y órdenes nacionalsocialistas, o si dichas regulaciones y órdenes “contravenían aquella área medular del derecho, que de acuerdo con las convicciones jurídicas generales no debe ser violentada por ninguna otra medida de la superioridad”.

Ante la Senado Civil se presentó asimismo el caso de un desertor (BGHZ 3, 94 y ss.), que fue fusilado sin previo procedimiento marcial. El Tribunal Federal determinó que las órdenes correspondientes contravenían al derecho natural y que “la contradicción a la justicia en ellas contenida alcanzaba tal grado de inadmisibilidad, que debían ser consideradas como derecho incorrecto y cejar ante la justicia”.

La interposición de tales objeciones iusnaturalistas en contra del derecho positivo no es coincidencia. Durante toda la historia del derecho natural surgió la exigencia de “buscar una legalidad generalmente válida e invariable de la convivencia humana”, cada vez que

⁴⁰ En otros casos, que se encuentran por ejemplo en BGHZ 9, 34 y ss., BGHZ 6, 208 y ss., y BGHZ 13, 265 y ss., el BGH consideró también que eran enemigos del derecho natural las leyes emitidas por las autoridades ocupantes, por su carácter penal o su esquematismo.

“un orden jurídico histórico concreto perdía su poder de convicción para la conciencia jurídica pública y su fuerza para los mejores de su tiempo (...)”.⁴¹

En mi opinión, el reconocimiento de un orden jurídico suprapositivo —como distintivo de toda teoría iusnaturalista— es una condición ineludible para alcanzar la justicia; pues de esa manera cobra el derecho independencia respecto de la voluntad estatal. Dicha independencia no es únicamente necesaria cuando la voluntad estatal se plantea finalidades injustas; su existencia evita en términos generales, que las normas sirvan como instrumento para quien tiene el poder, y de esta manera se desarrolla el derecho como una herramienta para resolver los problemas de la convivencia. Hasta aquí, sin embargo, resulta incompleta la labor de la teoría iusnaturalista del BGH. Aun se le presenta la difícil tarea de fundamentar dicho orden jurídico y de determinar su contenido.

2. El rango iusnatural de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución

El derecho natural se encuentra ya impreso en el derecho constitucional, pues el propio constituyente reconoce a los derechos humanos, en íntima relación con la dignidad humana, “como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.⁴² Consideró de esta manera que los llamados elementales “derechos fundamentales” y “derechos de libertad” como derecho dado, supralegal “de validez inmediata”,⁴³ como normas jurídicas que obligan tanto al legislador común como al constitucional; el propio constituyente partió, pues, de su rango de derecho natural.⁴⁴

En concordancia con los criterios constitucionales, la jurisprudencia del Tribunal Federal se pronuncia en varias de sus resoluciones respecto del rango iusnatural e independiente de la legislación que

⁴¹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 250.

⁴² Art. 1^{II} GG. Es ésta la forma de referirse a un precepto constitucional. Significa: Artículo 1o., segundo párrafo de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). N. del T.

⁴³ Art. 1^{III} GG.

⁴⁴ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 557.

guardan los derechos fundamentales.⁴⁵ Estas normas de derecho natural se contienen precisamente —según la Senado Civil— en normas constitucionales, “que sin más tienen un rango supralegal, incluso supraconstitucional, y que la Constitución no crea, sino reconoce (...). [La] equiparación de ley y derecho no puede tener consecución, porque el orden constitucional del Estado de derecho presupone la obediencia, incluso por parte del constituyente, a los mandamientos intangibles de la justicia”.⁴⁶

Dicha obediencia constitucional del legislador —e incluso del constituyente— a las normas supralegales cobró rotunda claridad en cuanto a su alcance, en la interpretación jurisdiccional del Art. 19^{II} GG que permite como excepción actos legales agraviantes de los derechos fundamentales.⁴⁷ En términos de dicho precepto, le está terminantemente prohibido al legislador, en cualquier caso, tocar el derecho fundamental en su esencia. Según la interpretación de otros juzgadores —como el BVerwG en NJW 55, 1773— estarían permitidos los actos legales agraviantes, siempre que puedan justificarse objetivamente y que no destruyan el derecho fundamental por completo.

Si dicha interpretación fuera correcta, según la apreciación del Tribunal Federal, “podría incluso el legislador ordinario intervenir los derechos fundamentales prácticamente en toda forma que le viniere en gana, siempre que al hacerlo tomara como excusa cualquier interés estatal (...). Aun cuando por lo general pudieren establecerse fronteras aceptables en lo que respecta a las consecuencias de esta relativización en el presente Estado de derecho, pues el legislador del Estado de derecho será consciente en su labor, y permanecerá a la zaga cuando se trata de actos agraviantes a los derechos fundamentales, no puede empero dejar de considerarse que los derechos fundamentales así relativizados no podrán brindar la protección que con ellos se pretende, precisamente en aquel caso en que dicha protección se requiera, esto es, cuando el Estado de derecho se transforme en Estado totalitario (...). La postura jurídica que resulta

de la interpretación que aquí se controvierte (...), es la de la Constitución de Weimar (...). El GG (...) reconoce el carácter supralegal y prelegal de los verdaderos derechos fundamentales festiva y expresamente (...). Cuando habla de la esencia de los derechos fundamentales, no pretende (...) que se lleve a cabo la imposible tarea de determinar en cada caso y desde algún punto de vista esencialista, hasta dónde puede limitarse un derecho fundamental (...). Los derechos fundamentales son, de acuerdo con el Art. 1 párrafo 3 GG, inviolables, es decir, no pueden ser atacados por el legislador (...). Es precisamente en ello en que consiste su ser jurídico. Sin embargo, existen situaciones, en las que por razones extraordinarias (...), deben ser limitados hasta cierto grado (...). Así que de lo anterior se desprende, que únicamente puede darse una limitación, cuando por la situación de las cosas sea real e imperiosamente necesario, e incluso en ese caso ha de hacerse la limitación en un perímetro lo más reducido posible (...), pero nunca en el común caso, en que los deseos políticos lo quieran hacer parecer ‘defendible’ o deseable”.⁴⁸

En una posterior interpretación del BGH se determina que un derecho fundamental se ve afectado en su esencia mediante un acto legal agravante, “cuando mediante el acto agravante se limitare la validez esencial y el despliegue del derecho fundamental con tal gravedad, que se suscitare una situación más grave que la que como motivo objetivo y razón, dio origen al acto agravante, y lo permitió necesaria e impostergablemente”. Por lo tanto, el acto agravante debiera “llevarse a cabo de tal manera que en términos generales se acercara lo más posible a dejar al derecho fundamental el mayor espacio posible”.⁴⁹

Mas el rango iusnatural de los derechos fundamentales mencionados no se agota en la exigencia de su invulnerabilidad; la afirmación de su carácter supralegal cimienta también un trabajo jurisdiccional dirigido a determinar, que siempre han sido válidos y “no [fueron] garantizados a penas mediante la propia Ley Fundamental y por virtud de su redacción, sino que, son independientes de ella y lo que es más, determinan su contenido, aunque ahora sean parte del derecho

⁴⁵ Ejemplos al respecto encontramos, entre otros, en BGHSt 4, 375 (376, 377); BGHZ 6, 270 ss. (275); BGHZ 9, 83 ss. (89); BGHZ 11, Anh. 1 ss. (25); BGHZ 11 Anh. 81 ss. (84, 85); BGHZ 13, 265 ss. (297, 298) y BGHZ 16 350 s. (353).

⁴⁶ BGHZ 11, Anh. 34 (42). En el mismo sentido, BGHSt 5, 323 (327).

⁴⁷ Lo que en derecho mexicano se conoce como Suspensión de Garantías. N. del T.

⁴⁸ Hechos planteados ante el BVerfG VRG (caso constitucional) 4/55, citado por WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, pp. 569-571.

⁴⁹ BGHSt 4, 375 ss. (377) y BGHZ 22, 167 ss. (174-176).

legalizado, y precisamente del constitucional".⁵⁰ Por ello han obligado desde siempre al legislador, pues también el derecho que hubiere sido creado con anterioridad a la entrada en vigor del GG ha de ser medido con estos derechos fundamentales y, en su caso, ha de ser declarado nulo con base en los mismos. Un ejemplo más de ello se encuentra en una resolución del Senado Civil, en la cual se atribuye a la garantía de propiedad un carácter iusnatural. En la misma se dice a la letra: "La Ley Fundamental de Bonn reconoce expresamente el carácter supralegal (...) de los derechos fundamentales, incluyendo la garantía de propiedad (...). De dichos derechos fundamentales hay que partir (...), cuando se trate de determinar el contenido, el alcance y los límites de la garantía de propiedad, la determinación del contenido de la propiedad y de la expropiación, durante el periodo de tiempo que transcurrió desde que se dio la Revolución y hasta que entró en vigor la Ley Fundamental de Bonn".⁵¹

De otros análisis de las resoluciones emitidas por el BGH se desprende, empero, la siguiente diferenciación: en la Ley Fundamental se conceptualizan supralegales los *Menschenrechte*, *Derechos humanos*, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia. Sin embargo, cuando se trata de la vigencia inmediata de las garantías establecidas en el Art. 2-17 GG, se emplea el término *Grundrechte*, derechos fundamentales.⁵² El Tribunal Federal interpreta esta distinción en el sentido de que no todos los derechos fundamentales plasmados tienen un carácter supralegal; algunos fueron elevados por el legislador constitucional a la calidad de derecho fundamental.⁵³ Esta interpretación se desarrolla de la siguiente manera: "La cuestión tendiente a determinar si un derecho fundamental ha sido afectado en su esencia por virtud de un acto legal agravante,

⁵⁰ "Estos derechos [han] sido vigentes desde siempre, aun antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, aun bajo el dominio del Nacionalsocialismo (...). La legislación nacionalsocialista (...) contravino por ende la vigencia supralegal de los derechos fundamentales y era, por tanto, jurídicamente nula (...). Por otro lado, en tanto la propia Constitución de Weimar permitía actos agraviantes completamente libres por parte del legislador en los elementales derechos fundamentales, era también incompatible con el (...) rango supralegal de estos derechos". Así lo estableció el 1er Senado Civil, BGHZ 11, Anh. 81 ss. (84).

⁵¹ BGHZ 6, 270 ss. (275 s.).

⁵² Art. 1^{III} GG.

⁵³ El BGH "no atribuye a todos los derechos fundamentales garantizados por el GG este carácter supralegal" (WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 564).

únicamente puede ser contestada una vez que se tome en consideración el significado y el peso del derecho fundamental. Si el derecho fundamental de que se trate pertenece a los derechos humanos inviolables e inalienables, que construyen el fundamento de toda comunidad humana (...), entonces han de resultar más limitadas las facultades del legislador para interferir en el mismo, que en tratándose de derechos fundamentales a los que el legislador ha otorgado, desde su postura, la protección constitucional especial".⁵⁴ Además de las normas constitucionales de rango supraconstitucional —según el Senado Civil— existen precisamente "principios constitucionales fundamentales, que acaso no poseen todos el rango supralegal, y que sin embargo el legislador constitucional, en uso de su facultad de estatuir derecho positivo, ha sancionado como inalterables, vedando la facultad de modificarlos al legislador e incluso al propio legislador constitucional (...). En contravención de ambos tipos de normas constitucionales supremas, pueden existir normas constitucionales comunes, las cuales serían en consecuencia nulas".⁵⁵ La jurisprudencia se dio por ende a la tarea de comprobar el carácter de derecho natural respecto de cada uno de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, el BGH desconoce el rango suprapositivo al derecho de libertad profesional e industrial (Art. 12¹), pues se considera como una de varias formas posibles de la Constitución económica.⁵⁶ Asimismo, el Senado Civil niega el carácter iusnatural a la división de poderes fundada por Montesquieu, aun cuando tenga "un significado realmente importante y absolutamente fundamental en el Estado moderno de las masas, que se encuentra en el constante peligro de transformarse en Estado totalitario".⁵⁷

El BGH ha sostenido también en varios casos el carácter iusnatural de normas, principios o concepciones, en donde a primera vista pareciera que la demostración iusnatural se ha llevado a cabo sin fundamento, sobre todo porque algunos alegatos resultan contradicto-

⁵⁴ BGHZ 22, 167 ss. (176).

⁵⁵ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (41).

⁵⁶ BGHSt 4, 385 ss. (389-391), BGHZ 11, Anh. 34 ss. (40 f.); BGHZ 22, 167 ss. (176).

⁵⁷ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (50). Esta afirmación se aparta de la convicción expresada en el Art. 16 de la Declaration du Droit de l'Homme et des Citoyens, en el sentido de que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution".

rios entre sí, y porque la fundamentación iusnatural resulta ambigua o al menos oscura. Esto es así, puesto que la jurisprudencia intentó fundamentar en ocasiones el contenido del derecho natural con base en las opiniones cambiantes y en los comportamientos de círculos populares volubles, en donde resultaba dudoso, si detrás de los mismos existía verdaderamente una convicción moral. Con lo anterior pretendió comprobar a veces el BGH si ciertas evaluaciones realizadas a través de comportamientos que se suscitaban en la vida diaria eran moralmente correctos. En otros casos empleaba el BGH ya sea fórmulas conceptuales objetivistas como “apreciaciones iusnaturales”, “razones de justicia suprema, enraizada en el derecho natural” o “leyes morales generalmente válidas de la cultura cristiano-occidental”;⁵⁸ o bien formulaciones subjetivistas como “las concepciones valorativas concordantes con nuestro orden estatal y social”,⁵⁹ o “la conciencia jurídica de todas las civilizaciones”.⁶⁰

3. La correcta fundamentación

Semejante fundamentación confusa fue objeto de la siguiente crítica: La retrospección hacia las concomitantes *Apreciaciones de toda civilización* realizada por la jurisprudencia del BGH, en torno al “área intrínseca intocable del derecho” que claramente reconocía, retrospección ésta que se traducía en la búsqueda de aquellas normas centrales del derecho tal y como se desarrollaron en el transcurrir de la historia,⁶¹ no carece de cierto aire a la *volonté générale* de Rousseau o a alguna entelequia similar del racionalismo jurídico. Ahora, bien pudiera aducirse que con dichas concomitantes *Apreciaciones de toda civilización* se hace referencia a “un simple síntoma, aunque muy convincente, de la existencia de normas jurídicas preestablecidas, supraordinadas, válidas en sí mismas y objetivas”. Si así fuere, entonces no habría objeción alguna que oponer, en la opinión de Weinkauff. Muy distinto sería, empero, si la validez de las normas supraordinadas de referencia “pretendiera fundamentarse como tal

⁵⁸ BGHZ 5, 76 ss. (97).

⁵⁹ BGHSt 8, 80 ss. (83).

⁶⁰ BGHSt 2, 234 ss. (237, 239).

⁶¹ BGHSt 2, 234 ss. (237, 239); BGHSt 3, 357 ss. (362, 363).

en la opinión desarrollada históricamente de determinados grupos de naciones”, pues al respecto habría que echar en cara, que las subjetivas opiniones y reconocimientos de los gobernados pueden cambiar constantemente.⁶² El contenido del nuevo derecho natural no debería ser determinado en su totalidad acaso por las opiniones de las masas, pues dentro de semejantes parámetros subjetivos, existiría entre otras cosas el peligro de que la mayoría se decidiera nuevamente por el totalitarismo. El *consensus omnium* no debiere considerarse más como indubitable garantía de las principios fundamentales supremos: en contra de esto se ha extendido ya la convicción, de que el consenso democrático y la *homologación* de la base social podría llevar a la destrucción del devenido señorío ciudadano; de dicho consenso habría que desconfiar, y no dejarle ninguna oportunidad.⁶³ El derecho natural debiera por ende ser válido por sí mismo a través de su sanción objetiva.

En este sentido es que afirma Golo Mann, siguiendo la distinción terminológica romana entre *potestas* y *auctoritas*: “El ser humano no es tan confiablemente bueno y razonable, como creen los revolucionarios. De ahí que requiera una Autoridad, que lo proteja y dirija. Autoridad no es lo mismo que Poder. Los revolucionarios creen todavía en el Poder, incluso en el Poder absoluto. Pero su Poder ha de ser el Poder del instante, desligado por transmisión; el Poder del César, el Poder de la Nación soberana, del Proletariado u otra cosa. El Poder puede hacer lo que se le plazca. La Autoridad se encuentra atada y es al mismo tiempo atadura; atada por historia y tradición, constitución y ley, religión y derecho natural”.⁶⁴

A. La demanda de objetividad

En cumplimiento de la pretensión de un conocimiento objetivo, la jurisprudencia del BGH asumió la convicción de que la obligatorie-

⁶² WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 559 s.

⁶³ “Esta pregunta, durante el siglo XX, ciertamente no tiene ya un carácter puramente teórico, como se pensaba en el siglo XIX. Existen varios Estados occidentales, en los que una parte considerable de la población tiene una orientación comunista, y no debemos olvidar, que en 1933 casi la mitad del pueblo alemán votó por el ascenso del régimen nacionalsocialista”. Gerhard LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie (Problemas estructurales de la democracia moderna)*, 3a. ed., Karlsruhe, 1973, p. 153 y ss.

⁶⁴ Golo MANN, “Konservative Politik und konservative Charaktere” (“Política conservadora y caracteres conservadores”), en: *Der Monat*, 14o. año, Cuaderno 165, p. 48 y ss. (49).

dad de los preceptos iusnaturales se deriva del orden de valores preexistente y aquiescente, así como del deber jurídico objetivo que del mismo resulta. En este sentido debieren distinguirse las relaciones exteriores de los seres humanos entre sí, así como hacia las cosas y hacia las instituciones sociales fundamentales, por una ordenación del derecho objetiva y válida en sí misma. Resulta necesario mencionar al respecto las consideraciones contenidas en el famoso caso de fornicación delictiva, en el que se manifiesta con toda claridad la diferencia entre lo ordenado por la moral o moralidad y lo ordenado por la ley moral, en donde la fundamentación de ésta ha de entenderse también como la fundamentación del derecho natural:

“Lo ordenado por la sola moral, por la convención (,) debe su (débil) obligatoriedad exclusivamente al reconocimiento de aquéllos, que lo aceptan y cumplen libremente; sus preceptos dejan de tener validez, en cuanto que dejan de ser reconocidos y cumplidos; su contenido se transforma, cuando cambia la concepción acerca de aquello que la moral exige. Las Normas de la Ley Moral, por el contrario, son válidas en sí mismas; su (fuerte) obligatoriedad descansa en el preexistente y aquiescente orden de valores y en los enunciados del deber ser que rigen a la convivencia humana; son válidas, independientemente de que aquéllos, a quienes se encuentran dirigidas con pretensión de ser cumplidas, las cumplan efectivamente y las reconozcan o no; su contenido no puede por ende transformarse, porque la percepción de aquello que ha de ser válido, cambie”.⁶⁵

Con lo anterior permanece incontestada, sin embargo, la pregunta acerca de la forma y ciencia con que dichas normas han de ser traídas a la luz objetivamente.

B. La consideración de argumentos morales y teológicos

Detrás de la coyuntura del derecho con la Ley Moral y como complemento de esta esencial fundamentación jurídica moral de la jurisprudencia, existe al mismo tiempo la silenciosa concepción, de que “lo absolutamente obligatorio del orden de los valores y del deber ser iusnatural que del mismo dimana, descansa en el precepto divino”.⁶⁶

⁶⁵ BGHSt 6, 46 ss. (52).

⁶⁶ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 561. En ocasiones, la jurisprudencia se apoyaba expresamente en fuentes confesionales; en una resolución del Tribunal Federal Constitu-

Un ejemplo de lo anterior que ya ha cobrado fama es el que se contiene en la interpretación del derecho de igualdad entre el hombre y la mujer (Art. 3^{II} GG), en donde el Senado Civil se pronunció, en concomitancia con las convicciones morales de la época y con el señalamiento de la Iglesia católica en el sentido de colocar al hombre en un rango superior dentro de la sociedad conyugal, por la conservación de la estructura eterna de la familia:

“En lo que se refiere a la dignidad del hombre y de la persona, el hombre y la mujer son totalmente iguales (...). Muy distintos son, empero, no sólo desde el punto de vista biológico sexual sino también desde el ángulo de su ordenación en el ser y la creación, recíprocamente y con respecto a sus hijos, en el orden familiar, que fue fundado por Dios y por ende no puede ser quebrantado por el legislador de los hombres (...)”.⁶⁷

Siguiendo lo anterior, y a pesar de las múltiples formas familiares que se han suscitado a través del tiempo y el espacio, la jurisprudencia del BGH defendió una postura constantemente moralista en lo que respecta al orden familiar, postura ésta que, en 1954, en el caso del fornicación delictiva, fue también formulada como a continuación se señala:

“El orden moral quiere que el tráfico sexual se lleve a cabo en principio dentro del matrimonio, porque el sentido y consecuencia de dicho tráfico lo son los hijos (...). Al ser humano [le está] preceptuado el matrimonio como forma de vida (...). Sólo en el orden marital y de la (...) familia pueden los hijos prosperar y obtener adecuadamente su condición humana (...). Precisamente debido a que la relación sexual, por naturaleza la más próxima, desencadena tantas consecuencias y al mismo tiempo exige tantas responsabilidades, sólo puede desempeñarse dentro de la sociedad conyugal. (...) La

cional referente a la homosexualidad masculina, por ejemplo, se consideró: “La actividad sexual entre personas del mismo sexo contraviene claramente la Ley Moral (...). Sin embargo, existen dificultades para determinar la vigencia de alguna ley moral. La sensibilidad personalmente moral del Juez no puede dar la pauta en estos casos; cuanto menos puede ser suficiente la concepción de alguna parte de la población. Es argumento de mayor peso, el hecho de que las comunidades religiosas oficiales, en especial las dos mayores confesiones cristianas, de cuya enseñanza se sirven grandes sectores de la población para encaminar su comportamiento, condenan el tráfico sexual entre personas del mismo sexo como inmoral”. BVerfGE 6, 434. Ver también la nota 80.

⁶⁷ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (65).

Ley Moral [ordena] al ser humano el matrimonio y la familia como formas de vida obligatoria".⁶⁸

Cuando surgen los enunciados morales y teológicos como elementos de una argumentación jurídica práctica, se torna dudoso el cumplimiento a la exigencia de una fundamentación objetiva. Pues el conocimiento que no proviene del entendimiento claro, sino que se encuentra influenciado por experiencias personales, sentimientos o percepciones sociales, puede fácilmente ser confundido con una simple opinión, y una opinión siempre es refutable como subjetiva. Estos argumentos, sin embargo, no carecen de valor ya por ese simple hecho.⁶⁹

C. *El sentimiento de certeza interna*

Inspirado por el legado histórico, Hermann Weinkauff vislumbra que el último orden jurídico no puede ser objeto de una comprobación científica cierta. "La ciencia del derecho guarda sólo un carácter muy limitado de certeza, y en cualquier caso el derecho, precisamente con su fundamento, alcanza ciertos aspectos que rebasan por mucho el alcance de lo científicamente cierto e incluso de lo formal y lógicamente evidente".⁷⁰ Pues en la búsqueda de principios universales objetivos mediante métodos únicamente científicos, el jurista caería nuevamente en el error ya superado del derecho de la Razón, con lo cual se crearía un círculo vicioso.

Con ello, sin embargo, no pretende afirmarse que sea imposible el descubrimiento de tal orden. Resulta totalmente innecesario entrar en el círculo vicioso descrito si se puede concebir un orden iusnatural a través de un "esfuerzo dialéctico de la razón y de la conciencia, en especial de la razón y conciencia de un juzgador sensible y experimentado jurídicamente, que posea una seguridad intuitiva relativamente grande". En efecto, un juez no necesita —continúa Weinkauff— realizar grandes tratados generales jurídico filosóficos acerca de cómo y con qué alcance puede ser reconocido o aprehendido este orden

⁶⁸ BGHSt. 6, 46 ss. (53).

⁶⁹ Ver la sección E de este capítulo, así como la Consideración final, p. 59 y ss.

⁷⁰ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 557.

con toda seguridad. Esa no es la tarea de un juzgado. La solución consiste en que el juzgador "encuentre y pronuncie aquellos enunciados iusnaturales, sobre los cuales haya de dirigir su sentencia en el caso concreto. El criterio de su verdad consiste en el sentimiento de certeza interna que los mismos transmiten".⁷¹

El razonamiento jurisdiccional seguido de esta manera, no equivale a ningún silogismo apodíctico, y a partir de los más altos enunciados iusnaturales que se pretenden alcanzar por virtud de dicho razonamiento, no puede derivarse un sistema normativo que todo lo abarque y que incursione en lo particular. "Se priva al sistema de éstos [enunciados]," prosigue Weinkauff. "Ellos proporcionan, más bien, los contornos de un orden jurídico inveterado y fijan en cierta medida los límites externos, que no pueden ser rebasados por los ordenamientos jurídicos positivos. Los enunciados iusnaturales no son todos categóricos en la misma medida; tampoco resuelven todas las antinomias, en las que se incurre en el ámbito del derecho (...); por último, y aunque en sí intemporales, se encuentran tanto comprometidos en el cambiar histórico, en cuanto se congregan con las circunstancias históricamente cambiantes de su aplicación y con los ordenamientos jurídicos positivos históricamente cambiantes. Al mismo tiempo, [estos enunciados] constituyen, en la mano del juez, el medio más fuerte, en pocas palabras indispensable, para mantener la injusticia lejos del ámbito del derecho".⁷²

4. Los más altos principios y su aplicación

Según la enseñanza de Tomás de Aquino, son pocos los más altos preceptos, que tienen carácter universal y absoluto, y de los mismos se derivan otros principios, que si bien son eternos, no necesariamente se aplican en determinado caso, y tampoco son categóricos en la misma medida.⁷³ Como preceptos que conforman un límite externo de las ordenaciones positivas, Weinkauff enuncia el de igualdad, el de dignidad humana y el de "los ordenamientos inveterados y fundamentales de los elementos de la convivencia

⁷¹ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, pp. 561, 562.

⁷² WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 557 y ss.

⁷³ *Vid. infra*, nota 28.

social”.⁷⁴ Estos preceptos fueron aplicados por el BGH como se relata a continuación.

A. El principio de igualdad

La jurisprudencia del Tribunal Federal no conceptúa al principio de igualdad, reconocido en el Art. 3¹ GG, como cualquier derecho fundamental, sino como “la ley fundamental formal de todo ordenamiento jurídico (...); en buena parte [como] la idea misma del derecho”. El principio de igualdad tiene —continúa el Senado Civil— “en la mayor medida un rango supralegal, por lo que ni el legislador común ni el constitucional puede permitir excepción alguna al mismo. Es, para la creación humana del derecho, absolutamente inquebrantable”.⁷⁵ El Senado Civil determinó que el contenido del principio de igualdad consiste, “con relación al legislador, que el mismo no debe dar un tratamiento desigual, de manera arbitraria, esto es, sin razón suficiente y objetiva, o bien sin consideración a las exigencias de la justicia, a supuestos jurídicos equivalentes, que de acuerdo con la naturaleza de las cosas y desde el punto de vista de la justicia, requieren un tratamiento igual”.⁷⁶ Ciertamente, el principio de igualdad no ha de ser siempre fuertemente categórico en la aplicación concreta del derecho, y en muchos casos se dan también márgenes de ponderación. En opinión de Weinkauff, esto se relaciona con las imprecisiones que se presentan, especialmente, en el campo de la determinación y delimitación entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva. En tratándose de la aplicación del principio de igualdad, la jurisprudencia debiera por ende otorgar un cierto margen de ponderación en favor del legislador. El principio de igualdad —continúa Weinkauff— no se torna por ello desprovisto de contenido o inútil para la jurisprudencia. “Es por el contrario, y a pesar de la imperfección que le es inherente, uno de los medios más eficaces en el mando del juez, para excluir la injusticia del ámbito del derecho,

⁷⁴ Vid. WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, pp. 560, 557-558.

⁷⁵ BGHZ 11 Anh. 34 ss. (64).

⁷⁶ BGHZ 11, Anh. 1 ss. (27). Esta formulación se repite constantemente, entre otras, en las siguientes resoluciones: BGHZ 6, 270 ss. (280); BGHZ 13, 265 ss. (311-313); BGHZ 16, 350 ss. (353). BGHSt 4, 379 ss. (383).

cuando sobre éste se manibre simultáneamente con valor y previsión”.⁷⁷ Pueden encontrarse ejemplos de ello en varias resoluciones del BGH.⁷⁸

B. La dignidad del hombre

Con la ideología nacionalsocialista se devastó por completo la concepción de la naturaleza humana. Como principal problema a resolver después de la Segunda Guerra Mundial había que contestar —como ya lo había predicho el grupo Kreisauer, uno de los más significativos movimientos en contra de Hitler— la pregunta, acerca de “cómo [podría] restablecerse la imagen del ser humano en los corazones de nuestros conciudadanos”.⁷⁹ La jurisprudencia del BGH considera a la “personalidad humana”, por ende, no sólo como derecho fundamental central, sino sobre todo como elemento central del orden iusnatural. El individuo se coloca, en la concepción ideológica de la posguerra, por encima del Estado. Aun cuando éste vigile y regule las manifestaciones de la vida en cierta medida, el individuo ha de ser respetado por el poder estatal, fundamentalmente en su libertad iusnatural, y bajo ninguna circunstancia puede ser sometido. La jurisprudencia hace del hecho de que el ser humano sea persona, el punto central de partida de toda su teoría de los derechos fundamentales y de libertad.⁸⁰ Señala al ser humano, según Hermann Weinkauff,

⁷⁷ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 563.

⁷⁸ Expropiación BGHZ 6, 270 ss. (283, 295); Violación del principio de igualdad BGHZ 9, 34 (44) y BGHZ 16, 350 ss. (353); Expropiación mediante empresas de distribución de energía eléctrica BGHZ 9, 390 ss. (400); BGHZ 11 Anh. 81 ss. y BGHZ 13, 265 ss. (311 ss.); Igual trato del hombre y la mujer BGHZ 11, Anh. 34 ss. (58 ss, 64 ss); Reglamento analizado a la luz del principio de Igualdad BGHSt 4, 379 ss. (383).

⁷⁹ De una carta de MOLTKE, citado por LAUFS, *Rechtswentwicklungen...*, p. 391.

⁸⁰ “Tan cierto es que nuestra fundamentación ontológica iusnaturalista habla en favor de la constancia de la verdad fundamental del derecho natural, que hace evidente, no en menor grado, las *fuerzas* de que se sirve su propia evolución (...). Precisamente en vista de tantos mecanismos, a vislumbrar cuando se piensa en el mínimo mundano de la existencia completa del ser humano, que se puede observar en las grandes culturas antiguas, respecto de los grandes grupos de esclavos u otros dependientes sociales, la propiedad de la gleba y, en su tiempo, la relación laboral salarial, nuestro concepto de la Ley Natural demuestra su trascendente significado: el acercamiento a la existencia completa del ser humano se convierte, para los grupos ubicados en el nivel del mencionado mínimo, en fuerza de trabajo con vistas a la igualación, y se torna con ello en la fuerza de movimiento más potente del desarrollo

como la única criatura de la creación, que “se encuentra provista de una autodeterminación libre y responsable (autonomía moral)”. No ha de entenderse con el término “Autonomía moral”, sin embargo, que el ser humano pueda establecer por sí mismo el deber ser moral y jurídico, sino que el ser humano encuentra precisamente su dignidad, en la medida en que pueda decidirse o no por lo debido, en uso de su libre responsabilidad.⁸¹ A partir del reconocimiento de esta personalidad humana se llega al círculo inviolable del derecho y la libertad. La cuestión de cómo ha de delimitarse el círculo jurídico del individuo frente al de los demás y frente a las necesidades de la vida e sociedad, se soluciona siempre bajo el criterio imperante del respeto a la autodeterminación humana. Todo ello constituye, según Weinkauff “un ejemplo extremadamente evidente de cómo se desarrolla el pensamiento iusnaturalista. Uno se coloca frente al hecho central de la autodeterminación moral del ser humano —y en este punto hay que resaltar: no desde una perspectiva científicamente omnímoda, sino con base en una certeza interna autoconvinciente— y se encuentra entonces atado necesariamente al reconocimiento de ciertos imperativos jurídicos elementales que de allí se derivan”.⁸²

De la personalidad humana se derivan otras consecuencias jurídicas: el derecho general a la personalidad y su protección de derecho civil,⁸³ la protección del demandado en contra del empleo de detectores de mentiras, la protección en contra de la reapertura del procedimiento en beneficio del sentenciado,⁸⁴ la protección del honor en contra de la repartición de folletos comerciales de contenido sexual.⁸⁵

Cobra especial importancia la mención de las consideraciones en torno a la garantía de propiedad. Pues pocas cuestiones jurídicas fueron objeto de una discusión tan extremadamente teórica en torno a su

social, y al mismo tiempo del *desarrollo avanzado de la conciencia moral - jurídica y con ello, de paso, del orden jurídico y social*. Johannes MESSNER, “Nurrecht ist Existenzordnung” (“Derecho natural es orden de la existencia”), impreso en MAIHOFER, *Nurrecht...*, p. 551 y ss.

⁸¹ “Que la personalidad humana tenga también una raíz religiosa, no se dice expresamente pero permanece tácitamente detrás de esta jurisprudencia”. WEINKAUFF, *Nurrechtsgedanke...*, p. 566.

⁸² WEINKAUFF, *Nurrechtsgedanke...*, p. 566. Para una explicación acerca del sentimiento de certeza interna, *vid.* Cap. II, C., 3.

⁸³ BGHZ 13, 334 y ss.; BGHZ 24, 200 y ss.; BGHZ 26, 349 y ss.

⁸⁴ BGHSt 5, 323 y ss.

⁸⁵ BGHSt 11, 67 y ss. (70-72).

carácter iusnatural en aquel tiempo. Mientras que en el mundo comunista se consideraba a la propiedad privada como inmoral —la propiedad era inclusive robo—, la teoría y jurisprudencia occidentales profesan en su mayor parte su carácter suprapositivo.

El neotomismo de la posguerra observó a la propiedad bajo la luz de la enseñanza de justicia de Tomás de Aquino, según la cual lo suyo de cada quien es “aquello, que se encuentra ordenado a alguien”. Es cierto que no puede considerarse que ciertas cosas determinadas “desde el punto de vista iusnatural se encuentren, sin más, atribuidas a ‘esta’ persona”, opinaba Heinrich Rommen, “pero que la persona tenga un derecho sobre las obras producidas por la fuerza de su propio trabajo, que las mismas ingresen en su propiedad, es en sí mismo evidente (...). En la propiedad se consagra no sólo la garantía del aseguramiento de la vida material, sino también del desarrollo específico del ser humano, la más grande de las libertades de la persona. Expresado en forma negativa: Quien no *tiene* propiedad, se *convierte* con demasiada facilidad en propiedad, en un simple medio para alguien, que tenga propiedad de sobra”.⁸⁶

C. El orden de la vida social en común

Según la interpretación del BGH, todos los aspectos de la vida en común —como Familia, Pueblo, Estado, Iglesia, comunidad de pueblos y de Estados— deben estar sometidos al derecho (y precisamente no a finalidades arbitrarias de individuos o del poder político). A propósito de la cuestión acerca de la medida en que el Estado ha de regular las relaciones familiares entre el marido y la mujer, el Senado Civil formuló este principio de la forma siguiente: “Resulta a todas luces claro que en sí el enunciado fundamental, que reza que las relaciones elementales entre personas vinculadas jurídicamente (como las relaciones jurídicas entre el marido y la mujer) no deben sucumbir al poder o a la arbitrariedad, sino que deben regirse por un orden jurídico reconocible y aplicable, sea que éste descansa en la ley o en la resolución judicial, constituye derecho constitucional de más alto rango, y una norma constitucional de rango menor puede transgredirlo (...). Pero además tiene un rango supralegal, pues no

⁸⁶ ROMMEN, *Wiederkehr...*, p. 236.

expresa otra cosa que la necesaria supremacía del derecho, al ordenar que las relaciones elementales entre personas vinculadas jurídicamente no deben someterse a la arbitrariedad, sino al derecho”.⁸⁷

a) El derecho de autodeterminación de los pueblos

A partir del principio del orden de la convivencia social, el Tribunal Federal obtiene una máxima, cuyo contenido es de gran importancia en vista de la situación política de Alemania durante la posguerra y como una de las principales razones para tomar en cuenta el derecho natural. Tras la división del territorio alemán en zonas de ocupación, el sistema político y su legitimación se encontraba en un estado muy inestable. La soberanía alemana debía ser reafirmada sin lugar a dudas y también debía ser fundamentada en el derecho natural, pues “un pueblo que ha llegado a ser una unidad estatal a través de una historia y de un desarrollo cultural comunes, y que acata el marco jurídico internacional (,) una nación, es como construcción algo que debe ser, y que ha de ser protegido por el derecho”.⁸⁸ Tal máxima se obtiene asimismo en conexión con el principio de la personalidad, en términos del cual todo ser humano que forma parte de un Estado tienen por sí mismos el derecho de determinar el destino de su Estado.

Para reafirmar indubitablemente la estatalidad alemana, el GrSZ (Gran Senado Civil) volvió la mirada en 1954 al concepto del derecho de autodeterminación de los pueblos, defendido por las convicciones tradicionales iusnaturalistas del derecho de guerra, como mandato necesario del derecho suprallegal, y que además había encontrado reconocimiento en el derecho positivo internacional. De acuerdo con dicho principio, la victoria militar no trae aparejado el derecho en favor del ganador, de “robar al Pueblo vencido la estatalidad común que le ha sido heredada por la historia (...) y que dicho Pueblo pretende conservar”. En estos términos, y al considerar la cuestión relativa a si el Reich alemán como Estado unitario había encontrado continuidad tras la caída de 1945, el Senado Civil pudo afirmar en forma incontestable, que “la nación alemana (...) pensada como Estado propio, en la forma de reclamación de una reunificación, en-

⁸⁷ BGHZ 11, Anh. 34 y ss. (57).

⁸⁸ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 576.

cuentra siempre expresión renovada y viva (...)”, y que “al Estado alemán, que si bien conserva la capacidad jurídica ha perdido la capacidad de obrar, se le ha sustraído temporal y fiduciariamente el poder estatal por parte de las potencias ocupantes (...). Pero como titular legítimo de este poder estatal permanece, como siempre, el pueblo estatal alemán”.⁸⁹

Tal afirmación jugó un papel significativo en la República Democrática Alemana y su sistema socialista. Hermann Weinkauff hablaba de los “enunciados injustos” de ambas dictaduras (la nacionalsocialista y la bolchevista), las cuales habían lastimado la Personalidad “mediante la estrella amarilla o bien mediante el defecto fundamental del enemigo de clases”.⁹⁰ El Senado Civil resaltó expresamente, que “el pueblo alemán situado en el territorio de la llamada República Democrática Alemana jamás ha podido disponer libremente de su destino estatal” y que “con justicia no reconoce la organización política fundada en mera violencia, y que siendo idéntico al Estado alemán en continuidad, [puede] el poder estatal [ser ejercido] efectivamente, sin embargo, por el momento únicamente en el propio territorio de la República Federal”.⁹¹

El derecho de autodeterminación tiene por fundamento, sin embargo, a la concepción del orden iusnatural, y la fuerza normativa del derecho dado por el pueblo se encuentra siempre vinculada a las limitantes suprapositivas al poder legislativo que obligan a todo ser estatal.⁹²

⁸⁹ BGHZ 13, 265 y ss. (293 s.). Ver también BGHZ 6, 208 y ss. (209 s.). En 1973, la Corte Constitucional Federal estableció esta Máxima en forma vinculativa: “La Ley Fundamental —y no solamente una tesis de la teoría del derecho internacional o de la teoría del derecho constitucional— parte de la base, de que el Reich Alemán trascendió a la caída de 1945 y que no sucumbió ni con las capitulaciones, ni a través del ejercicio del poder público por parte de poderes estatales extranjeros en Alemania mediante las fuerzas ocupantes aliadas, ni tampoco más tarde. El Reich alemán continúa existiendo (...), posee igual que antes la capacidad jurídica, aunque por sí mismo sea incapaz para obrar, como Estado íntegro, por falta de Organización, y sobre todo por falta de órganos institucionalizados”. Ver. BVerfGE 36, 1 ss. (15 s.).

⁹⁰ Hermann WEINKAUFF, “Das Naturrecht in evangelischer Sicht” (“El derecho natural desde el punto de vista evangélico”), en: *Zeitwende* 23., 1951-1952, p. 95 y ss. (101).

⁹¹ BGHZ 13, 265 y ss. (294 y ss.).

⁹² “La pertenencia del principio del Estado de derecho a los principios fundamentales ‘suprapositivos’ de la Constitución le asegura un significado primordial en la vida jurídica como tal”. Albrecht LANGNER, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik (El pensamiento del derecho natural desde Weimar y en la jurisprudencia de la República Federal)*, Bonn, 1959, p. 124.

De ello se sigue necesariamente, que al pueblo también le corresponde la responsabilidad y que ha de “ejercitar su derecho de Auto-determinación dentro del marco del orden iusnatural que lo obliga”.⁹³

b) La obligatoriedad del derecho natural

En consecuencia de lo anterior, la justicia material y la Ley Moral pertenecen al puño de los principios iusnaturales más altos, en tanto se atribuya al Estado y a la comunidad estatal el deber de mantener el derecho que ellos emiten, y mediante el cual deben regular las relaciones elementales de las personas vinculadas jurídicamente, dentro de un marco de lo justo y de lo moralmente exigible.

Este deber de subordinación a las normas del derecho natural no se imputa exclusivamente al legislador,⁹⁴ sino que se espera también del poder Ejecutivo, y sobre todo también de la jurisprudencia.

Este vínculo “a la ley y al derecho” ya había sido determinado mediante reconocimiento constitucional en el Art. 20^{III} GG, lo cual se “entiende en forma indiscutiblemente acertada como vinculación a los principios jurídicos suprapositivos”.⁹⁵ Con respecto a esto, el BGH expuso lo siguiente: “La vinculación del juez a la ley y al derecho (...) no sólo permite al juez perfeccionar la creación del derecho en términos de su desarrollo a través de la interpretación del derecho establecido, sino que además lo obliga a ello, cuando así lo requiera la consecución de una resolución justa (...). Otorgar una solución adecuada y razonable a determinada controversia tomando en cuenta la confianza y la buena fe, esa es la tarea de un juez”.⁹⁶

Con ello se desenvuelve una nueva dimensión en el límite que separa al positivismo jurídico de su exigencia de mayor legalidad. El distanciamiento del nacionalsocialismo no podía alcanzarse únicamente mediante la supresión de leyes nacionalsocialistas. “A las derogaciones les correspondía en gran medida un carácter meramente declarativo, la eliminación puesta efectivamente en marcha, constitutiva, se desmoronó o bien (...) se llevó solamente a cabo en forma

⁹³ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 576.

⁹⁴ *Vid.* Cap. II, A., 1.

⁹⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 605.

⁹⁶ BGHZ 17, 266 ss. (276).

errónea. Por último, dicha eliminación abarcó pues sólo pocas áreas, y en su mayor parte en forma incompleta. Una gran parte de la legislación NS trascendió por ende a la nueva RFA y permaneció durante largo tiempo”.⁹⁷ El juez ha de necesitar, por lo tanto, una cierta —aunque limitada— independencia, misma que ha de conseguir mediante la argumentación judicial de autoridad. Con ello estaría en posibilidad de emplear como varas medidoras, generalmente en muchos casos,⁹⁸ los puntos comunes generales de la justicia y la concordancia con la Ley Moral mediante la interpretación del derecho positivo. En este sentido, estos puntos de vista jugaron un papel mucho más importante en dichos casos que en aquellos en los que se declaraba la invalidez de leyes.

Dicha independencia del juez, en tratándose del principio del Orden en la Convivencia Social, tuvo un significado muy importante. Pues “en donde (...) se practique y enseñe la igualdad positivista entre el derecho y la Ley” —nos dice Ernst von Hippel— “la vinculación del juez *exclusivamente* a la ley implica ciertamente su total subyugación bajo la voluntad soberana de los tenedores del poder político, misma que se expresa en la legislación. Y según se parta, con el positivismo, de la Ley como más alta fuente del derecho o bien se considere al *Derecho* como máxima norma para la regulación estatal, resulta la posición del juez fundamentalmente diversa. Las zonas jurisdiccionales, en las que la voluntad y el interés del Partido vinculan al juez como ‘Ley’, y por otro lado aquellas en las que se reconoce la idea del derecho y por ende de la justicia como última medida de la jurisprudencia y de la interpretación jurídica en la República Federal, caracterizan respectivamente sistemas y formas de vida fundamentalmente distintas”.⁹⁹

El derecho positivo ya no se consideró como la fuente jurídica más importante —o bien en teoría inclusive la única—, a la cual tuviera que atenerse la jurisprudencia sin más. Por fuerza de la imperiosidad de distanciarse de la judicatura fascista acusada de

⁹⁷ Matthias ETZEL, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948)* [La derogación de leyes nacionalsocialistas a través del Consejo de Control de los Aliados (1945-1948)], Tübingen, 1992, p. 201.

⁹⁸ BGHSt 10, 254 ss. (301); BGHZ 2, 300 ss. (308 s.); BGHZ 10, 75 ss. (78 s.).

⁹⁹ Ernst VON HIPPEL, *Allgemeine Staatslehre (Teoría general del Estado)*, Berlín y Frankfurt am Main, 1963, p. 238.

“positivista”, surgió en consecuencia el deber de resistencia del juez —esto es, su obligación de denegar la obediencia a leyes injustas— en especial en aquellos casos, en los que se tratare de una contravención clara e inadmisibles al derecho natural.¹⁰⁰ El deber de resistencia —y con él también la función análogamente legislativa del juez— no se consideraba, por lo demás, una violación a la división de poderes, pues el “control de las normas en su función de rechazo” es “esencialmente algo distinto que la función de creación jurídica del legislador”.¹⁰¹ Günter Less opina además: “El juez, que ha de hacer realidad la justicia por fuera de la ley, cuando crea tras comprobación cierta, que no puede encontrarla dentro de la ley, se convierte realmente en un contrincante del legislador, que ya no necesita ‘acoplarse’ con resignación a los triunfos de poder de éste (...). [Se convierte] en tenedor de verdadero poder estatal y en una instancia, en la que ha de medirse con los tenedores de los otros poderes estatales (...). [Pues] orillar al juez a emitir una resolución que contravenga su concepción de las cosas, significa rebajarle en sí Ethos judicial, así como en su dignidad personal, significa corromperlo, y una resolución que se subleve al sentimiento jurídico general, no puede considerarse como equilibrio entre las funciones de orden y de justicia”.¹⁰²

Mediante la cognición de tal vinculación del Estado a las normas trascendentes del orden iusnatural, la jurisprudencia del Tribunal Federal se aparta de la opinión relativista, que reza que el juez no ha de resolver sobre cuestiones de ética.¹⁰³

¹⁰⁰ Helmut COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie (Principios de filosofía del derecho)*, Berlín, 1950, p. 243.

¹⁰¹ BVerfGE 1, 18.

¹⁰² Günter LESS, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts (Del ser y el valor del derecho judicial)*, Erlangen, 1954, pp. 49, 81.

¹⁰³ BGHSt 6, 46 ss. (52); y sobre todo también en BGHSt 6, 147 ss. (153 s.), en donde la pregunta, acerca de si la situación peligrosa causada por un intento de suicidio crea la obligación de ayuda por parte de los testigos, es contestada de la siguiente manera: “En virtud de que la ley Moral reprueba fuertemente todo suicidio, salvo quizás en los casos de excepción más extremos, pues a nadie le está permitido decidir con dominio propio sobre su propia vida, ni darse muerte a sí mismo, el derecho no puede reconocer, que el deber de ayuda por parte de terceros haya de restringirse frente a la voluntad moralmente reprochable del suicida hacia su propia muerte”.

5. La ponderación de principios normativos

Mediante la cognición de los enunciados fundamentales arriba citados y su aplicación, el Tribunal Federal determina ya el punto de partida para la consecución de la tarea exigida por Radbruch, de restablecer la justicia. Una solución determinante de la cuestión acerca de cómo ha de encontrar la jurisprudencia un orden jurídico suprapositivo —y más, iusnatural— en forma correcta, no subjetiva, no se deriva aun de las consideraciones jurisprudenciales y teóricas analizadas hasta ahora en esta investigación. Mas el planteamiento del problema tampoco ha sido formulado, en mi opinión, correctamente. La dificultad radica precisamente, en que siempre se pretende encontrar la respuesta usando métodos científicos tradicionales.

En la tarea de deshacerse de los escombros nacionalsocialistas, la jurisprudencia del Tribunal Federal se encontró precisamente ante la difícil tarea, de apartarse al mismo tiempo del positivismo jurídico, detrás del cual se escudaba el nacionalsocialismo. Pues no sólo las leyes, sino también los lineamientos y manifestaciones de los representantes nacionalsocialistas, que en sí no eran jurídicamente obligatorios, podían regir como derecho positivo. Al respecto replica el Tribunal Federal: “La opinión de ciertos teóricos jurídicos nacionalsocialistas, en el sentido de que toda expresión de voluntad jurídicamente considerable de Hitler, que según su modo pudiera en cualquier forma entrar en juego como norma, hubiera de tener independientemente de su forma valor de ley y obligatoriedad, constituye una denigrante autoenajenación de los miembros de la comunidad jurídica en favor de un gobernante único, misma que no merece atención alguna como teoría de las fuentes del derecho desde el punto de vista del Estado de derecho”.¹⁰⁴

Oponer resistencia en contra del derecho positivo, sin embargo, ya no era tan fácil como en etapas históricas anteriores, en las que surgían concepciones iusnaturalistas, pues la difusión científica, lógico-sistemática y tan convincente del positivismo jurídico,¹⁰⁵ por

¹⁰⁴ BGHZ 3, 94 ss. (106 s.).

¹⁰⁵ Apartarse totalmente del positivismo jurídico, resultó imposible (incluso hasta la fecha) debido a la fuerza influyente del positivismo jurídico. Hermann WEINKAUFF apuntó incluso una “no inmediata implementación general de los puntos de vista iusnaturales”, con

un lado, se apoyaba ya en una superación histórica de la teoría iusnaturalista tradicional, a través del debilitamiento de sus columnas fundamentales. Y por otro lado, la teoría tradicional del derecho natural carecía en sí misma de armas para combatir al positivismo jurídico y eliminarlo por completo, pues compartía con él la pretensión de concebir al derecho en formulaciones obligatorias y previamente establecidas para su aplicación en todo caso, y estaba por ende igualmente orientado a lo axiomático y a la codificación.¹⁰⁶ Era común a ambos, pues la pretensión de una consecución universal de normas civiles.

Un mejor planteamiento del problema ha de ser formulado, en mi opinión, de la siguiente manera. Un orden jurídico suprapositivo no ha de buscarse mediante parámetros subjetivos —que son conceptos como el de *Apreciaciones de toda civilización*—, pero tampoco ha de encontrarse de manera totalmente objetiva, *apodíctico*-científica. Se conforma de enunciados del deber ser, que más bien deben ser valorados individualmente en una argumentación jurídica, esto es, empleando un método problemático o *aporético*.¹⁰⁷ De este modo se crea un orden jurídico abierto a la discusión, que contrariamente al propuesto por el positivismo jurídico resulta flexible, se adapta a las circunstancias del caso concreto y es variable en su aplicación.

Para el jurista, esto significó entonces precisamente recobrar su función, que necesariamente pierde, “donde gobierna el principio del partidismo consciente y el Juzgador es relegado servidor de la dictadura”.¹⁰⁸ Los juristas tenían el “ardiente deseo (...), de liberarse de las cadenas de la violencia y dejar de ser abogados de gobiernos violentos cambiantes”.¹⁰⁹

lo cual el BGH, en vista de la educación plenamente positivista de los juristas, emitió en consecuencia algunas sentencias positivistas. WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 558 y ss. Ejemplos de ello se encuentran en BGHZ 1, 274 ss. (276), BGHZ 23, 175 ss.

¹⁰⁶ Arthur KAUFMANN, “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik” (“Del derecho natural y el positivismo jurídico a la hermenéutica jurídica”), en *Juristenzeitung* 1975, p. 337 y ss. (338).

¹⁰⁷ *Vid. Infra*, Consideración final, p. 59 y ss.

¹⁰⁸ LAUFS, *Rechtswentwicklungen...*, p. 372.

¹⁰⁹ “Se trata de un reconocimiento derivado de la vida, y no de la teoría jurídica, en el sentido de que las formas de pensamiento positivistas han fallado con respecto al problema de las necesidades existenciales modernas, y que se debiera buscar una nueva orientación de la administración de Justicia, si ésta ha de alcanzarse su finalidad vital”. Günter LESS, *Wesen und Wert...*, p. 47.

Es cierto que el planteamiento y solución del problema aquí propuestos no fueron expuestos como tales en la jurisprudencia del Tribunal Federal. Sin embargo, en las consideraciones de una resolución, en la que el Senado Civil hace derivar de la personalidad humana el fundamento de la eficacia supralegal de la garantía general de propiedad, la jurisprudencia reconoce que los enunciados iusnaturales encuentran aplicación bajo condiciones siempre cambiantes, y que la obligatoriedad social de la propiedad debe adaptarse a los momentos históricos. La garantía de propiedad no es considerada como un absoluto en esta resolución, y las excepciones que a veces parecieran contradictorias se aprecian como aceptables y hasta necesarias:

“El individuo integrado en el Estado requiere, para poder vivir entre sus iguales como persona, esto es, libre y con responsabilidad, y para no volverse mero objeto de un poder estatal todopoderoso, en pocas palabras, para su libertad y dignidad, una esfera de propiedad fuertemente asegurada por el derecho. Por otro lado, el Estado debe también estar en posibilidad, cuando así lo requieran claramente los fines públicos superiores de la comunidad, de afectar los derechos patrimoniales de sus ciudadanos. La propiedad, como todo derecho patrimonial, no es en cuanto a su contenido rígida, sino históricamente cambiante dentro de ciertos límites, cambiante especialmente en lo que respecta a la medida de la unidad social, que estos derechos deben tolerar. El punto de tensión caracterizado adopta por su parte, según el desarrollo histórico, una intensidad mayor o menor (...). En tratándose de la expropiación, se habla (...) de una afectación estatal legalmente permitida y obligatoria a la propiedad (...) que perjudica a los individuos o grupos en cuestión, en comparación con los demás, de manera desigual, especial, y los obliga a realizar un sacrificio especial en favor de la comunidad, que no se atribuye a nadie más (...). Para compensarla [la contravención al enunciado de igualdad], requiere la expropiación de una indemnización que verifique este equilibrio (...)”.¹¹⁰

De esta manera se adhiere el Tribunal Federal a la convicción tomista, en el sentido de que el derecho natural es cambiante, tal como la naturaleza humana.¹¹¹

¹¹⁰ BGHZ 6, 270 ss. (276-280).

¹¹¹ *Vid. Cap. I, C.*, en relación con la nota 30.

III. LA SEGURIDAD JURÍDICA

La segunda tarea de la ciencia jurídica, exigida por Gustav Radbruch, consistía en alcanzar la seguridad jurídica. La seguridad jurídica implica, entre otras cosas, la obediencia del derecho positivo. A continuación se explica cómo ha de ser armonizada esta exigencia con el reconocimiento de un orden jurídico suprapositivo.

1. La libre autodeterminación ética

El derecho natural, como instrumento eficaz en contra del nacionalsocialismo, no podía concebirse como mero reconocimiento de normas suprapositivas en abstracto, pues tal exigencia se encontraba también en la ideología nacionalsocialista. En este sentido, el alejamiento del positivismo jurídico no podía considerarse al mismo tiempo como alejamiento del nacionalsocialismo, pues positivismo jurídico no equivale a nacionalsocialismo. El primero, precisamente como teoría del Estado constitucional del siglo XIX, no constituía una enseñanza arbitraria, sino que se encontraba dirigido a establecer ciertos límites al poder estatal.

Por el contrario, el nacionalsocialismo difamaba —al contravenir la legalidad civil— en sí mismo al positivismo jurídico, aunque se aprovechaba de sus ventajas. El nacionalsocialismo se propuso expandir el poder estatal extensamente en el ámbito de lo individual, impregnarse en la conciencia pública; y para ello “empleó ideas preexistentes (...) para formular un concepto en buena parte amalgamado”.¹¹² Entre otras cosas, algunos autores malemployaron incluso las palabras derecho natural y su trasfondo filosófico en la propaganda del partido totalitario, en forma por demás furtiva. Hans-Helmut Dietze, un expositor jurídico de la “Juventud de Hitler”, hablaba incluso de un ...derecho natural de sangre y suelo”, y afirmaba al respecto, que ...ni el individuo por sí solo ni la humanidad (...) [constituyen] elementos fundamentales del orden de la vida, sino únicamente la catalogación según comunidades raciales [es] lo natural y lo querido por la naturaleza. Un verdadero derecho de la naturaleza o de la vida [puede] por ende existir solamente como derecho natural de

¹¹² LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 353.

razas o pueblos concretos”.¹¹³ Es precisamente aquí donde se demuestra la exigencia de un renacimiento del derecho natural en sentido terminológico. ...El mal uso de tan nobles palabras es muy típico del totalitarismo, tal y como al día de hoy se hace mal uso de la palabra democracia por parte de los comunistas (...).” —crítica al respecto Heinrich Rommen. ...Lo natural se trasgiversa en un craso concepto materialista: naturaleza es sangre, es la masa hereditaria biológica de la raza: en esta trasgiversación queda ya solamente un principio del antiguo concepto de derecho natural: derecho es, lo que sirve al pueblo como unidad racial, de igual forma que en el derecho natural ‘proletario’, que consiste en el único principio de que: ‘El derecho es, lo que sirva al Proletariado’. (...) Y así, el levantamiento del totalitarismo trajo consigo mismo el regreso al derecho natural (...), pues la experiencia de la tiranía enseñó a cada vez más personas pensantes, las consecuencias a las que había de llegar el ultraje del derecho natural”.¹¹⁴

Ahora, si bien no puede considerarse al nacionalsocialismo como ideología iuspositivista, tanto menos puede describirse como teoría del derecho natural. En realidad se trata de un desdoblamiento de una de las ramas del naturalismo jurídico, como opina Franz Wieacker,¹¹⁵ —en cuanto describe al derecho vigente en tanto hecho real como un producto de causas e intereses— y como tal propagó un “razonamiento de orden” del ser humano, el cual se encuentra determinado para realizar *aquello que sirve al pueblo*, incluso en contra de las leyes. En este sentido, el derecho conserva “ya sólo un contenido, y es precisamente el ‘Interés del Pueblo’, que se [debiera] hacer valer —a través de la determinación del dictador— en forma soberana y directa. El ‘Espíritu del Nacionalsocialismo’ se consideraba como (...) la más alta teoría de la norma no escrita, que como fuente superior del derecho, servía para desvirtuar las acepciones de las leyes

¹¹³ Hans-Helmut DIETZE, “Naturrecht aus Blut und Boden” (“Derecho natural de sangre y suelo”), en: *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Revista de la Academia del Derecho Alemán)* 1936, p. 818 y ss. Ver también *idem.*, *Naturrecht in der Gegenwart (Derecho natural en la actualidad)*, Berlín, 1936. Las palabras derecho natural también fueron objeto de mal uso por parte del autor nacionalsocialista Raimund EBERHARD [*Modernes Naturrecht (Derecho natural moderno)*, Rostock, 1934].

¹¹⁴ ROMMEN, *Wiederkehr...*, p. 161.

¹¹⁵ *Vid. Supra*, Cap. I, B, en relación con la nota 12.

heredadas".¹¹⁶ La totalidad del derecho alemán, en términos de esta ideología, debía ser dominada exclusiva y solamente por el espíritu del nacionalsocialismo. Este "razonamiento de orden" concreto "postulaba que la realidad llevaba consigo su propio orden, mismo que precedía a las normas jurídicas. Norma o Regla no creaban el orden, sino que poseían validez independiente tan sólo en una medida relativamente pequeña".¹¹⁷

El derecho natural que la jurisprudencia contrapuso a todo ello, debía por ende basarse en la libertad humana y responsabilidad del comportamiento humano, que contrarían al determinismo del *naturalismo aplicado*. El Tribunal Federal expuso tales consideraciones en una resolución, en la que la autonomía moral sirve como fundamento para el reproche de culpabilidad, en los siguientes términos:

"La pena presupone la culpa. Culpa es reprochabilidad. Con la reprobación de la culpa se le reprocha al perpetrante, que no se ha comportado justamente, que se ha decidido por lo injusto, a pesar de haberse podido comportar justamente, decidir por la justicia. La razón interna del reproche de culpabilidad recae en que el ser humano puede comportarse con base en una autodeterminación libre, responsable y moral, y que por ende es capaz de decidirse por lo justo y no por lo injusto, dirigir su conducta hacia las normas del deber ser jurídico y evitar lo jurídicamente prohibido (...). Presupuesto para ello (...) es el conocimiento de lo justo y de lo injusto. (...) El ser humano, por encontrarse en la posibilidad de comportarse con autodeterminación libre y moral, es también llamado a decidirse en todo momento y responsablemente, a comportarse justamente como integrante de la comunidad jurídica y a evitar lo injusto".¹¹⁸

¹¹⁶ LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 372, 377.

¹¹⁷ LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 376.

¹¹⁸ BGHSt. 2, 194 ss. (200 s.). Es preciso hacer aquí una aclaración de carácter lingüístico. En la traducción que cita esta resolución, se emplean las palabras "justamente", "lo justo" y "lo injusto", traducción que se aproxima más al texto original. Sin embargo, en alemán se emplearon aquí las palabras "rechtmäßig", "Recht" y "Unrecht", que respectivamente podrían traducirse en sentido literal como "lo adecuado al Derecho", "Derecho" y "No-Derecho", respectivamente. Debe decirse, además, que no es casualidad que tanto desde el punto de vista ideológico de la jurisprudencia del BGH, como en sentido lingüístico, se identifique al derecho con lo justo. Pues la intención de hacer a un lado la ideología nazi se basa precisamente en calificar sus postulados no sólo como injustos (ungerecht) sino sobre todo como antítesis del Derecho, el "No-Derecho" (Unrecht). N. del T.

2. El conocimiento de las normas de derecho natural

El descubrimiento de enunciados de deber ser iusnaturales para planteamientos problemáticos a través del razonamiento jurídico de la conciencia y de la razón que se ha explicado hasta este punto, se suscita en una manera no poco problemática, a pesar de su valor jurídico-práctico. Falta por demostrar, si el reconocimiento de las normas del derecho natural es acaso posible a través de una autodeterminación libre y moral, si toda persona ha de encontrarse en la posibilidad de distinguir con estos medios lo justo de lo injusto. Pues aunque pudiese afirmarse la eventualidad de un reconocimiento del orden jurídico más general resultante de la conciencia y la razón, debe ponerse en, duda al menos en cierta medida, que todo el mundo deba conocer sin más el significado del deber ser individualizado, esto es, establecido en normas específicas.

Durante la posguerra, este problema se tornó aún más evidente. El Senado Civil adujo lo siguiente: "En torno a la (...) delincuencia, pudiese tener justificación la opinión en el sentido de que un error no culpable sería impensable, en los tiempos políticos y socialmente equilibrados de la segunda mitad del siglo XIX. Por el contrario, en los tiempos en que los cimientos del funcionamiento de la vida estatal y social han sido cimbrados o incluso desplomados, esto no es así. Es común allí, que los valores dirigentes sean oscurecidos a través de la experiencia del aturdimiento de los órdenes que en dichos valores descansaban y a través de las pretensiones de las fuerzas que asedian al poder. Lo que es derecho o no derecho, ya no es de suyo sobreentendido".¹¹⁹

La invocación de un oscurecimiento de los valores, sin embargo, no debía por ningún motivo subestimar los crímenes cometidos durante el régimen nazi. Debía considerarse que, sobre todo en casos extremos, todo individuo se encontraba en posibilidad de distinguir lo justo de lo injusto y con ello ser responsable de sus actos. Tal principio de responsabilidad fue formulado por el BGH como sigue: "Pudiera ser que el valor moral de un acto y una convicción digna de obediencia sean fundamento de una atenuación de la culpa, pero entonces debe sopesarse si esta causa atenuante de culpabilidad no va a

¹¹⁹ BGHSt 2, 194 ss. (202).

encontrar su contrapeso en el especial peligro que constituye el fanático que, apasionado en el apego a sus creencias, se encuentra siempre presto a levantarse nuevamente en armas (...). Por lo demás, no hay lugar para tales lucubraciones cuando las convicciones no concuerdan con la ley moral y cuando el perpetrante se encuentra en la posibilidad de reconocer esto".¹²⁰

El BGH señala en su jurisprudencia que toda persona imputable es capaz de reconocer el derecho natural en casos extremos. Al conocer los casos de "envío de judíos", el Senado Penal sentenció que tal "comportamiento (...) no [había de ser medido] acaso con criterios que alcanzaran validez general a penas con posterioridad, y no se esperaba [de los demandados en este caso], que tuvieran que responder la pregunta acerca de la justicia o injusticia, con principios que en aquel entonces tuvieran validez o no. La afirmación de que fueran desconocidos los pocos principios improrrogables para la vida en comunidad, que pertenecen a aquella génesis y área central del derecho, viviente en la conciencia jurídica de todas las civilizaciones, o bien que los demandados pudieren haber desconocido la obligatoriedad de tales principios con independencia de todo reconocimiento estatal, es tanto menos aceptable, cuanto que las impresiones con las que se construyen dichas convicciones, se remontan cada uno a una época, en la que el nacionalsocialismo todavía no había podido desdoblarse sin resistencia su confusa y envenenada propaganda".¹²¹ Que el conocimiento de la injusticia extrema es posible, se demuestra en forma irrefutable especialmente con el hecho, de que durante el Régimen Nazi la oposición era "en número mucho más extensa, que lo que inmediatamente se aceptó (...); [La oposición] funcionó con mucha mejor dirección y expansión, de lo que pudiera esperarse bajo las vicisitudes de un régimen terrorista".¹²²

Sin embargo, también en casos no tan extremos, debiere cada cual reconocer el derecho natural. El deber de decidirse, en pleno uso de la autodeterminación libre, responsable y moral, por el derecho y en contra del No Derecho, no le sería suficiente al ser humano "si sólo deja de hacer lo que frente a sus ojos se manifiesta claramente como

¹²⁰ BGHSt 8, 162 ss. (163).

¹²¹ BGHSt 2, 234 ss. (239).

¹²² LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 385.

No Derecho", dice el Senado Penal. "Más bien tiene que hacer conciencia, en todo lo que se le presenta como concepto de comportamiento, y decidir si éste se encuentra en concordancia con lo debido jurídicamente (...). Para ello requiere de la expansión de la conciencia, cuyos criterios se enfocan a las circunstancias del caso y a los círculos de vida y trabajo de los individuos. En el caso de que aun con la expansión de la conciencia que se le imputa, no le sea posible apreciar lo injusto de su comportamiento, entonces el error era insuperable, y el hecho resultaba para él inevitable".¹²³

3. La fórmula Radbruchiana

La determinación de los enunciados jurídicos en los casos más concretos, y no sólo en los extremos, no trae consigo, empero, el cumplimiento de la exigencia de seguridad jurídica, en su significado iuspositivista, constitucional. Seguridad jurídica significa en este sentido, que a cada individuo se le garantice la previsibilidad y determinabilidad, de que al realizarse un supuesto jurídico se darán las correspondientes consecuencias positivas de derecho (y no otras). Pues a través del conocimiento del derecho positivo, sobre todo de las leyes, resulta más fácil para todos la determinación de los enunciados concretos del deber ser. Por ello la invalidación judicial de la injusticia legal, dice Gustav Radbruch, "ha de limitarse a leyes inconmensurables, cercenantes del sentimiento jurídico, puntualmente delictivas", pues "las contradicciones menores entre la ley y la justicia deben ser admitidas en aras del interés de la seguridad del derecho".¹²⁴

Este conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, en opinión de Radbruch "debiera solucionarse, en cuanto que el derecho positivo, asegurado con sanción y poder, también tenga preferencia cuando sea injusto y sin finalidad en cuanto a su contenido, salvo que la contradicción de la ley positiva hacia la justicia alcance tal grado de inadmisibilidad, que dicha ley haya de aplastar a la justicia como 'Derecho incorrecto'".¹²⁵ La búsqueda de normas iusnaturaes se sus-

¹²³ BGHSt 2, 194 ss. (200 s.).

¹²⁴ RADBRUCH, *Erneuerung...* p. 3.

¹²⁵ Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie (Filosofía del derecho)*, 4a. ed., Stuttgart, 1950, p. 353.

cita de acuerdo con lo anterior sólo de manera excepcional y en casos extremos, y el derecho positivo sólo deja de ser obligatorio en aquellos casos en que lo que en el mismo se exige contravenga de manera intolerable los presupuestos morales no escritos de todo orden jurídico. La fórmula en mención también descansa en la escuela tomista, de acuerdo con la cual resulta aconsejable la obediencia de una ley contraria a la moralidad contenida en la *lex naturalis*, para evitar el escándalo y la intranquilidad.¹²⁶

Con el análisis del principio de igualdad, el Tribunal Federal reconoce la exigencia de seguridad jurídica en comento, y determina que ha de atribuirse el carácter de jurídicas a algunas leyes contrarias al derecho natural, y que se debe obediencia a las mismas. En su concepto, el legislador no puede ni necesita “prever ni tomar en consideración, en una reglamentación legal que necesariamente debe conservar su carácter de generalidad, toda injusticia derivada de la configuración especial del caso concreto, porque ello rebasa generalmente las fuerzas del ser humano. Él puede, hasta cierto grado, proceder en forma esquemática (...). Sólo [puede] refutarse lo emitido por el legislador desde el punto de vista de la contravención al principio de igualdad, en aquellos casos en que sea absolutamente imposible reconocer una fundamentación objetivamente acertada para determinada diferenciación establecida por el mismo entre distintos grupos de personas, de tal manera que su observancia constituya una violación en contra de la sensibilidad general de justicia”.¹²⁷

La fórmula Radbruchiana fue expuesta como directriz de reconocimiento en una resolución del Senado Penal, que sirvió de base para sentencias posteriores: “Las disposiciones oficiales que ni siquiera se acerquen a la justicia, que repudien propositivamente el pensamiento de igualdad y que desacaten descomunadamente las convicciones jurídicas comunes a todas las civilizaciones respecto del valor y la dignidad de la personalidad humana, no crean derecho (...)”.¹²⁸

Las leyes nacionalsocialistas, por ende, merecerían este mismo trato. Sólo tratándose de violaciones descomunales contra las reglas

¹²⁶ *Vid. Supra*, Cap. I, C, en relación con la nota 26.

¹²⁷ BGHZ 13, 265 ss. (311-313). *Vid.* Cap. II, D., 1.

¹²⁸ BGHSt 2, 173 ss. (177). Ver también BGHSt 2, 234 ss. (238, 239), y BGHZ 3, 94 ss. (107).

generalmente válidas de la condición humana podrían aquellas ser desobedecidas, pues dichas leyes “nunca [fueron] derecho, sino desde el principio lo contrario, esto es, craso No Derecho”,¹²⁹ ya que contravendrían al derecho natural. El Régimen Nazi estaría legitimado en este orden de ideas, para establecer normas jurídicas formalmente válidas. En este sentido se expresa en las consideraciones del BGH:

“Es de derecho reconocido, que una Revolución triunfante crea una nueva Constitución y un nuevo legislador, que pueden establecer derecho nuevo, formalmente correcto y válido. El nuevo poder estatal creado mediante la subversión ha de ser reconocido desde el punto de vista del derecho público; la antijuricidad de su fundación no le es contraria, pues la juricidad de la fundación no es un elemento esencial del poder estatal. El Estado no puede existir sin el poder estatal; con la destitución del poder anterior se coloca el nuevo poder vencedor en lugar de aquél. El único presupuesto es que el nuevo poder haya conseguido la fuerza y el reconocimiento constitucionales (...). Lo anterior es también conforme a las concepciones iusnaturales: Si bien puede decirse que el hecho de la usurpación en el poder no genera por sí mismo la legitimación, puede sin embargo afirmarse que el hecho jurídico de la nueva Constitución del bien común estatal funda la legitimidad de dicho gobierno (...). En nada afecta lo anterior, al hecho de que este gobierno haya llegado al poder por medios ilegales y mediante el uso de la presión y de la violencia, pues ello es propio de la misma esencia de toda Revolución como levantamiento político violento. Si acaso con posterioridad, este gobierno hace un mal uso de su ilimitado sentimiento de poder para imponer en gran dimensión medidas de represión y para realizar actos criminales, entonces puede esto provocar que se niegue a tales actos antijurídicos el reconocimiento jurídico, y se reconozca el derecho a la destitución violenta del gobierno, pero no puede cambiar en nada, el hecho de que este gobierno conservó fundamentalmente la facultad de establecer derecho formalmente válido, en tanto permaneció en posesión del poder, con lo cual no se pretende el pronunciamiento acerca de si las leyes y ordenamientos puedan ser calificados como ‘Derecho’ en el verdadero sentido de la palabra, cuando su contenido sea contrario a las exigencias iusnaturales o a las leyes morales generalmente válidas de la cultura cristiano-occidental”.¹³⁰

¹²⁹ BGHZ 9, 34 ss. (44). Tales argumentos se encuentran también en BGHSt 2, 173 ss. (177) y en BGHZ 16, 350 ss. (353), en donde se considera: “A la declaración de exterminio, si bien formalmente disfrazada con la careta de una ley, debe (...) negársele en cuanto a su contenido objetivo, el carácter de norma jurídica (...)”. Ver también BVerfGE 3, 231.

¹³⁰ BGHZ 5, 76 ss. (96 s.).

4. La seguridad jurídica como principio de derecho natural

A primera vista pareciera que el reconocimiento del principio de la seguridad jurídica constituyere una contradicción a la teoría iusnaturalista que pretendía apartarse del positivismo jurídico. Sin embargo, en la fórmula Radbruchiana ya no se encuentra tal contradicción. Se reconoce un orden supralegal, y el derecho positivo debe respetarlo en el plano ideal; pero como este caso ideal sólo puede cumplirse de manera aproximada en la práctica, y toda vez que el acatamiento de la ley resulta también necesario, entonces deben admitirse las contravenciones a este orden que no resulten intolerables.

La protección de la seguridad jurídica a través de la fórmula Radbruchiana, sin embargo, no se considera como postura ecléctica entre el derecho natural y el positivismo jurídico, sino como un enunciado más del derecho natural. En términos de lo expuesto por el BGH, debe encontrarse el contenido del principio de seguridad jurídica —según Albrecht Langner— más bien en que las relaciones elementales de las personas vinculadas jurídicamente no debe sucumbir ante el poder ni a la arbitrariedad, sino que deben ser regidas por un orden jurídico, sea que éste descansa en la ley o en la decisión de un juez. El principio de la seguridad jurídica, en este orden de ideas, se deriva del principio del Orden de la Convivencia Social, y pertenece por ende al derecho supralegal.¹³¹

En mi opinión es importante que se atribuya a las normas legales precisamente su exacto significado. En la Argumentación jurídica debe tomarse en consideración todo tipo de enunciados del deber ser, y el enunciado normativo, que en el caso concreto sea valorado como el que mejor se adecua, debe aplicarse como norma para la solución del problema jurídico. Los enunciados del deber ser, que sean traídos a colación como argumentos, pueden ser normas legales, costumbres, normas obtenidas de la Ley Moral, y otros enunciados del deber ser moral o también teológico. Sólo es importante que todos ellos sean valorados dentro de una argumentación que se realice racionalmente.¹³²

¹³¹ LANGNER, *Gedanke...*, p. 125. Ver Cap. II, D., 3.

¹³² *Vid. Infra*, Consideración final, p. 59 y ss.

IV. LA CRÍTICA GENERAL A LA JURISPRUDENCIA IUSNATURALISTA

Franz Wieacker esquematiza la crítica, que en forma generalizada se levantó en contra de la jurisprudencia del BGH orientada hacia el iusnaturalismo, en tres objeciones fundamentales.¹³³

1. La seguridad jurídica

“La pretensión de inclinarse hacia la realización de valores absolutos, entra necesariamente en tensión con el sistema del Estado de derecho contenido en la constitución alemana, en donde el derecho (...), como límite de libertades entre los derechos privados, no aparece como un medio que se encamine al fin de la realización de la moral absoluta. Esta tensión, desde el punto de vista práctico, significa asimismo aquella merma en seguridad jurídica (...), que necesariamente implica toda evocación de valores morales metajurídicos, no regulados en la ley”.¹³⁴

Esta crítica resulta, en esencia, acertada. Pero ello no significa necesariamente que una teoría del derecho natural sea incompatible con la seguridad jurídica. Una interpretación de la fórmula Radbruchiana podría exponerse, en mi opinión, precisamente en el sentido de que en una argumentación jurídica se atribuya a los enunciados iusnaturales una significación mayor a la que les correspondería a las leyes, para el efecto de evitar la aplicación preferente de dichas leyes, cuyo valor superior se presume normalmente.

2. La preferencia arbitraria del derecho natural

Es posible que un juez, que pretende establecer nuevos parámetros de moralidad, de preferencia en caso de duda a aquellas soluciones que resultan recomendables para el avance de la ética. Ello, en virtud de que considerara inconscientemente que apartarse de los parámetros legales constituye un símbolo de victoria para los valores que él mismo profesa. Por ende puede perderse de vista, que las resoluciones que se apegan a la ley son por lo general al mismo tiempo las

¹³³ *Vid. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte...*, p. 608 y ss.

¹³⁴ *WIEACKER, Privatrechtsgeschichte...*, p. 608.

más justas. Entre las virtudes del juez justo se encuentra, precisamente, no sólo que fomente la conducta ética de los gobernados, sino también que se haga objetivamente consciente de las limitaciones de la obligatoriedad jurídica de lo moralmente deseable.

Aquí habría que responder, en mi opinión, que aun cuando sea posible que los jueces den preferencia inmerecida a los argumentos iusnaturalistas, dicha preferencia inconsciente no corresponde a la teoría del derecho natural que sirve de fundamento para la jurisprudencia.

3. La postulación infundada de valores morales

En algunas resoluciones importantes, el BGH sentencia sobre valores que postulan la religión o la concepción mundial de moralidad,¹³⁵ que en última instancia, sin embargo, fueron definidos como tales por la propia jurisprudencia. En contra de esto se opone la reprobación, en el sentido de que ni el derecho natural ni la ética mundial material todavía no se encontraban en la postura de responder en forma terminante la cuestión acerca de si acaso es posible, del todo, una formulación general normativa de preceptos jurídicos extralegales absolutos, inflexibles e indispensables.

Esta crítica resulta correcta en el sentido de que los valores morales postulados fueron establecidos en forma categórica. Lo anterior es así en virtud de que sólo los principios más altos —y por lo mismo más abstractos— pueden ser considerados como eternos y aplicables en todo caso. Pero si se reconoce en obediencia al pensamiento fundamental neotomista, que los enunciados concretos iusnaturalistas —esto es, las normas obtenidas a partir de una fundamentación iusnaturalista— son cambiantes y adaptables a las circunstancias, entonces se aprecia que la cuestión no resuelta en mención no es importante en absoluto. Pues una “colocación” de los enunciados iusnaturalistas no implica, en mi opinión, su relativización. Los más altos principios —como el de la justicia, por ejemplo— no pueden ser definidos precisa y absolutamente (“dar a cada quién lo suyo” es más bien abstracto e indefinido), sino solamente en el caso concreto. Esto no significa que en el caso concreto, cualquier solución sea jus-

¹³⁵ Ver entre otros BGHZ 11, Anh. 34 ss. (65), BGHSt. 6, 46 ss. (53).

ta. El hecho de que resulte imposible la formulación general normativa de preceptos jurídicos absolutos, inflexibles e imprescindibles, no debe llevar a la negación de la existencia de tales preceptos jurídicos ni a calificar de imposible la determinación de su correcto contenido en el caso concreto. En este proceso podrán cometerse errores, pero la mayor dificultad “no radica en la existencia objetiva, la validez o la accesibilidad del orden iusnatural, sino en la incapacidad de ciertos sectores de nuestra población y de nuestros juristas, para comprender y manejar el pensamiento iusnaturalista, en una incapacidad, en la que se mezclan el relativismo, el escepticismo, la superstición científica y el menguado sentido del valor, de manera poco frecuente pero, en cierta medida, sin esperanza”.¹³⁶

V. CONSIDERACIÓN FINAL: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El error de la *Teoría tradicional del derecho natural*¹³⁷ y del positivismo jurídico radica, en mi opinión, en que estaban orientadas a la codificación. Esto es, que intentaron encontrar y determinar todas las normas jurídicas, ideando un sistema, en el que todas las normas se relacionan entre sí en un orden lógico. Ambas teorías deseaban una codificación sin lagunas, un ideal inalcanzable, que ciertamente tendría la ventaja, de que el jurista tendría que realizar solamente la relativamente fácil función de la subsunción. Sin embargo, en esto mismo se vislumbra su principal desventaja: el precio a pagar sería una merma en la variedad, en la pluralidad, en la integración viva, así como en el carácter específicamente humano de la obtención del derecho. El jurista subsumiría ya sólo en forma mecánica, sin que fuera pensable una reflexión en su sentenciar.

La concepción jurídica que prefiero, concuerda más con la teoría iusnaturalista que con el positivismo jurídico, pues presupone la vinculación del derecho con la moral, y se basa en la enseñanza de Tomás de Aquino, en las conclusiones que contiene, y en especial en el procedimiento mediante el cual llega a ellas. Tal procedimiento se

¹³⁶ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 576.

¹³⁷ Con la indicación de la teoría tradicional del derecho natural se hace referencia aquí a aquella doctrina, que fue superada mediante el positivismo jurídico durante el siglo XIX.

distingue, empero, del modelo *tradicional* de la doctrina iusnaturalista. Sigue, precisamente, a la convicción que ha surgido en los últimos tiempos en la teoría jurídica, en el sentido de que el viejo dilema de la filosofía del derecho, consistente en entender al derecho natural y al positivismo jurídico como contradictorios, conduce al error. El derecho ha de fundamentarse, según esta convicción, más bien en ambos puntos medulares: derecho natural y positivismo jurídico. Tal procedimiento de la obtención del derecho y de su aplicación se lleva a cabo en mi opinión mediante una *argumentación jurídica racional*,¹³⁸ en la que las soluciones a problemas ya no se consideran como *verdaderas*, sino como *correctas* (en el sentido *aporético*). Pues contrariamente a lo que sucede en el campo de lo empírico, en donde una sola solución puede ser consecuentemente correcta y en donde rigen modalidades como *necesario*, *ineludible*, *imposible*, en el campo normativo muchas veces no sólo existe una sola alternativa válida, sino varias resoluciones igualmente *plausibles*, *consonantes*, *defendibles*. A la resolución que ha de aplicarse como solución a un problema jurídico, se llega mediante valoración de las muchas alegaciones jurídicas defendibles dentro de un procedimiento racional: las alegaciones jurídicas no siempre pueden ser obtenidas mediante la razón, pero el procedimiento, mediante el cual se valoran, es racional. Es importante mencionar que algunas alegaciones jurídicas merecen un mayor valor argumentativo, por ejemplo, las normas de derecho natural o las legales. Pues la legitimación de las primeras deviene garantizada por su vinculación con la moral, mientras que la preeminencia de las segundas garantiza la seguridad jurídica. Otras alegaciones jurídicas han de ser preferidas sólo entonces, cuando uno deba atribuirles un valor argumentativo mayor en razón de las circunstancias del caso concreto.

Durante la posguerra, la jurisprudencia del Tribunal Federal comenzó apenas a aplicar procedimientos jurídicos racionales de esta

¹³⁸ Para una explicación completa, de cómo funciona una argumentación jurídica racional (que rebasaría las fronteras de este trabajo), ver Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation (Teoría de la argumentación jurídica)*, 3a. ed., Frankfurt am Main, 1996; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*; KAUFMANN, *Durch Naturrecht...*; KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung (El procedimiento para la obtención del derecho)*, München, 1999; y Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz (Tópica y jurisprudencia)*, 5a. ed., München, 1974.

índole. En algunos casos, afirmó el carácter iusnatural de algunos principios específicos, que ciertamente ya no son válidos hoy en día o al menos resultan dudosos, por ejemplo, la superioridad del hombre en la comunidad marital con miras a la intemporal estructura de la familia,¹³⁹ o bien la afirmación de que las relaciones sexuales debían llevarse a cabo dentro del matrimonio, porque el único sentido y consecuencia de la relación es la procreación.¹⁴⁰ Pero el valor de dichas consideraciones y, en general, de la *teoría resurgida del derecho natural* radica, en mi opinión, en que fueron consideradas dentro de las resoluciones del Tribunal Federal como partes integrantes de una argumentación jurídica, en que se tomaba en cuenta tanto argumentos legales como morales, en que la jurisprudencia se dio a la tarea, con tal argumentación, de realizar una labor autónoma y creativa de obtención de la justicia y del derecho.

Abreviaturas y conceptos

Anh. Anhang, Anexo. Se refiere a las secciones posteriores en un tomo de alguna de las colecciones de jurisprudencia.

BGH. Bundesgerichtshof, Tribunal Federal.

BGHZ. BGH - Zivilsenat. Colección de Jurisprudencia en la que se contienen las resoluciones del Senado Civil del Tribunal Federal.

BGHSt. BGH - Strafsenat. Colección de Jurisprudencia en la que se contienen las resoluciones del Senado Penal del Tribunal Federal.

BVerfG. Bundesverfassungsgericht. Tribunal Constitucional Federal. Es un Tribunal que conoce de cuestiones de constitucionalidad.

BVerfGE. BVerfG - Erlass. Colección de jurisprudencia en la que se contienen las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal.

GG. Grundgesetz. Ley Fundamental. Constitución Política de la República Federal Alemana.

Jurisprudencia. Se emplea este término en todo el cuerpo del trabajo para designar la fuente formal del derecho constituida por normas elaboradas en casos concretos por los órganos jurisdiccionales. Si bien el término literalmente traducido sería jurisdicción, dicho término traería aparejadas ciertas confusiones en el lenguaje jurídico mexicano.

No Derecho. La palabra Unrecht no puede ser traducida mediante ningún concepto jurídico de la lengua española. Se trata de lo contrario al derecho, la nega-

¹³⁹ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (65).

¹⁴⁰ BGHSt. 6, 46 ss. (53).

ción del mismo. En este sentido, la palabra "injusticia" sólo es traducción de Unrecht si se siguen las teorías iusnaturalistas, y en este sentido se refiere al "Derecho positivo injusto". En alemán, sin embargo, Recht se refiere tanto al derecho como a lo apegado a derecho, y Unrecht, a conceptos antónimos.

Senado. El Tribunal Federal Alemán funciona en ciertos casos en pleno, y en otros en dos cuerpos colegiados: uno civil y otro penal. A dichos colegios se les llama senados.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CIRCULAR DE LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE ABORTO

Dora María SIERRA MADERO

SUMARIO: I. *Circular de la Secretaría de Salud del Distrito Federal.* II. *Legalidad de la circular.* III. *Objeción de conciencia al aborto.* IV. *Conclusiones y propuesta.* V. *Apéndices.*

Con fecha 23 de abril de 2002 apareció publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal una circular de la Secretaría de Salud del Distrito Federal dirigida a *las autoridades y profesionales de la medicina adscritos a unidades médicas del sector público, social y privado de su demarcación*, dando los *lineamientos generales de organización y operación de los servicios de salud relacionados con la interrupción del embarazo*.

I. CIRCULAR DE LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO FEDERAL

Antes de analizar y comentar los distintos aspectos que presenta esta circular, nos permitimos exponer su contenido en forma esquemática, transcribiendo textualmente las partes más importantes para facilitar la comprensión de los comentarios que sobre ella hagamos más adelante.

1. Objeto

En cuanto al *objeto* de la circular, se dice:

“PRIMERO. Los presentes lineamientos tienen por objeto establecer la organización y operación a que se sujetarán las autoridades y profesionales de la medicina adscritos a unidades médicas del sector público, social y privado del Distrito Federal, en la interrupción de embarazos de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal, establecidas en el Código Penal y Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal; con el fin de garantizar servicios de atención médica con oportunidad y calidad a las mujeres embarazadas a las que sea necesario realizar este tipo de procedimiento”.

2. Fundamentación

La circular cita los siguientes preceptos jurídicos como *fundamento legal*:

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4, en su párrafo cuarto, donde se establece como garantía social el derecho a la protección de la salud de toda persona.
- b) La Ley General de Salud en sus artículos 4, fracción IV, 5, 6, 13 apartado B, fracciones I, II y III donde se señala como autoridad sanitaria al Jefe de Gobierno del Distrito Federal y que el Sistema Nacional de Salud está integrado por las dependencias de la Administración Pública Federal y Local y personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud así como sus objetivos. Se previene también que corresponde a los gobiernos estatales como autoridades locales en materia de salubridad general en sus respectivas jurisdicciones; organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de servicios de salubridad general entre los que se encuentran los de atención materno infantil y planificación familiar, así como planear, organizar y desarrollar sistemas estatales de salud y formular y desarrollar programas locales de salud, en concordancia con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.
- c) El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, en los artículos 12, fracción IV y 87.
- d) La Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, artículos 15, fracción VII, 16, fracciones III, IV y VII y 29.

- e) La Ley de Salud para el Distrito Federal artículos 2, fracción VII, 6, 8, fracciones I, III, IV, VII, VIII, IX, XVI, XVIII, XIX y XX, 13 y 14 donde se establece la prestación de servicios de salud materno infantil, salud para la mujer y salud sexual y reproductiva, así como las atribuciones que tiene a cargo la Secretaría de Salud del Distrito Federal y el fortalecimiento del Programa de Salud Sexual y Reproductiva.
- f) El Código Penal para el Distrito Federal artículos 329, 330, 331, 332, 333 y 334 y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 131 bis, de acuerdo con las reformas a ambos ordenamientos publicadas en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 24 de agosto de 2000, orientadas a contribuir en la disminución de las tasas de morbilidad y mortalidad materna, así como a reducir el número de familias desintegradas y la injusticia social, que afecta sobre todo a las clases sociales más desprotegidas.

3. Motivación

En cuanto a los *motivos* que justifican esta circular, se señala lo siguiente:

- a) Que “es responsabilidad del Gobierno del Distrito Federal a través de la Secretaría de Salud del Distrito Federal, dar cumplimiento al derecho constitucional de protección de la salud, que tiene entre otras finalidades, el bienestar físico, mental y social de la mujer para contribuir así al pleno ejercicio de sus capacidades”.
- b) Que “el Programa Nacional de Salud Reproductiva 2001-2006 es el medio para hacer efectivo el derecho de las mujeres a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.
- c) Que “la Secretaría tiene entre otras funciones las de operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de atención médica, atención materno infantil, servicios de salud para la mujer y servicios de salud sexual y reproductiva”.
- d) Que “en México, el aborto además de ser un grave problema de salud pública, se realiza con frecuencia mediante prácticas

clandestinas, que constituyen un factor de riesgo que incrementa la morbilidad y mortalidad materna, que no se ve reflejado en los indicadores correspondientes debido al subregistro”.

4. Terminología

La propia circular define el significado de los siguientes términos empleados en el documento y dice:

“TERCERO. Para efectos de los presentes lineamientos se entenderá por:

- I. *Interrupción legal del embarazo.* Aquella que se realiza hasta la semana 20 de gestación, en condiciones de atención médica segura y de acuerdo con lo establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y los presentes lineamientos.
- II. *Consentimiento informado.* Al proceso de información orientado a responder a las necesidades de las usuarias de acuerdo con sus expectativas. Dicha información debe ser comprensible para favorecer una toma de decisión libre, y se registrará por escrito como un medio que ratifique la aceptación voluntaria, y de utilidad para asegurar el respeto a la misma.
- III. *Dictamen.* Al documento médico legal emitido por un médico debidamente acreditado, que avale la condición de salud o el diagnóstico de una mujer embarazada. Del tipo de la nota médica y el certificado médico, entre otros”.

5. Circunstancias que deben concurrir para que se pueda llevar a cabo el aborto sin que sea punible

A continuación la circular señala las circunstancias que deberán concurrir para que se pueda realizar legalmente la interrupción voluntaria del embarazo. Al respecto prescribe:

“CUARTO. La práctica de interrupción del embarazo, de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal, se realizara por personal médico gineco-obstetra de preferencia o cirujano general, en una

unidad médica hospitalaria, siempre y cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación o de una inseminación artificial no consentida y siempre y cuando obre la autorización para la interrupción del embarazo emitida por el Agente del Ministerio Público adscrito al Sistema de Auxilio a Víctimas en su carácter de representante social.
- II. Cuando la continuidad de la gestación represente un grave riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada, condición avalada por el juicio emitido por el médico especialista que atiende a la embarazada y oyendo el dictamen de otro médico con la especialidad acorde con la patología que presente dicha persona. En caso de que la demora sea peligrosa para la gestante, podrá prescindirse del dictamen del segundo médico.
- III. Cuando exista razón suficiente para diagnosticar que el producto de la gestación presenta graves anomalías genéticas o congénitas, que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo; avalados por dos dictámenes médicos emitidos por dos especialistas adscritos a unidades médicas del sector público, social o privado.
- IV. Cuando un embarazo ya se encuentre interrumpido como resultado de una conducta culposa o no intencional, de la mujer embarazada”.

6. Dictamen médico

En relación con los requisitos técnicos y especializados que debe reunir el dictamen médico del llamado *aborto eugenésico* se señala lo siguiente:

“QUINTO. El dictamen médico de anomalías genéticas o congénitas, estará fundamentado preferentemente en estudios específicos realizados con auxiliares de diagnóstico entre los que se encuentran: técnicas de ecosonografía o similares, técnicas bioquímicas, técni-

cas citogenéticas y técnicas analíticas. El diagnóstico será de presunción de riesgo y basado en criterios de probabilidad”.

7. Requisitos que deberán reunir los médicos para practicar el aborto en los supuestos señalados

Respecto a la cualificación profesional de los médicos que realicen abortos en los supuestos mencionados, la circular señala:

“SEXTO. El médico gineco-obstetra preferentemente o el cirujano general que participe en el procedimiento de interrupción legal del embarazo, acreditará su especialidad mediante documento emitido por una institución, que avale el cumplimiento del programa académico y estará adscrito a alguna institución de salud del sector público, social o privado”.

8. Requisitos que deberán reunir los médicos para emitir los dictámenes médicos

En relación con la cualificación profesional que deben tener los médicos para emitir los dictámenes que fundamenten el riesgo para la salud de la madre se requiere que el médico que atiende a la embarazada tenga especialidad y que el segundo dictamen sea de un médico con la especialidad acorde con la patología que presente la madre (cfr. art. 4, II)

En el caso de los dictámenes sobre anomalías genéticas o congénitas, se requiere que los médicos sean especialistas. Sobre la forma de acreditar lo anterior se establece:

“SÉPTIMO. Los médicos que podrán emitir dictámenes médicos que fundamenten el riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada o de anomalías genéticas o congénitas del feto, acreditarán su especialidad mediante documento emitido por una institución que avale el cumplimiento del programa académico, y estar adscritos a alguna institución de salud del sector público, social o privado”.

9. Obligaciones del personal médico y paramédico

a) Los médicos responsables de realizar el aborto tienen que cumplir con las siguientes obligaciones:

“OCTAVO. El personal médico, responsable de realizar el procedimiento programado de interrupción del embarazo solicitará a la usuaria los originales de los documentos siguientes, según sea el caso:

- I. Dictámenes médicos que fundamenten él o los motivos por los que se debe interrumpir el embarazo.
- II. La autorización de interrupción del embarazo por violación o inseminación artificial no consentida emitida por el Agente del Ministerio Público adscrito al Sistema de Auxilio a Víctimas”.

b) Para los médicos adscritos a unidades de primer nivel se establece:

“NOVENO. Los médicos adscritos a unidades del primer nivel de atención, referirán de manera adecuada, responsable y oportuna, a un hospital en donde se practiquen procedimientos de interrupción legal del embarazo, a la gestante en la que exista probabilidad de realizar procedimientos de esta naturaleza, de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal establecidas en el Código Penal, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el apartado cuarto, fracciones II, III y IV de estos Lineamientos, en el caso de la fracción I, inicialmente se referirá a la usuaria a la Agencia Especializada en Delitos Sexuales más cercana”.

c) Para el personal médico y paramédico que participe en un aborto en los supuestos mencionados, se establece lo siguiente:

“DÉCIMO. El personal médico y paramédico que participe en la práctica de procedimientos de interrupción legal del embarazo deberá proporcionar un trato digno, respetar la confidencialidad del caso y dar seguridad a la paciente durante su estancia hospitalaria”.

d) Para las autoridades de las unidades médicas se establece:

“DÉCIMO QUINTO. Las autoridades de la unidad hospitalaria, agilizarán los trámites administrativos necesarios para que el procedimiento de interrupción legal del embarazo se lleve a cabo lo más tempranamente posible, resolviéndole el caso a la embarazada en un máximo de 10 días naturales a partir de la primera consulta en la unidad, con el propósito de disminuir riesgos y daños a la salud materna que se incrementan conforme avanza la edad gestacional”.

“DÉCIMO NOVENO. El expediente clínico de las usuarias atendidas por interrupción legal del embarazo, se integrará de acuerdo con la NOM-168-SSA-1998 del Expediente Clínico, incluyendo los siguientes documentos debidamente requisitados; original de dictámenes médicos o de la autorización de interrupción del embarazo por violación emitida por el Agente del Ministerio Público del Sistema de Auxilio a Víctimas, así como los reportes de resultados de auxiliares de diagnóstico practicados a la usuaria; agregando la hoja de solicitud y registro de intervención quirúrgica y de consentimiento informado de la usuaria para el procedimiento y tratamiento”.

“DÉCIMO TERCERO. Las unidades médicas del Sector Público del Distrito Federal que reúnan las características mencionadas en el apartado anterior, realizarán la interrupción legal del embarazo producto de un hecho de violación o de una inseminación artificial no consentida, siempre y cuando exista la solicitud de la embarazada y la autorización correspondiente”.

10. Objeción de conciencia

En relación con la objeción de conciencia al aborto por parte de los profesionales de la salud, la circular dice:

“DÉCIMO PRIMERO. Los profesionales de la salud podrán abstenerse de participar en la práctica de interrupción legal del embarazo argumentando razones de conciencia, salvo en los casos en que se ponga en riesgo inminente la vida de la mujer embarazada.

- I. El médico objetor de realizar procedimientos de interrupción legal del embarazo, referirá a la usuaria de manera inmediata,

responsable y discreta con un médico no objetor o a un hospital, donde se realicen procedimientos de interrupción legal del embarazo con la hoja de Referencia y Contrarreferencia y demás documentos de importancia legal, como pueden ser: resultados de estudios de laboratorio o gabinete, autorización de interrupción del embarazo emitida por el agente del Ministerio Público o dictámenes médicos, según sea el caso; con la certidumbre que será atendida para resolverle su problema”.

11. Condiciones y requisitos que deben reunir los establecimientos de salud para poder llevar a cabo abortos

La circular establece los siguientes requisitos y condiciones que deberán reunir las unidades médicas para poder llevar a cabo abortos:

“DÉCIMO SEGUNDO. Las unidades médicas en las cuales podrán realizarse procedimientos de interrupción legal del embarazo, para los casos considerados en el apartado cuarto de estos Lineamientos, serán las pertenecientes a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, o aquellas que cuenten con más de 30 camas censables, quirófano equipado y personal médico y paramédico debidamente capacitado y adiestrado”.

12. Técnica que deberá emplearse para la práctica del aborto

En relación con la técnica que deberá utilizarse, la circular previene lo siguiente:

“DÉCIMO CUARTO. La técnica utilizada para realizar la interrupción legal del embarazo, se hará tomando en consideración las semanas de gestación del producto, que no será mayor de veinte semanas, y de acuerdo con el criterio del médico gineco-obstetra preferentemente, o del cirujano general, encargado de realizar el procedimiento”.

13. Sobre la información que debe darse a la mujer y el consentimiento informado

“DÉCIMO SEXTO. Se proporcionará información objetiva, suficiente, oportuna y comprensible a la mujer embarazada que requiera la inte-

rupción legal del embarazo, sobre los procedimientos que se utilizan, sus riesgos y consecuencias; con el propósito de que tome de manera libre y responsable la decisión de interrumpir su embarazo, mediante consentimiento informado. El consentimiento informado se basa en el principio de que la persona tiene derecho a decidir libremente, protegiendo esa libertad de elección y respeto a su autonomía. Esta decisión implica la aceptación voluntaria de la persona, asumiendo junto con su médico la responsabilidad sobre dicha aceptación. En caso de no aceptar, la usuaria asume la responsabilidad, lo cual deberá ser respetado por el equipo de salud”.

“DÉCIMO SÉPTIMO. Los médicos del sector público, social y privado, proporcionarán información completa y oportuna sobre el uso de hormonales orales a las dosis terapéuticas establecidas, dentro de las primeras 72 horas postcoitales; como una medida de prevención del embarazo a las mujeres violadas, en aquellas cuya posibilidad de embarazo represente un alto riesgo para su salud o en las que se les haya realizado inseminación artificial no consentida, mediando en todos los casos el criterio médico para la prescripción, manejo y control. Asimismo, el médico proporcionará a la usuaria información completa, veraz y oportuna acerca de los riesgos de exposición a las enfermedades de transmisión sexual e indicaciones precisas acerca de los estudios que a su criterio deba realizarse”.

“DÉCIMO OCTAVO. El personal médico de la Secretaría de Salud, adscrito a las agencias del Ministerio Público, proporcionará información completa y veraz, acerca del tratamiento anticonceptivo a base de hormonales orales y prescribirá los medicamentos a las dosis terapéuticas establecidas, dentro de las primeras 72 horas de acontecida la violación o la inseminación artificial no consentida, de manera similar a como se realiza por el Sistema de Auxilio a Víctimas. Asimismo, el médico proporcionará a la usuaria información completa, veraz y oportuna acerca de los riesgos de exposición a las enfermedades de transmisión sexual e indicaciones precisas acerca de los estudios que a su criterio deba realizarse”.

“VIGÉSIMO. El manejo de la información de los apartados décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno de esta Circular, deberá realizarse bajo criterios de estricta confidencialidad”.

14. Sanciones

Al respecto la circular no establece sanciones particulares sino que remite a las sanciones que establecen los ordenamientos legales aplicables en el Distrito Federal (*cfr.* artículo vigésimo segundo).

II. LEGALIDAD DE LA CIRCULAR

Son muchos los aspectos que podrían comentarse sobre el contenido y las implicaciones jurídicas del documento que hemos presentado.

Por las limitaciones de este trabajo nos detendremos sólo en aquellos aspectos que nos parecen de mayor trascendencia.

1. Naturaleza jurídica de la circular

Un primer punto a considerar es la naturaleza jurídica de este documento. Se trata de una circular expedida por una autoridad administrativa del Distrito Federal. Por tanto, desde un punto de vista formal es un acto administrativo o ejecutivo, cuyo responsable en último término es el jefe de gobierno del Distrito Federal, al ser la materia de salud una facultad otorgada expresamente en la Constitución al gobierno del Distrito Federal (*cfr.* art. 122, Base Primera, V,i). Desde un punto de vista material, es claramente un acto legislativo porque contiene disposiciones generales y abstractas, creando derechos y obligaciones tanto para los usuarios de los servicios de salud como para los prestadores.

2. Respeto a la garantía de legalidad

Un requisito fundamental para la validez de esta circular es que se ajuste puntualmente al marco legal vigente en la materia de que trata, para respetar debidamente la garantía de legalidad y el estado de derecho, por el cual todas las autoridades deben obedecer y respetar por igual las leyes que nos rigen, sin que puedan lícitamente violarlas ni excederse en las atribuciones que claramente les marca la ley.

a) Legislación penal

En cuanto a la fundamentación legal y a la motivación, resaltan dos fuentes legales muy importantes, puesto que son las que dieron pie para expedir la circular que venimos comentando. Me refiero a los artículos 329 al 334 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), y al 131 bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (CPPDF), de acuerdo con las reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicadas en su *Gaceta Oficial* el 24 de agosto del 2000.

Por la importancia de estas fuentes, es necesario considerar también la interpretación que de algunos de estos artículos hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su reciente sentencia dictada el catorce de febrero del 2002,¹ mediante la cual se resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta por un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en contra de las reformas a dichos artículos del CPDF y CPPDF.

La primera pregunta que debemos formular al respecto es si esta circular se ajusta al marco legal vigente en materia de aborto, a la luz de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los artículos aplicables de la legislación penal.

La respuesta depende del contraste que hagamos entre lo estipulado por la circular y las normas jurídicas aplicables de acuerdo con la interpretación que sobre ellas hizo la Suprema Corte.

En primer lugar encontramos una clara divergencia respecto a los supuestos establecidos en el art. 334 del CPDF, toda vez que la circular los califica como *excluyentes de responsabilidad* siendo que para la Suprema Corte se trata más bien de *excusas absolutorias*. La diferencia entre unas y otras es sumamente importante, toda vez que en las *excluyentes de responsabilidad* no nace la responsabilidad penal puesto que no se configura el delito, cosa que sí sucede en las *excusas absolutorias*, ya que como dice la propia sentencia de la Corte refiriéndose a las *excusas absolutorias*: “al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la

ley, impiden la aplicación de la pena... son aquellas en las que aún cuando se configure el delito no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos”.²

Esta distinción resulta decisiva, toda vez que al permanecer el carácter delictivo de la conducta abortiva, no procede plantear las cosas de tal forma que no sólo se tolere, sino que se promueva la comisión de un delito convirtiendo en legal una conducta que a todas luces es delictiva.

Posiblemente esto explica que a lo largo de la circular prácticamente no se utilice el término de “aborto” al referirse a los supuestos del art. 334 del CPDF, sino de “interrupción legal del embarazo” como si fueran conductas distintas, siendo que, como bien señaló la Corte, en todo caso se trata del delito de aborto. La pregunta obligada es si ¿es lícito y procedente dar lineamientos generales a todos los centros de salud así como destinar recursos públicos para cometer delitos? Consideramos que la respuesta es negativa.

En efecto, una cosa es que, atendiendo a ciertas circunstancias particulares, no se penalice una determinada conducta delictiva y otra, plantear como totalmente lícita y jurídica esa conducta, considerando el acto delictivo como la prestación de un servicio, de salud en este caso.

Encontramos otros casos de excusas absolutorias en nuestro derecho que pueden ayudar a comprender mejor lo que es una excusa absolutoria. El maestro Castellanos Tena señala el caso del robo entre ascendientes o descendientes, en un tiempo prevista por el art. 377 del Código Penal, en el cual, por la necesidad de proteger la unidad familiar y evitar denuncias entre ascendientes y descendientes, no se penalizaba el robo.³ Pero eso no justificaba que el gobierno estableciera mecanismos para que los ascendientes o descendientes pudieran privarse entre sí de sus bienes, sin correr riesgos de ningún tipo. Aun cuando este precepto ya no está vigente, creo que es un ejemplo muy ilustrativo para entender la naturaleza de las excusas absolutorias.

Es pues muy claro que la circular en comento transgrede lo estipulado por la legislación penal vigente para el Distrito Federal, toda

¹ Derivadas de esta sentencia, el Pleno de la Corte dictó nueve tesis, de las cuales seis fueron jurisprudenciales y tres aisladas, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: VII a XV /2002, p. 415.

² *Ibidem*, tesis P/VII/2002.

³ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 12a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 271.

vez que da el tratamiento de excluyentes de responsabilidad y no de excusas absolutorias a los supuestos previstos en el artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal, modificando sustancialmente su naturaleza jurídica y sus implicaciones, puesto que parte de esa conclusión para calificar al delito de aborto como un acto de interrupción legal del embarazo, y para establecer los mecanismos necesarios para la comisión del delito de aborto en los centros de salud del Distrito Federal, utilizando para ello, en los casos del sector público, recursos públicos, es decir, provenientes en gran parte del bolsillo de los contribuyentes.

b) Legislación sanitaria

La circular cita asimismo diversos ordenamientos tanto del orden federal como del orden local que fundamentan la facultad y la obligación del gobierno del Distrito Federal a través de su Secretaría de Salud para “organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de servicios de salubridad general entre los que se encuentran los de atención materno infantil y planificación familiar... salud para la mujer y salud sexual y reproductiva, así como las atribuciones que tiene a cargo la Secretaría de Salud del Distrito Federal para el fortalecimiento del Programa de Salud Sexual y Reproductiva”.

Una primera observación es que no le vemos sentido a mencionar las facultades de las autoridades de salud en materia de planificación familiar, toda vez que como hemos visto, el aborto es un delito, y no puede ser considerado como un medio de planificación familiar.

De igual forma y por la misma razón, tampoco tiene sentido citar en la exposición de motivos al Programa Nacional de Salud Reproductiva 2001-2006 como el medio para hacer efectivo el derecho de las mujeres a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Por otra parte, efectivamente corresponde a las autoridades locales del Distrito Federal organizar la prestación de los servicios de salud a fin de garantizar a sus habitantes el derecho constitucional a la salud. Sin embargo, es claro que la prestación de estos servicios debe hacerse sin discriminaciones de ningún tipo conforme al principio de igualdad garantizado por nuestra Constitución en su art. 1o. Por tanto los servicios de salud también deben prestarse en favor del

nonato, o dicho de otra forma, el derecho a la salud protege por igual a todos los habitantes de la República Mexicana, incluyendo al concebido y no nacido. Es responsabilidad por tanto de los prestadores de servicios de salud, realizar servicios curativos, preventivos, paliativos y no se justifica ningún acto que tenga por objeto privar de la vida a nadie, ni siquiera al que aún se encuentra en el seno materno. La obligación por tanto del personal de salud es poner todos los medios a su alcance para procurar la curación y proteger la salud física y mental tanto de la madre como del *nonato*.

Sin que se justifique el hecho de que por preservar la salud de la madre, sea lícito privar de la vida a su hijo. Independientemente de las razones jurídicas aducidas, lo anterior también podría prestarse para justificar muchos casos de impericia médica, considerando los importantes adelantos científicos de la actualidad.

Así lo consideró la Suprema Corte de la Nación en la sentencia que venimos comentando, al confirmar, mediante una tesis jurisprudencial y por tanto obligatoria, que nuestra Constitución protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Se reconoce por tanto la personalidad jurídica del no nacido, con todos los derechos que corresponden a todo ser humano, incluido el derecho a la salud.

Por la importancia de esta tesis nos permitimos transcribirla textualmente a continuación:

“DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre

los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales”.⁴

Es pues de gran trascendencia esta jurisprudencia, porque termina con muchas dudas y confusiones que sobre el particular se venían dando.

Queda claro que la misión de los prestadores de los servicios de salud es, como su nombre lo indica, *procurar la salud*, sin que se justifique la privación de la vida, y mucho menos de una persona que no tiene posibilidad de defenderse, violando en esta forma su garantía de audiencia consagrada en el art. 14 constitucional.

Este principio debe inspirar las políticas públicas y la orientación del gasto público, para que se instrumenten medidas acordes con el marco jurídico vigente, respetuosas de los derechos humanos y apropiadas para resolver la diversa problemática que presenta cada uno de los supuestos del artículo 334 en comento.

Así por ejemplo, respecto al supuesto mencionado en la fracción III de dicho artículo, sobre el llamado aborto eugenésico, deberían diseñarse e instrumentarse medidas concretas para facilitar la aten-

⁴ Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P/J. 13/2002, p. 589.

ción médica en los casos en que el *nonato* presente algún problema de salud o de malformación genética o congénita, poniendo a su alcance los últimos avances de la ciencia para procurar su curación aun desde el seno materno, como se ha demostrado en estos últimos años con la llamada terapia génica y otras medidas curativas.

Asimismo, seguir trabajando y destinar recursos públicos en favor de las personas discapacitadas o “con capacidades diferentes” como ahora se les denomina, para modificar los patrones culturales a fin de integrarlos plenamente en la sociedad y facilitarles las ayudas que sean necesarias para tener una calidad de vida acorde con su dignidad humana.

Es decir, los recursos que se asignarían a la práctica del aborto en centros de salud del sector público, podrían canalizarse a la instrumentación de acciones positivas en favor de la curación del embrión o feto y no de su destrucción.

Para resolver el problema del aborto en casos de violación o inseminación artificial no consentida, podrían instrumentarse políticas públicas y asignar recursos para promover la cultura de la adopción y la atención de las mujeres embarazadas hasta que lleve a término el embarazo.

Es ampliamente conocido lo dificultoso que es hoy en día el procedimiento de adopción, así como la larga fila de parejas en lista de espera para poder adoptar un hijo.

En fin, no es nuestro propósito proponer las políticas que podrían ayudar a resolver la problemática que presenta cada uno de los supuestos mencionados en el art. 334 del CPDF, sino mostrar algunos ejemplos de políticas que podrían instrumentarse para ayudar eficazmente a la mujer embarazada en estado de necesidad, sin violar el orden jurídico y siendo respetuosos de los derechos humanos sin discriminación de ningún tipo por razones de sexo, salud, edad, nivel de desarrollo embrionario, etcétera.

Es misión de las autoridades públicas en efecto, proponer soluciones a los múltiples problemas que aquejan a las mujeres en estado de necesidad. Pero deben buscarse soluciones de fondo incluyendo acciones preventivas como la educación, la lucha contra la discriminación de la mujer, la lucha contra la violencia intrafamiliar, etc. El aborto sería una salida fácil para todos, menos para las mujeres, puesto que aun cuando se realice en condiciones higiénicas no deja de ser

una agresión a la mujer y a su instinto materno, con todos los problemas emocionales y psicológicos que su práctica conlleva.

III. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

Por último, debemos referirnos ahora al tema de la objeción de conciencia. Independientemente de las consideraciones vertidas en los apartados anteriores sobre los aspectos de ilegalidad y por tanto de inconstitucionalidad de la circular que venimos comentando, por la violación a la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional, es conveniente analizar la forma como está regulada la objeción de conciencia en este documento, para determinar si realmente respeta el ámbito de protección a las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia consagradas en nuestra Constitución y los tratados internacionales.

Como hemos visto, en el artículo undécimo se establece el derecho de objeción de conciencia para el personal de salud que por razones de conciencia no quiera participar en una operación de aborto. En efecto, la objeción de conciencia es una concreción del derecho de libertad de conciencia protegido por nuestra Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por México.

En esta circular se establece una limitación al ejercicio de la objeción de conciencia y es que no corra peligro la vida de la madre.

Asimismo, como condición para que proceda se requiere que el objetor refiera a la madre con un médico no objetor o a un hospital donde se realicen este tipo de procedimientos, con todos los documentos necesarios para que se le practique el aborto con celeridad, y que el médico objetor verifique que realmente se le haya prestado el servicio.

Surge la interrogante de que si a pesar de estas limitaciones y condiciones se respeta realmente la libertad de conciencia. En los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por México, se admite que éstos no son absolutos, y que pueden ser limitados por motivos de seguridad, orden, moral o salud públicas y por los derechos y libertades fundamentales de los demás, siempre y cuando éstas limitaciones consten en una ley.⁵ Por lo ambiguo de estos térmi-

⁵ Cfr. art. 12,3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 18,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

nos y para evitar interpretaciones restrictivas también se dice que las limitaciones deben de ser las razonables en una sociedad democrática y que no restrinjan a tal grado el ámbito de protección que lleguen a hacer nugatoria la protección brindada por ellos.⁶

Por otra parte, nuestra Constitución es más explícita, ya que limita el ejercicio de la libertad religiosa consagrada por el artículo 24 constitucional, a la comisión de un delito o falta penados por la ley.

Se entiende por tanto que las limitaciones a la libertad de conciencia deben de ser *necesarias*, es decir, que no quepa otra salida, más que la restricción a la libertad de conciencia. En el caso que nos ocupa vemos que la circular transgrede claramente el ámbito de la protección brindada por nuestra Constitución imponiendo limitaciones y condiciones injustificadas a la libertad de conciencia, toda vez que podrían ponerse otras medidas para evitar que un médico o personal de salud objetor de conciencia se vea obligado a recibir y atender a una mujer que pretenda abortar.

Es claro, por tanto, que hay una clara restricción a la libertad de conciencia al limitar de tal modo el ejercicio de la objeción de conciencia. Para proteger realmente el derecho de objeción de conciencia deberían eliminarse las limitantes y condicionamientos señalados en la circular, organizando las cosas de tal forma que los objetores de conciencia no se vean en la disyuntiva de tener que practicar una operación de aborto voluntario, ni de referir a la usuaria a otro médico o centro hospitalario donde se practiquen abortos como se señala en la circular, garantizando fehacientemente a los objetores que no sufrirán ningún perjuicio de ningún tipo en su posición profesional, siempre y cuando éstos cumplan cabalmente con sus demás tareas y ejerzan la objeción de conciencia de manera respetuosa de las autoridades del centro y en forma pacífica.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Derivado del análisis anterior podemos formular las siguientes conclusiones:

⁶ Cfr. art. 9,2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1. La circular de la Secretaría de Salud del Distrito Federal en la cual se dan diversos lineamientos para llevar a cabo el aborto voluntario en los centros de salud del Distrito Federal, resulta claramente inconstitucional por violar diversos preceptos constitucionales entre los que destacan:
 - a) El artículo 16 constitucional que consagra la garantía de legalidad, puesto que aplica e interpreta indebidamente el artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal contradiciendo la interpretación que de este precepto hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su reciente sentencia del catorce de febrero del 2002.
 - b) Los artículos 4 y 123 constitucionales, así como la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protegen el derecho a la vida desde el momento de la concepción, así como el derecho a la salud de todas las personas sin discriminaciones de ningún tipo, e independientemente del grado de desarrollo gestacional del producto de la concepción.
 - c) El artículo 24 constitucional y los artículos 12 y 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege la libertad de conciencia.
2. Al ser un acto delictivo, el aborto no puede ser considerado como un medio de planificación familiar, como indebidamente se menciona en la circular.
3. Por la misma razón, tampoco puede ser considerado como un derecho a un servicio de salud, toda vez que no cabe plantearse el reconocimiento de un derecho a cometer un delito.
4. Independientemente de las razones anteriores, la circular también es violatoria de la libertad de conciencia, por obligar a los médicos y demás personal sanitario a intervenir en la práctica de abortos, ya sea directamente o indirectamente obligándoles a referir a la usuaria de los servicios de salud a un lugar donde efectivamente le practiquen el aborto.
5. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal, responsable último de la circular en comento, debe por tanto proceder a su deroga-

ción, si es que está dispuesto a guardar y a hacer guardar la Constitución mexicana, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 128 constitucional. De lo contrario, incurre en responsabilidad política y administrativa por violaciones a la constitución, independientemente de la responsabilidad en que incurra la Secretaría de Salud del Distrito Federal, e independientemente de las demás acciones legales que proceda interponer.

APÉNDICE I

TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN AL DELITO DE ABORTO

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P. VIII/2002, p. 415.

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. Del análisis de lo previsto en el citado numeral, se desprende que en su fracción III se contempla una disposición que no guarda relación con el principio de certeza jurídica en materia penal, consistente en la prohibición de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, toda vez que lo único que determina es que, cuando se reúnan los requisitos ahí especificados, no se impondrá la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto, por lo que es claro que no transgrede dicho principio.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VIII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P. IX/2002, p. 415.

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva (aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan los requisitos consignados en aquella fracción, las sanciones previstas en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número IX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P./J. 10/2002, p. 416.

ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Gutiérrez, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Pala-

cios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 10/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P. VII/2002, p. 417.

ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: 1) Dos médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) Que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) Que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales y c) Que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél. 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada. 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable. 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. 5) Que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada

uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos, la autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este Alto Tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P/J. 12/2002, p. 418.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ QUE SE HAGAN VALER DEBE EFECTUARSE A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL VIGENTES AL MOMENTO DE RESOLVER. Al ser la acción de inconstitucionalidad un medio de control de la constitucionalidad de normas generales, emitidas por alguno de los órganos que enuncia el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el estudio de los conceptos de invalidez que se hagan valer debe efectuarse a la luz de las disposiciones constitucionales vigentes en el momento de resolver, aun cuando la presentación de la demanda sea anterior a la publicación de reformas o modificaciones a la Norma Fundamental, ya que a nada práctico conduciría examinar la constitucionalidad de la ley impugnada frente a disposiciones que ya dejaron de tener vigencia.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 12/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P/J. 15/2002, p. 419.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EN EL CASO DE UNA RESOLUCIÓN MAYORITARIA EN EL SENTIDO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA, QUE NO SEA APROBADA POR LA MAYORÍA CALIFICADA DE CUANDO MENOS OCHO VOTOS EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LA DECLARATORIA DE QUE SE DESESTIMA LA ACCIÓN Y SE ORDENA EL ARCHIVO DEL ASUNTO DEBE HACERSE EN UN PUNTO RESOLUTIVO. Del análisis sistemático de los artículos 59 y 73 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, en relación con los numerales 41, 43, 44, 45 y 72 de la propia ley, se desprende que al presentarse en una acción de inconstitucionalidad la hipótesis de una resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada y que no haya sido aprobada por cuando menos ocho votos de los Ministros (mayoría exigida para invalidar la norma), debe hacerse la declaración plenaria de la desestimación de la acción y ordenar el archivo del asunto, en un punto resolutorio de la sentencia, y además en este supuesto; de acuerdo al sistema judicial, si bien no existirá pronunciamiento sobre el tema de inconstitucionalidad, sí podrán redactarse votos por los Ministros de la mayoría no califi-

cada y por los de la minoría, en los que den los argumentos que respaldaron su opinión.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Once votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 15/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P/J. 14/2002, p. 588.

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en

el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P/J. 13/2002, p. 589.

DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá

imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discrepó el señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 13/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P/J. 11/2002, p. 592.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpa desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpa, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventi-

no V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 11/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

APÉNDICE 2

CIRCULAR/GDF-SSDF/02/02 DE LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO FEDERAL

C.C. AUTORIDADES Y PROFESIONALES DE LA MEDICINA ADSCRITOS A UNIDADES MÉDICAS DEL SECTOR PÚBLICO, SOCIAL Y PRIVADO DEL DISTRITO FEDERAL PRESENTES

De conformidad con los artículos 12, fracción IV y 87 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; 15, fracción VII, 16, fracciones III, IV y VII y 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal y 2o. Fracción VII, 6o, 8o, fracciones I, III, IV, VII, VIII, IX, XVI, XVIII, XIX y XX, 13 y 14 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, y en cumplimiento de los artículos 329, 330, 331, 332, 333 y 334 del Código Penal y 131 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, me permito puntualizar las acciones tendientes a organizar y prestar los servicios de salud en el Distrito Federal, relacionados con la interrupción del embarazo, en razón de las siguientes:

CONSIDERACIONES

- Que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cuarto párrafo del Artículo 4o., establece como garantía social el derecho a la protección de la salud de toda persona;

- Que la Ley General de Salud en su artículo 4o., fracción IV, señala como autoridad sanitaria al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, y en sus artículos 5o. y 6o. que el Sistema Nacional de Salud está integrado por las dependencias de la Administración Pública Federal y Local y personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como sus objetivos; y que en el artículo 13 apartado B, fracciones I, II y III, menciona que corresponde a los gobiernos estatales, como autoridades locales en materia de salubridad general en sus respectivas jurisdicciones, organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de servicios de salubridad general entre los que se encuentran los de atención materno infantil y planificación familiar, así como planear, organizar y desarrollar sistemas estatales de salud y formular y desarrollar programas locales de salud, en concordancia con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo;
- Que la Ley de Salud para el Distrito Federal en su artículo 6o., fracción I, incisos b), c) y d), establece la prestación de servicios de salud materno infantil, salud para la mujer y de salud sexual y reproductiva; asimismo, en el artículo 8o. se mencionan las atribuciones que tiene a cargo la Secretaría de Salud Federal y en el artículo 14, fracción II se establece el fortalecimiento del Programa de Salud Sexual y Reproductiva;
- Que es responsabilidad del Gobierno del Distrito Federal a través de la Secretaría de Salud del Distrito Federal, dar cumplimiento al derecho constitucional de protección de la salud, que tiene entre otras finalidades, el bienestar físico, mental y social de la mujer para contribuir así el pleno ejercicio de sus capacidades; y que el Programa Nacional de Salud Reproductiva 2001-2006 es el medio para hacer efectivo del derecho de las mujeres a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Asimismo, que la Secretaría tiene entre otras funciones las de operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de atención médica, atención materno infantil, servicios de salud para la mujer y servicios de salud sexual y reproductiva;
- Que en México, el aborto, además de ser un grave problema de salud pública, se realiza con frecuencia mediante prácticas clandestinas, que constituyen un factor de riesgo que incrementa la morbilidad y mortalidad materna, que no se ve reflejado en los indicadores correspondientes debido al subregistro;
- Que en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal del 24 de agosto del 2000 se publican las excluyentes de responsabilidad penal para la interrupción del embarazo, establecidas en las reformas del Código Penal y el Código de Procedimientos Penales orientadas a contribuir en la disminución de las tasas de morbilidad y mortalidad materna, así como a reducir el número de familias desintegradas y la injusticia social, que afecta sobre todo a las clases sociales más desprotegidas, por lo anterior me permito establecer los siguientes:

LINEAMIENTOS GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DE LOS SERVICIOS
DE SALUD RELACIONADOS CON LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO
EN EL DISTRITO FEDERAL

PRIMERO. Los presentes lineamientos tienen por objeto establecer la organización y operación a que se sujetarán las autoridades y profesionales de la medicina adscritos a unidades médicas del sector público, social y privado del Distrito Federal, en la interrupción de embarazos de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal, establecidas en el Código Penal y Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal; con el fin de garantizar servicios de atención médica con oportunidad y calidad a las mujeres embarazadas a las que sea necesario realizar este tipo de procedimiento.

SEGUNDO. La vigilancia del cumplimiento de este instrumento corresponde a la Secretaría de Salud del Distrito Federal y a las demás autoridades competentes.

TERCERO. Para efectos de los presentes Lineamientos se entenderá por:

- I. Interrupción legal del embarazo. Aquella que se realiza hasta la semana 20 de gestación, en condiciones de atención médica segura y de acuerdo con lo establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y los presentes Lineamientos.
- II. Consentimiento informado. Al proceso de información orientado a responder a las necesidades de las usuarias de acuerdo con sus expectativas. Dicha información debe ser comprensible para favorecer una toma de decisión libre, y se registrará por escrito como un medio que ratifique la aceptación voluntaria, y de utilidad para asegurar el respeto a la misma.
- III. Dictamen. Al documento médico legal emitido por un médico debidamente acreditado, que avale la condición de salud o el diagnóstico de una mujer embarazada. Del tipo de la nota médica y el certificado médico, entre otros.

DE LAS EXCLUYENTES PARA LA PRÁCTICA LEGAL Y VOLUNTARIA
DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

CUARTO. La práctica de interrupción del embarazo, de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal, se realizara por personal médico gineco-obstetra de preferencia o cirujano general, en una unidad médica hospitalaria, siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación o de una inseminación artificial no consentida y siempre y cuando obre la autorización para la interrupción del embarazo emitida por el Agente del Ministerio Público adscrito al Sistema de Auxilio a Víctimas en su carácter de representante social;

- II. Cuando la continuidad de la gestación represente un grave riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada, condición avalada por el juicio emitido por el médico especialista que atienda a la embarazada y oyendo el dictamen de otro médico con la especialidad acorde con la patología que presente dicha persona. En caso de que la demora sea peligrosa para la gestante, podrá prescindirse del dictamen del segundo médico;
- III. Cuando exista razón suficiente para diagnosticar que el producto de la gestación presenta graves anomalías genéticas o congénitas, que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo; avalados por dos dictámenes médicos emitidos por dos especialistas adscritos a unidades médicas del sector público, social o privado;
- IV. Cuando un embarazo ya se encuentre interrumpido como resultado de una conducta culposa o no intencional, de la mujer embarazada.

QUINTO. El dictamen médico de anomalías genéticas o congénitas, estará fundamentado preferentemente en estudios específicos realizados con auxiliares de diagnóstico entre los que se encuentran: técnicas de ecosonografía o similares, técnicas bioquímicas, técnicas citogenéticas y técnicas analíticas. El diagnóstico será de presunción de riesgo y basado en criterios de probabilidad.

DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

SEXTO. El médico gineco-obstetra preferentemente o el cirujano general que participe en el procedimiento de interrupción legal del embarazo, acreditará su especialidad mediante documento emitido por una institución, que avale el cumplimiento del programa académico y está adscrito a alguna institución de salud del sector público, social o privado.

SÉPTIMO. Los médicos que podrán emitir dictámenes médicos que fundamenten el riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada o de anomalías genéticas o congénitas del feto, acreditarán su especialidad mediante documento emitido por una institución que avale el cumplimiento del programa académico, y estar adscritos a alguna institución de salud del sector público, social o privado.

OCTAVO. El personal médico, responsable de realizar el procedimiento programado de interrupción del embarazo solicitará a la usuaria los originales de los documentos siguientes, según sea el caso:

- I. Dictámenes médicos que fundamenten él o los motivos por los que se debe interrumpir el embarazo;
- II. La autorización de interrupción del embarazo por violación o inseminación artificial no consentida emitida por el Agente del Ministerio Público adscrito al Sistema de Auxilio a Víctimas.

NOVENO. Los médicos adscritos a unidades del primer nivel de atención, referirán de manera adecuada, responsable y oportuna, a un hospital en donde se practiquen procedimientos de interrupción legal del embarazo, a la gestante en la que exista probabilidad de realizar procedimientos de esta naturaleza, de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal establecidas en el Código Penal, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en apartado cuarto, fracciones II, III y IV de estos Lineamientos, en el caso de la fracción I, inicialmente se referirá a la usuaria a la Agencia Especializada en Delitos Sexuales más cercana.

DÉCIMO. El personal médico y paramédico y paramédico que participe en la práctica de procedimientos de interrupción legal del embarazo deberá proporcionar un trato digno, respetar la confidencialidad del caso y dar seguridad a la paciente durante su estancia hospitalaria.

DÉCIMO PRIMERO. Los profesionales de la salud podrán abstenerse de participar en la práctica de interrupción legal del embarazo argumentando razones de conciencia, salvo en los casos en que se ponga en riesgo inminente la vida de la mujer embarazada.

- I. El médico objetor de realizar procedimientos de interrupción legal del embarazo, referirá a la usuaria de manera inmediata, responsable y discreta con un médico no objetor o a un hospital, donde se realicen procedimientos de interrupción legal del embarazo con la hoja de Referencia y Contrarreferencia y demás documentos de importancia legal, como pueden ser: resultados de estudios de laboratorio o gabinete, autorización de interrupción del embarazo emitida por el Agente del Ministerio Público o Dictámenes Médicos, según sea el caso; con la certidumbre que será atendida para resolverle su problema.

DE LOS ESTABLECIMIENTOS Y SERVICIOS DE SALUD

DÉCIMO SEGUNDO. Las unidades médicas en las cuales podrán realizarse procedimientos de interrupción legal del embarazo, para los casos considerados en el apartado cuarto de estos Lineamientos, serán las pertenecientes a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, o aquellas que cuenten con más de 30 camas censables, quirófono equipado y personal médico y paramédico debidamente capacitado y adiestrado.

DÉCIMO TERCERO. Las unidades médicas del Sector Público del Distrito Federal que reúnan las características mencionadas en el apartado anterior, realizarán la interrupción legal del embarazo producto de un hecho de violación o de una inseminación artificial no consentida, siempre y cuando exista la solicitud de la embarazada y la autorización correspondiente.

DEL TRATAMIENTO Y PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS

DÉCIMO CUARTO. La técnica utilizada para realizar la interrupción legal del embarazo, se hará tomando en consideración las semanas de gestación del producto, que no será mayor de veinte semanas, y de acuerdo con el criterio del médico gineco-obstetra preferentemente, o del cirujano general, encargado de realizar el procedimiento.

DÉCIMO QUINTO. Las autoridades de la unidad hospitalaria, agilizarán los trámites administrativos necesarios para que el procedimiento de interrupción legal del embarazo se lleve a cabo lo más tempranamente posible, resolviéndole el caso a la embarazada en un máximo de 10 días naturales a partir de la primera consulta en la unidad, con el propósito de disminuir riesgos y daños a la salud materna que se incrementan conforme avanza la edad gestacional.

DE LA INFORMACIÓN

DÉCIMO SEXTO. Se proporcionará información objetiva, suficiente, oportuna y comprensible a la mujer embarazada que requiera la interrupción legal del embarazo, sobre los procedimientos que se utilizan, sus riesgos y consecuencias; con el propósito de que tome de manera libre y responsable la decisión de interrumpir su embarazo, mediante consentimiento informado. El consentimiento informado se basa en el principio de que la persona tiene derecho a decidir libremente, protegiendo esa libertad de elección y respeto a su autonomía. Esta decisión implica la aceptación voluntaria de la persona, asumiendo junto con su médico la responsabilidad sobre dicha aceptación. En caso de no aceptar, la usuaria asume la responsabilidad, lo cual deberá ser respetado por el equipo de salud.

DÉCIMO SEPTIMO. Los médicos del sector público, social y privado, proporcionarán información completa y oportuna sobre el uso de hormonales orales a las dosis terapéuticas establecidas, dentro de las primeras 72 horas postcoitales; como una medida de prevención del embarazo a las mujeres violadas, en aquellas cuya posibilidad de embarazo represente un alto riesgo para su salud o en las que se les haya realizado inseminación artificial no consentida, mediando en todos los casos el criterio médico para la prescripción, manejo y control. Asimismo, el médico proporcionará a la usuaria información completa, veraz y oportuna acerca de los riesgos de exposición a las enfermedades de transmisión sexual e indicaciones precisas acerca de los estudios que a su criterio deba realizarse.

DÉCIMO OCTAVO. El personal médico de la Secretaría de Salud, adscrito a las agencias del Ministerio Público, proporcionará información completa y veraz, acerca del tratamiento anticonceptivo a base de hormonales orales y prescribirá los medicamentos a las dosis terapéuticas establecidas, dentro de las primeras 72 horas de acontecida la violación o la inseminación artificial no consentida, de

manera similar a como se realiza por el Sistema de Auxilio a Víctimas. Asimismo, el médico proporcionará a la usuaria información completa, veraz y oportuna acerca de los riesgos de exposición a las enfermedades de transmisión sexual e indicaciones precisas acerca de los estudios que a su criterio deba realizarse.

DÉCIMO NOVENO. El expediente clínico de las usuarias atendidas por interrupción legal del embarazo, se integrará de acuerdo con la NOM-168-SSA-1998 del Expediente Clínico, incluyendo los siguientes documentos debidamente requisitados: original de dictámenes médicos o de la autorización de interrupción del embarazo por violación emitida por el Agente del Ministerio Público del Sistema de Auxilio a Víctimas, así como los reportes de resultados de auxiliares de diagnóstico practicados a la usuaria; agregando la hoja de solicitud y registro de intervención quirúrgica y de consentimiento informado de la usuaria para el procedimiento y tratamiento.

VIGÉSIMO. El manejo de la información de los apartados décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno de esta Circular, deberá realizarse bajo criterios de estricta confidencialidad.

DE LA COORDINACIÓN CON OTRAS DEPENDENCIAS

VIGÉSIMO PRIMERO. La Secretaría de Salud del Distrito Federal, establecerá bases de coordinación con las organizaciones del sector público, social y privado, relacionadas con la atención de la defensa de sus derechos y la procuración de justicia, para lograr un adecuado cumplimiento de las disposiciones de esta circular.

SANCIONES

VIGÉSIMO SEGUNDO. El incumplimiento de las disposiciones de esta Circular, será sujeto de las sanciones que establecen los instrumentos jurídicos aplicables en el Distrito Federal.

En la Ciudad de México, a 8 de abril de 2002.

ATENTAMENTE

LA SECRETARIA DE SALUD DEL DISTRITO FEDERAL
DRA. ASA EBBA CHRISTINA LAURELL
(Firma)

CONSEJERÍA JURÍDICA Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS

EL OMBUDSMAN EN LA UNIÓN EUROPEA. UNA INSTITUCIÓN SUPRANACIONAL

Manuel TEJEDA REYES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas consideraciones en torno al origen del Ombudsman*. III. *El Ombudsman supranacional*. 1. *Antecedentes*. 2. *Características generales del Ombudsman europeo*. A. *El Ombudsman y la administración de justicia en la Unión Europea*. B. *El Ombudsman europeo y la administración interna de los países miembros*. C. *El Ombudsman europeo y los recursos administrativos previos*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Sin ninguna duda, el fenómeno del Ombudsman constituye uno de los pilares esenciales de la respuesta desplegada en el presente siglo para fortalecer la protección de los ciudadanos frente a los abusos de las autoridades. Quizá por ello, de manera ininterrumpida, la figura del Defensor del Pueblo ha ido ganando terreno en el constitucionalismo moderno y se ha abierto paso en las sociedades democráticas avanzadas, asumiendo un papel clave en las relaciones entre las autoridades, dotadas tradicionalmente de atribuciones exorbitantes, y el ciudadano, necesitado de la salvaguarda de sus derechos frente a una administración compleja, cuyo funcionamiento, en ocasiones, apenas acierta a entender. De ahí que el protagonismo alcanzado por este tipo de instituciones las confirme en la actualidad como piezas de una especial relevancia en la defensa de los ciudadanos ante el poder público.

No obstante, es necesario advertir que la realización de esta función vital ha venido exigiendo un modelo de Ombudsman adaptado a las diferentes condicionantes de los diversos sistemas sociales. Por

ello, un correcto análisis sobre esta figura no puede en modo alguno ignorar las distintas experiencias que el derecho comparado ofrece al respecto, máxime cuando las respuestas de los diferentes modelos jurídicos-comparativos responden a problemas similares, si no es que idénticos.

Por otro lado, es obvio que resultaría imposible emprender aquí un análisis pormenorizado de todas aquellas peculiaridades que ofrecen los distintos modelos comparativos, lo que, sin duda, sobredimensionaría el presente trabajo.

Sentadas estas premisas, las líneas que siguen se proponen analizar algunas cuestiones concernientes a la figura del Ombudsman desde la perspectiva de la legislación comparada, concretamente sobre la peculiar institución surgida en el seno de la Unión Europea (el Defensor del Pueblo Europeo), con el objeto de extraer aquellos aspectos más significativos y novedosos en la configuración de este instituto dentro de un organismo supranacional y complejo como lo es la citada Unión Europea.

No obstante, y como paso previo, nos detendremos a analizar en primer término la conformación del modelo originario sueco, ya que el hecho de que fuera Suecia el país donde nació la institución del Ombudsman y que su modelo fuera acogido con más o menos variantes por una multitud de estados, nos obliga inevitablemente a continuar tomando la institución de ese país como punto de partida.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ORIGEN DEL OMBUDSMAN

Cualquier tentativa dirigida a desarrollar una investigación sobre alguna institución jurídica conlleva insoslayablemente un análisis acerca de los orígenes de la misma, para así tratar de comprender y valorar la razón de su existencia. Dicho en otras palabras, nos resultaría imposible abordar un estudio sobre el Ombudsman sin detenernos antes a examinar con detalle todas aquellas circunstancias sociopolíticas que dieron lugar a su aparición. Entendido así, llegar hasta la génesis de la institución nos llevará a comprender los motivos que originaron la aparición del Ombudsman, así como a determinar su función en un sistema cada vez más complejo.

En este sentido, suele afirmarse que el antecedente inmediato del Ombudsman surge en Suecia a principios del siglo XVIII, cuando el rey Carlos XII instituyó, mediante la Orden de Cancillería de 26 de octubre de 1713, la figura del Comisario Supremo del Rey; posteriormente, dicho cargo paso a denominarse Canciller de Justicia, quien al igual que el primero, era designado por el propio monarca, manteniendo sus funciones generales de supervisión de la función administrativa, y aun del enjuiciamiento jurisdiccional de los funcionarios en casos de delitos graves.¹

No obstante, en algún momento entre 1766 y 1772, el titular de esta tarea, que hasta entonces había sido un cargo de confianza del rey, pasaría a ser designado por los órganos representativos, circunstancia que situaría al Canciller de Justicia como el verdadero predecesor del Ombudsman.²

Con la llegada al trono de Gustavo III, el cargo de Canciller de Justicia pasó nuevamente a depender del monarca y del Consejo, asumiendo una posición semejante a la de un ministro de Justicia.

Las convulsiones políticas producidas en Suecia en 1809, condujeron a la redacción de una nueva Constitución, en la que influyó notablemente la tesis de la separación de poderes predicada por Montesquieu, y en la que se instituía una figura denominada "Justitie Ombudsman",³ designado ahora por el Parlamento y con la misión de vigilar la forma en la que los jueces y otros funcionarios cumplían las leyes (artículo 96 de la Constitución sueca). Sin embargo, hay que advertir que la instauración del Ombudsman en la Ley fundamental sueca no supuso la desaparición final del Canciller de Justicia, quien continuaba dependiendo del rey, y frente a él se encontraba el Ombudsman, siendo diversas las atribuciones y competencias de uno y otro.

En este contexto, resulta claro que lo que se trataba de conseguir no era otra cosa que garantizar los derechos de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de la administración a través de un representante del pueblo, elegido por el Parlamento —aunque

¹ FAIREN GUILLÉN, V., *El defensor del pueblo, Ombudsman*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 35.

² *Idem.*

³ PELLÓN GARCÍA, R., *Las metamorfosis del Ombudsman*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno Español, Madrid, 1982, p. 30.

independiente del mismo—, ya que se había comprobado que el Canciller de Justicia nunca llegó a gozar de suficiente independencia para proteger eficazmente a los ciudadanos.⁴

En otras palabras, la idea básica en la creación de este órgano fue la de que los Tribunales y otras autoridades se vieran menos inclinados a desconocer las leyes para servir a los deseos del gobierno, por lo que se buscó que las actividades administrativas fueran vigiladas por un representante del pueblo, independiente del mismo gobierno. Lo que el Parlamento deseaba era un control que no dependiera del ejecutivo; al respecto, La Pérgola afirma: "...el instituto no constituye necesariamente una ramificación de aquel control al que está sujeto el gobierno por parte de las Cámaras; sirve, de hecho, para ensanchar la vigilancia de la actividad ejecutiva efectivamente más allá del ámbito en que opera la responsabilidad política del gobierno en los sistemas parlamentarios. Si se quiere entonces situar el instituto en su justa perspectiva, es necesario no olvidar que, aun cuando el Ombudsman sea considerado como fiduciario y auxiliar de las Cámaras, su función es colaborar no tanto en el control del gobierno, confiado directamente al Órgano Legislativo, cuanto a la fiscalización de la Administración".⁵

Así pues, puede afirmarse que el Ombudsman surgió originariamente en Suecia, configurado como un Comisionado del Parlamento, aunque independiente del mismo, con la función de supervisar las actividades de la administración, para lo cual emitía informes no vinculantes, en los que hacía constar a la misma sus sugerencias e incluso aquellas propuestas de reformas que consideraba oportunas; además, anualmente el Ombudsman daba cuenta al Parlamento de la labor efectuada mediante la presentación de un informe general.

Por lo expuesto, es posible afirmar que el propósito de la aparición del Ombudsman en Suecia fue garantizar los derechos de los ciudadanos por medio de la supervisión de la actividad de la administración, mediante procedimientos sumarios y sugerencias comúnmente aceptadas.

⁴ FAILÉN GUILLÉN, V. *Op. cit.*, p. 36.

⁵ LA PÉRGOLA, A. "Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979, p. 72.

No obstante, la difusión de esta figura no se produjo de manera inmediata, puesto que la institución se mantuvo prácticamente en una suerte del limbo constitucional durante más de un siglo. En efecto, el Ombudsman sueco pasó prácticamente desapercibido para todos los países, a excepción de Finlandia, durante un largo periodo de tiempo.

El aislamiento geográfico, lingüístico y cultural de los países nórdicos pudo haber sido en cierto modo una barrera a la adopción del sistema en otros lugares, si bien dicho obstáculo no habría sido suficiente si las condiciones sociales de otros países lo hubiesen requerido. La razón fundamental por la que la institución del Ombudsman permaneció prácticamente ignorada, se habría debido, a juicio de Rowat, a que Suecia contaba con un sistema jurídico-administrativo diferente al de la mayoría de los países, lo que hacía pensar en la imposibilidad de introducir dicha figura en otros ordenamientos.⁶

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial y ante la existencia de una generalizada preocupación por proteger los derechos de los ciudadanos frente a una administración en constante crecimiento, algunos países se plantearon abiertamente la posibilidad de introducir una institución inspirada en el Ombudsman sueco, que tanto éxito había alcanzado en ese país. En este contexto, la institución del Ombudsman en Dinamarca, con motivo de la reforma constitucional de 1953, resultaría ser un acontecimiento decisivo para el éxito de la exportación internacional de esta figura, ya que por primera vez se insertaba en un sistema jurídico distinto al de su país de origen, lo que venía a demostrar la viabilidad de la institución en otros ordenamientos diversos de aquél donde había surgido.

Paulatinamente, la figura del Ombudsman se fue extendiendo por todo el mundo, impulsada en gran medida por la decisiva labor de difusión efectuada por el primer Ombudsman danés, Stephan Hurwitz, y el entonces Ombudsman sueco, Alfred Bexelius, a través de conferencias y publicaciones en diversos idiomas, con el objeto de sensibilizar a la opinión pública de las ventajas que aportaba esta novedosa institución.⁷

⁶ ROWAT, D. C. *El Ombudsman en el mundo*, Ed. Teide, Barcelona, 1990.

⁷ PELLÓN GARCÍA R. *Op. cit.*, p. 19.

Ahora bien, el modelo sueco ha sufrido numerosas y profundas adaptaciones en los diferentes ordenamientos jurídicos donde ha sido acogido. Ello demuestra claramente, entre otras cosas, que hablamos de una institución que ha sabido adaptarse a las características propias de cada sistema, sin perder por ello su propia esencia.

En efecto, cualquiera que haya tenido ocasión de familiarizarse con el estudio del Ombudsman en los distintos ordenamientos legales habrá podido comprobar hasta qué punto en realidad no existe un modelo único y nítidamente delimitado, sino que, por el contrario, el prototipo ha experimentado, desde su origen histórico, numerosas modificaciones para poder así adecuarse a las necesidades, cuando no a las características propias de cada país.

III. EL OMBUDSMAN SUPRANACIONAL

1. Antecedentes

No hay duda de que la sensibilidad que ha despertado la implantación del Ombudsman en multitud de países, generalmente con notable aceptación en todos ellos, tampoco escapó a una organización de ámbito supranacional como la Unión Europea, que advirtió la necesidad de establecer dicha institución en su sistema jurídico con el objeto de proteger a los ciudadanos de la Unión frente a lesiones producidas por la actuación de las instituciones u órganos comunitarios.

Sin embargo, la idea de instaurar un Ombudsman de ámbito supranacional en Europa no es del todo reciente. Las primeras tentativas por implementar esta figura surgieron en la década de 1970, aunque con una configuración distinta a la actual, porque en realidad la propuesta inicial consistía en crear un órgano ligado al Consejo de Europa con fines esencialmente circunscritos a la presentación de demandas ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos.

Como bien ha indicado Baldira Munte: "...no es extraño que estas iniciativas surgieran en el seno del Consejo de Europa, en tanto la efectiva protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales han sido preocupación principal y constante de esta organización internacional desde su fundación y cuenta para ello con

mecanismos específicos, como son la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos".⁸

Así pues, y tras la iniciativa presentada en 1972, se llevaron a cabo una serie de trabajos en la Comisión de Cuestiones Jurídicas de la Organización, con la finalidad de implantar un Ombudsman en el ámbito del Consejo de Europa, no obstante, y pese al interés suscitado, la idea fracasó y la referida comisión se limitó a presentar una serie de propuestas en las que se recomendaba a los gobiernos de los estados miembros que aún no hubiesen adoptado esta institución, que contemplaran la posibilidad de introducirla en sus respectivos ordenamientos.

A pesar de este revés inicial, no acabó aquí el interés por implantar un Ombudsman supranacional, porque en los años siguientes comenzaron a presentarse dentro del Parlamento Europeo los primeros debates en torno a la posibilidad de configurar un Ombudsman para proteger los derechos de los ciudadanos frente a las irregularidades cometidas por las instituciones comunitarias.

Con este propósito, el Parlamento Europeo aprobaría el 11 de mayo de 1979, una resolución favorable a la constitución de un Ombudsman para la Comunidad Económica Europea, que contaría con los siguientes rasgos básicos: órgano unipersonal, comisionado del Parlamento encargado de controlar las acciones de las autoridades de la propia Comunidad en la aplicación del derecho comunitario, naturaleza no jurisdiccional y absolutamente independiente.⁹

No obstante, las cosas cambiaron radicalmente tras la celebración, en junio del año citado, de las primeras elecciones democráticas al Parlamento Europeo. Probablemente debido a la necesidad de superar el déficit democrático existente en su primera etapa, el propio Parlamento realizó numerosas reformas estructurales tendientes a reforzar las técnicas de control de la propia Cámara antes que otorgar facultades a un nuevo órgano, que aun siendo nombrado por aquélla, sería independiente en su actuación.

Finalmente, la figura del Ombudsman para la Comunidad Económica Europea fue incluido en el proyecto del Tratado de la Unión

⁸ BALDIRA MUNTE, F., "El Defensor del Pueblo Europeo", en *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, núm. 132, Zaragoza, 1994, p. 55.

⁹ *Ibidem*, p. 56.

Europea, quedando configurada definitivamente en los artículos 8.D y 138.E del Tratado Constitutivo de la Unión, bajo el siguiente esquema, establecido en el segundo de los preceptos citados:

“1. El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En el desempeño de su función, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo que los hechos alegados sean o hallan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución interesada que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Éste remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la Institución interesada. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones.

2. El Defensor del Pueblo será nombrado después de cada elección del Parlamento Europeo y durará en su encargo toda la legislatura. A petición del propio Parlamento, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Ombudsman si éste deja de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o si hubiere cometido una falta grave.

3. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con total independencia. En el ejercicio de las mismas no solicitará ni admitirá instrucciones de ningún organismo; durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuida.

4. El Parlamento Europeo fijará el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo”.

Según se puede apreciar de los lineamientos transcritos, parece claro que el esquema del Ombudsman adoptado por la Unión Europea se asemeja, en líneas generales, al modelo nórdico. En él, se contienen básicamente todos sus rasgos esenciales: órgano independiente; designación a cargo del Parlamento; fácil acceso de los ciu-

dadanos; procedimiento sumario, informal y gratuito; publicidad en sus investigaciones; emisión de informe no coercitivos ni vinculantes, condicionados en sus efectos a la naturaleza del órgano como “Magistratura de persuasión”.¹⁰

Partiendo de estas bases, sin duda sustanciales para perfilar la institución, y conforme a las previsiones contenidas en el apartado cuarto del artículo 138.E del Tratado de la Unión Europea, su Parlamento se avocó a la tarea de elaborar el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo. Este proceso culminó el 9 de marzo de 1994 con la aprobación del referido Estatuto y de las condiciones generales del ejercicio de las funciones del Defensor de los ciudadanos Europeos.

2. Características generales del Ombudsman europeo

A partir de la configuración institucional del Defensor del Pueblo Europeo, perfilado conforme a los datos establecidos por el artículo 138.E del Tratado de la Unión Europea y su propio Estatuto, abordaremos ahora las características principales que, de acuerdo con su propia normatividad, ofrece la institución.

En primer lugar cabe destacar que el Ombudsman europeo debe ser alguien que tenga la ciudadanía de la Unión, es decir, ostentar la nacionalidad de un estado miembro (artículo 8.1 del Tratado de la Unión Europea); encontrarse en pleno disfrute de los derechos civiles y políticos y poseer experiencia y competencia notorias para el ejercicio de sus funciones (artículo 6.2 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo, en lo sucesivo EDPE).

De lo anterior se desprende que el legislador comunitario quiso asegurarse que el cargo de Defensor del Pueblo Europeo recayera en una persona con sólida formación e independencia, lo que obliga a situar el tema dentro de lo que debe entenderse por competencia notoria; puesto que si bien la experiencia del candidato puede ser fácilmente constatada (simplemente con la comprobación de que ha desempeñado un cargo parecido o similar), no ocurre así con la exigencia de que lo haya desempeñado además con competencia notoria; con-

¹⁰ Astarloa HUARTE-MENDICOA, I. “El Estatuto del Defensor del Pueblo”, en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, p. 165.

cepto que sólo puede ser entendido desde una percepción política y, por lo tanto, sujeto a los condicionamientos propios del órgano que tiene facultad para designar al Defensor del Pueblo: el Parlamento Europeo.

Hechas estas consideraciones, conviene añadir algunas otras características específicas que también se desprenden de la regulación estatutaria del Ombudsman europeo.

El artículo 6o. del Estatuto que regula esta figura establece la posibilidad de reelección; en cuanto a la terminación del cargo, puede producirse por el transcurso de tiempo en el mandato, por renuncia o por destitución (artículo 7.1 del EDPE). Salvo este último caso, el Ombudsman deberá seguir en funciones hasta la toma de posesión del siguiente Defensor del Pueblo Europeo; además, sí la terminación en el cargo ha ocurrido de forma anticipada, el Estatuto establece que se debe nombrar a un nuevo titular en un plazo de tres meses y únicamente para que concluya el periodo restante de la legislatura (artículos 7.2 y 7.3 del EDPE).

Por último, y en lo que respecta a la destitución del Defensor del Pueblo, conviene hacer notar que no corresponde al Parlamento el ejercicio de esa facultad, sino que esta competencia la tiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien determinará en última instancia, a petición del Parlamento, si el Ombudsman ha dejado de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o ha cometido una falta grave (Art. 8 del EDPE).

Por otra parte, el Ombudsman está sujeto a una serie de incompatibilidades, ya que no puede ejercer otra función política o administrativa ni actividad profesional alguna, a fin de garantizar su independencia e imparcialidad (arts. 9 y 10 del EDPE).

En cuanto al ámbito competencial del Ombudsman, el mismo se extiende a todas aquellas reclamaciones derivadas de lo que se conoce como "mala administración" que se haya producido por acciones u omisiones de las instituciones y órganos comunitarios, así como las de sus autoridades, funcionarios y personal operativo (art. 2 del EDPE).

A. El Ombudsman y la administración de justicia en la Unión Europea

Con relación al ámbito en el que se desenvuelve el Defensor del Pueblo respecto a la supervisión del Tribunal de Justicia y el Tribu-

nal de Primera Instancia, las posibilidades dispuestas por el legislador comunitario son claras: el Ombudsman no puede intervenir en las causas que se sigan o hayan concluido ante los Tribunales, ni está facultado para poner en tela de juicio las resoluciones judiciales (arts. 1.3 y 2.7 del EDPE); de modo que los Tribunales en el desempeño de la función judicial quedan excluidos del ámbito de supervisión del Defensor del Pueblo Europeo; lo que no impide, sin embargo, que éste pueda conocer de aquellas reclamaciones que afecten el funcionamiento de la administración de justicia o de sus respectivas oficinas judiciales.¹¹

B. El Ombudsman europeo y la administración interna de los países miembros

De igual modo, el Defensor del Pueblo no puede conocer de aquellas quejas referidas a la actividad de las administraciones de los países integrantes de la Unión Europea, aunque las mismas actúen en desarrollo, ejecución y aplicación del derecho comunitario. Esta determinación es consecuente con el contenido del artículo 2.1 del EDPE que permite únicamente que el Defensor del Pueblo actúe sobre las instituciones y órganos comunitarios; y en consecuencia está imposibilitado para tramitar reclamaciones sobre los actos realizados por cualquier autoridad o persona que integren la administración interna de alguno de los países miembros de la Unión.

C. El Ombudsman europeo y los recursos administrativos previos

La presentación de quejas al Defensor del Pueblo también plantea algunas limitaciones en torno al tema de las gestiones previas ante la administración. De este modo, y de acuerdo con los lineamientos que el propio Estatuto impone, sólo será admisible una reclamación si previamente se han efectuado las gestiones administrativas necesarias ante las instituciones u órganos de que se trate (artículo 2.4 del EDPE). Este presupuesto es indispensable para el comienzo de cualquier investigación por parte del Ombudsman y se extiende incluso a las reclamaciones relativas a las relaciones laborales entre las insti-

¹¹ *Ibidem*, p. 62.

tuciones u órganos comunitarios y sus funcionarios, lo que obliga a estos últimos a agotar previamente todas las posibilidades de solución o reclamación previstas en la normatividad administrativa interna (art. 2.8 del EDPE).

Finalmente, quedan por dilucidar los aspectos relativos al procedimiento de actuación, resoluciones e informes del Ombudsman en Europa. Así pues, y conforme a la aplicación de las previsiones dispuestas en su régimen estatutario, el Defensor del Pueblo puede iniciar un procedimiento de oficio o a petición de parte (arts. 2.2 y 3.1 del EDPE).

En este último caso la queja podrá dirigirse directamente por cualquier ciudadano de la Unión o por las personas físicas o morales que residan o tengan su sede en un Estado miembro de la misma, al Ombudsman europeo a través de un europarlamentario, debiendo quedar patente en todo caso el objeto de la reclamación (art. 2.3 del EDPE); presentarse antes del transcurso del término de dos años contados a partir del día en que el afectado tuvo conocimiento de los hechos que la motivaron (art. 2.4 del EDPE), y haber agotado previamente los recursos administrativos (art. 2.4 y 2.8 del EDPE). En este punto hay que añadir que la presentación de la queja no interrumpe los plazos fijados en los procedimientos judiciales o administrativos (art. 2.6 del EDPE).

En el transcurso de las investigaciones del Ombudsman, tanto las instituciones y órganos comunitarios como las de los estados miembros, por conducto de sus representantes permanentes en la Unión Europea, están obligados a colaborar y facilitar cualquier información al Defensor del Pueblo, salvo aquella que por disposición legislativa o reglamentaria deba mantenerse como secreta (art. 3.2 del EDPE). No obstante esta previsión, se podrá permitir al Defensor del Pueblo el acceso a información confidencial siempre y cuando se comprometa a no divulgar el contenido de la misma (art. 3.3 del EDPE).

Terminada la investigación, si el Ombudsman considera que existió un caso de mala administración y no ha sido posible llegar a una solución amistosa, se dirigirá a la institución u órgano afectado formulando un proyecto de recomendación. La institución a su vez, dispondrá de un plazo de tres meses para enviar al Defensor del Pueblo un informe detallado sobre los puntos de la reclamación; finalmente, el Defensor deberá remitir un informe al Parlamento Europeo y a la

institución afectada, en el que formulará las recomendaciones que estime oportunas (art. 3.7 del EDPE).

Por último, el Defensor del Pueblo deberá presentar, al término de cada periodo anual de sesiones, un informe sobre los resultados de cada una de sus investigaciones (art. 3.8 del EDPE).

IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto, resulta evidente que el establecimiento de la figura del Ombudsman en los distintos sistemas jurídicos, se debe en gran medida al nivel de eficacia y al prestigio social alcanzado por esta institución. En estas circunstancias es posible concluir que el Ombudsman es ante todo un órgano comisionado por el Parlamento para supervisar las actividades de la administración mediante procedimientos sumarios e informales. En este sentido, el Defensor del Pueblo Europeo constituye una más de las múltiples adaptaciones del modelo originario sueco. No obstante, es necesario advertir que el especial perfil de esta institución en una organización de carácter supranacional y compleja como lo es la Unión Europea, origina un diferente posicionamiento del que destacan de modo muy particular, dos aspectos:

1. La sustracción al Ombudsman del conocimiento sobre cualquier queja relativa a la actividad de la administración de los países integrantes de la Unión, aunque actúen en desarrollo, ejecución y aplicación del derecho comunitario; y
2. La exigencia de que la reclamación sea sustanciada, bien por un europarlamentario o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su sede social en un estado miembro de la Unión; o bien mediante un ciudadano de la Unión Europea, es decir, toda persona que ostente la nacionalidad de uno de los estados de la referida Unión.

LIBERACIÓN Y JUSTICIA: LA HISTORIZACIÓN DE LO JURÍDICO EN ELLACURÍA

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El cuestionamiento de Ellacuría*. III. *La liberación de la filosofía*. IV. *Realismo histórico, para iusnaturalismo histórico*. V. *Historización de los derechos humanos*. VI. *El bien común y su historización*. 1. *Bien común y iusnaturalismo histórico*. VII. *Liberación*. 1. *Liberación y justicia*. VIII. *Realidad histórica y liberación*.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos sostenido que la raíz del derecho es el ser humano. En cuanto que realidad compleja la juridicidad de manera prioritaria está constituida por el *derecho subjetivo* que consiste en la facultad de la persona de exigir lo suyo y por lo *justo objetivo* como la cosa o conducta debida a *otro*, que es precisamente su derecho. En otras palabras, lo fundamental de lo jurídico, a lo cual deben ordenarse normas, instituciones y procedimientos está constituido por los derechos humanos y la justicia. Esto lo afirmamos desde una posición filosófica de iusnaturalismo.

En virtud de que tanto lo relativo a los derechos humanos, como aquello que tiene que ver con la justicia y el bien común, es presentado habitualmente de una manera abstracta, desligado de la historia concreta, es que hemos pensado en hacer reflexiones iusfilosóficas buscando exponer un *iusnaturalismo histórico*. Así hemos tratado de presentar un iusnaturalismo con otro rostro, un derecho natural con otra cara.

Hemos teorizado sobre el *iusnaturalismo histórico* utilizando categorías filosóficas de la llamada *Filosofía de la Liberación*¹ y trayendo a la memoria los conceptos de justicia y derecho de la tradición bíblica utilizándolos también como categorías filosóficas.²

En este trabajo continuamos con esa línea de investigación, de reflexión y de propuesta de *iusnaturalismo histórico*, ahora profundizando en los aportes de Ignacio Ellacuría (1930-1989), teólogo, filósofo y sociólogo, profesor de la Universidad Centroamericana (UCA), Simeón Cañas, de San Salvador.

II. EL CUESTIONAMIENTO DE ELLACURÍA

Ignacio Ellacuría, desde su filosofía de la realidad social, cuestiona dos tópicos jurídicos clave, que son fundamentales en la construcción teórica del iusnaturalismo: el bien común y los derechos humanos, que de alguna manera constituyen elementos de la justicia.³ El cuestionamiento de Ellacuría es por su *historización*.

Bien común y derechos humanos tienen una larga trayectoria filosófica. Sin embargo, con razón se pregunta Ignacio Ellacuría, refiriéndose al bien común y a los derechos humanos —y nosotros podríamos ampliar la pregunta sobre la justicia—: “¿Por qué estos temas tan graves en un correcto planteamiento de la ética personal y de la ética política han tenido tan poca incidencia en la configuración ética de la persona y de la sociedad? ¿Por qué, al contrario, han servido y están sirviendo para una tan permanente negación real del bien común y de los derechos humanos? ¿Cómo se debería orientar el

enfoque de este problema para que realmente se propiciara un efectivo bien común y un ejercicio actual de los derechos humanos?”⁴

El mismo Ellacuría nos ofrece esta respuesta: “su mismo carácter formal y su interpretación en la línea de la abstracción idealista... De lo cual resulta que ni se tiene claro cuál debe ser en cada situación histórica el contenido del bien común, ni se tiene determinado cuál es el camino de conseguirlo”.⁵ En otras palabras, falta su historización. Y esto acarrea que se acepte lo establecido como justo y como la realización del bien común.

Es importante señalar que el gran peligro que afronta el iusnaturalismo es el de su ahistorización, es decir, en reducirse a conceptos bonitos pero vacío de contenidos reales. Para aceptar la validez de los postulados iusnaturalistas, es necesario historizar la justicia, y por lo tanto el bien común y los derechos humanos. Pues si el derecho y el Estado se dan en la historia, son reales, la justicia y el bien común deben ser también históricos, reales, si no, me atrevería a decir que el iusnaturalismo es ineficaz, que no tiene factibilidad humana, por su incapacidad de hacer históricos sus postulados. Y una doctrina sin realidad, que no es factible, es mera ideología, no incide mayormente en las relaciones reales entre los hombres.

Ellacuría nos dice en qué consiste esa historización, que no es otra cosa que “ver cómo se está realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como un ‘deber ser’ del bien común...” y “...en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común...”; en síntesis: “la historización consiste entonces, en probar cómo se da en una realidad histórica determinada lo que formalmente se presenta como bien común... y en mostrar cuáles son los mecanismos por los que se impide o se favorece la realización efectiva del bien común”.⁶

Según Ellacuría para que los derechos humanos, alcancen “una perspectiva y validez universal”, sólo es posible si se tiene en cuenta el ‘desde’ dónde se consideran y el ‘para’ quién y ‘para’ qué se proclaman”.⁷

⁴ Ignacio ELLACURÍA, “Derechos humanos en una sociedad dividida”, en *Christus* núm. 527, México, octubre de 1979, p. 42.

⁵ *Idem Supra*, p. 44.

⁶ *Idem Supra*, pp. 45 y 46.

⁷ Ignacio ELLACURÍA, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, en *ECA* núm. 502, San Salvador, 1990, p. 590.

¹ *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, Ed. Jus, México, 1983, 1992 y 2001.

² *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, Ed. Miguel Ángel Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 1992.

³ El novohispano, iusnaturalista clásico, Juan ZAPATA Y SANDOVAL escribe: “Que la justicia es la virtud que mira al derecho su objeto y que toda ella versa sobre el establecimiento de la igualdad entre el derecho de una persona y el deber de otra, es sentencia común... Y así la justicia muy apropiadamente es definida por los doctores a través de los actos: *Que es constante y perpetua voluntad que otorga a cada uno su derecho*. En *Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta*, Primera parte *Sobre la justicia conforme a sí misma*. Introducción, traducción y notas: Arturo E. Ramírez Trejo, UNAM, México, 1994, p. 22.

Para el que fuera mártir intelectual por los derechos de los pobres,⁸ la historización de los derechos humanos consiste:

(a) en la verificación práctica de la verdad-falsedad, justicia-injusticia, ajuste-desajuste que se da del derecho proclamado; (b) en la constatación de si el derecho proclamado sirve para la seguridad de unos pocos y deja de ser efectivo para los más; (c) en el examen de las condiciones reales, sin las cuales no tienen posibilidad de realidad los propósitos intencionales; (d) en la desideologización de los planteamientos idealistas, que en vez de animar a los cambios sustanciales, exigibles para el cumplimiento efectivo del derecho y no sólo para la afirmación de su posibilidad o desiderabilidad, se convierten en obstáculo de los mismos; (e) en la introducción de la dimensión tiempo para poder cuantificar y verificar cuándo las proclamaciones ideales se pueden convertir en realidades o alcanzar, al menos, cierto grado aceptable de realización.⁹

El bien común y la justicia son ideales éticos; escribía Ellacuría que había que repetirlos una y otra vez “no para adormecerse con ellos sino para poner los medios adecuados que los conviertan en realidad”.¹⁰ Eso es la historización.

Es inspirados en el cuestionamiento y los conceptos del maestro jesuita que tratamos de divulgar la locución *iusnaturalismo histórico* y procuramos teorizar en ella buscando sus fundamentos.

El cuestionamiento de Ellacuría se entiende por su propia propuesta filosófica, que a continuación presentamos.

III. LA LIBERACIÓN DE LA FILOSOFÍA

Ignacio Ellacuría estaba convencido de la inviabilidad del proyecto filosófico idealista; considera que la historia es el lugar para la revelación de la realidad. La filosofía de Ellacuría está influenciada del

⁸ El 16 de noviembre de 1989 fue asesinado Ellacuría junto con sus compañeros jesuitas profesores de la UCA Segundo Montes, Ignacio Martín Baró, Amando López, Juan Ramón Moreno y Joaquín López, y dos personas de servicio, por un operativo militar en las propias instalaciones de la Universidad.

⁹ ELLACURÍA, “Historización...”, *op. cit.*, p. 590.

¹⁰ Ignacio ELLACURÍA, “Conflicto entre trabajo y capital. Un punto clave de la *Laborem Excercens*”, en *Diakonía*, Boletín del Centro Ignaciano de Centro América (CICA), 1. Liberación y justicia, núm. 24. Managua, diciembre de 1982. p. 42.

pensamiento de Javier Zubiri, a quien considera como un “liberador sistemático” del idealismo, que ha venido dominando a la filosofía occidental desde sus orígenes: “se trata por lo pronto de deslogificar el inteligir y desentificar la realidad”.¹¹ Por eso R. Alvarado dice que “en el pensamiento filosófico de Ellacuría se da un dinamismo continuo de dos momentos: la liberación de la filosofía y la filosofía de la liberación”.¹²

El problema del idealismo, según Ellacuría, es “no haber encontrado la forma adecuada de enfrentarse con la realidad y de hacerse cargo de ella”.¹³

La intención de Ellacuría fue producir una filosofía con una función liberadora, transformando la filosofía de la realidad de Zubiri en una filosofía de la realidad histórica.¹⁴ Ellacuría puede construir un *realismo histórico* basándose en el pensamiento de Xavier Zubiri porque para éste la realidad no es estática. “La realidad no es solamente lo que es actualmente; también está, en una o en otra forma, inmersa en eso que de una manera más o menos vaga podemos llamar el devenir. Las cosas devienen, la realidad deviene”.¹⁵ Y en otro lugar:

“La realidad como esencia es una estructura. Una estructura constitutiva, pero cuyos momentos y cuyos ingredientes de constitución son activos y dinámicos por sí mismos”.¹⁶

La historia es para el profesor de la Universidad Centroamericana, “la total y última realización de lo real”.¹⁷ Dice Samour:

“Para Ellacuría, la historia se presenta como un crecimiento de la libertad a través de un proceso de liberación progresiva de la naturaleza y de toda suerte de condicionamientos materiales, sociales y políticos”.¹⁸

¹¹ Juan Antonio Senent de Frutos, *Ellacuría y los derechos humanos*, Ed. Desclée de Brouwer, Col. Palimpsesto, Bilbao, 1998, pp. 104-108.

¹² *Idem supra*, p. 106.

¹³ Citado por SENENT, *op. cit.*, p. 110.

¹⁴ Héctor SAMOUR, “Filosofía y libertad”, en *Ignacio Ellacuría: Aquella libertad esclarecida*; coordinadores Jon Sobrino y Rolando Alvarado, UCA Editores, San Salvador, 1999, p. 103.

¹⁵ Xavier ZUBIRI, *Estructura dinámica de la realidad*, Ed. Alianza Editorial y Fundación Xavier Zubiri, Madrid, 1995, p. 7.

¹⁶ *Idem supra*, p. 327.

¹⁷ SAMOUR, *op. cit.*, p. 103.

¹⁸ *Idem supra*.

Y la filosofía está implicada en ello, de tal manera que la tarea de la liberación le es exigida no sólo por razones éticas, sino también por epistemológicas y metafísicas.¹⁹

Una vez puesto en el camino de liberar a la filosofía del idealismo, como autoliberación de la filosofía, Ellacuría pasa a un segundo momento, que constituye su aporte para la elaboración de una filosofía latinoamericana, que concibió como una *filosofía de la praxis histórica liberadora*.²⁰ En ese sentido hace *filosofía de la liberación*.²¹

Ignacio Ellacuría propone, pues, a la *realidad histórica* como el objeto adecuado de la filosofía; y considera que la "filosofía no debe permanecer al margen de la praxis histórica liberadora." Por eso escribe:

"...No basta filosóficamente con buscar la verdad sino que hay que procurar filosóficamente realizarla para hacer la justicia y construir la libertad".²³

Senent nos explica que para el jesuita la verdad no es sólo una cuestión del "logos predicativo", esto es una adecuación entre entendimiento y una cosa, sino que la verdad de la realidad se dimensiona de manera primordial desde la propia praxis histórica, en un *logos histórico*.²⁴ Y cita el profesor de la Universidad Centroamericana (UCA):

"La verdad de la realidad no es lo ya hecho; eso es sólo una parte de la realidad. Si no nos volvemos a lo que está haciéndose y a lo que está por hacer, se nos escapa la verdad de la realidad. Hay que hacer la verdad, lo cual no supone poner primariamente en ejecución, realizar lo que ya se sabe, sino hacer aquella realidad que en juego de praxis y teoría se muestra como verdadera".²⁵

Así la justicia, la dignidad humana, la libertad, que constituyen la verdad teórica de la plenitud del ser humano, se tienen que hacer verdad en la realidad histórica, por la propia praxis histórica.

¹⁹ *Idem supra*.

²⁰ Cfr. SENENT, p. 111.

²¹ Cfr. SENENT, pp. 116 y 177.

²² SENENT, *op. cit.*, p. 131.

²³ Citado por SENENT, *op. cit.* p. 133.

²⁴ Cfr. SENENT, *op. cit.*, p. 133.

²⁵ Citado por SENENT, *op. cit.*, p. 133.

No se trata la filosofía de Ellacuría de un historicismo, en el sentido de que la historia social o historia estructural totalicen el sentido de lo humano, marginando el quehacer personal, y el hecho de que la historia, en última instancia, sea construida por las personas, hacedoras de sí mismas como historia personal, y de la historia comunitaria junto con los otros. La realidad histórica como *summum* de la realidad, incluye la especificidad y existencia de la persona humana, de no ser así "la invalidaría como objeto pleno de la filosofía"; ya que la persona humana, sostiene Ellacuría, "en algún sentido, es la máxima manifestación de la realidad".²⁶

IV. REALISMO HISTÓRICO, PARA IUSNATURALISMO HISTÓRICO

Como teoría del conocimiento o epistemológica, aceptamos la posibilidad de acceso a la verdad objetiva, sostenemos el valor objetivo del conocimiento, siguiendo una postura de *realismo moderado* o *realismo crítico*. De tal modo que si conocemos la realidad, conocemos la naturaleza de las cosas y del ser humano: base epistemológica iusnaturalismo.

Para reflexionar en un *iusnaturalismo histórico* como pretendemos, el realismo histórico de Ellacuría constituye una opción epistemológica muy importante. Aceptando que conocemos la realidad, y como parte de la misma la naturaleza de las cosas y del ser humano, podemos deducir una serie de principios básicos para la convivencia humana, que ajusten sus conductas (justicia), que produzcan un orden, una armonía, como bien (bien común). Pero si esa realidad la conocemos como se presenta realmente, es entonces una realidad histórica. Las personas, como seres humanos, con una naturaleza o esencia específica, en la vida social, en que deben armonizarse, ordenarse, en relaciones justas y de bien común, las conocemos no sólo en esa su esencia, sino en su historia concreta, tal como ésta se da, favoreciendo o impidiendo esa justicia y bien común en lo concreto, en lo real. De tal modo que el iusnaturalismo, esto es nuestro modo de entender lo jurídico, no queda sólo como principios abstractos o ideas de justicia y bien común a partir del reconocimiento

²⁶ SAMOUR, *op. cit.*, p. 112.

de la naturaleza del ser humano como persona, sino que esa justicia y ese bien común los procuramos encontrar y en todo caso construir en la realidad histórica.

Así que una forma de construir el iusnaturalismo histórico es llevando, jalonando el *realismo crítico* al realismo de la realidad histórica que propone Ellacuría, esto es un realismo histórico. Ellacuría escribe:

“El mundo concretamente real es el mundo histórico, donde el sujeto de esa historia es la sociedad y el objeto de ella es el proceso sociopolítico entero. Hay un claro sobrepasamiento de posiciones subjetivistas hacia la objetividad y realidad de lo histórico. Frente a la coseidad objetiva del mundo natural se afirma la especificidad de lo humano, pero frente a la objetividad de lo humano-individual se afirma lo humano histórico. Esta dimensión de lo humano-histórico engloba la dimensión individual. No es idealista-subjetivista, pero tampoco materialista-colectivista”.²⁷

Y lo que el teólogo y filósofo jesuita refiere a un tema teológico, como es la Cristología hecha desde América Latina, se puede aplicar al conocimiento de la juridicidad y a la posición misma de aceptación del iusnaturalismo, pero como iusnaturalismo histórico. Dice que el *logos* utilizado es el *logos histórico*. Este debe entenderse como superación del *logos* sólo contemplativo, del puramente transformativo. El *logos* histórico, afirma Ellacuría: “Busca la realidad, no sólo el funcionalismo de la realidad, pero busca la realidad en su acción y concreción histórica”.²⁸

Ellacuría dice que la “superación fundamental de la naturaleza” es la historia.²⁹ Por nuestra parte, hay que decir que una juridicidad referida sólo a la naturaleza no basta, porque el ser humano —raíz de todo derecho— no es sólo naturaleza, es también historia. La juridicidad, sino no ha de quedarse en silogismos, abstracciones, ideales o quimeras, debe referirse a la realidad histórica del ser humano; que es en donde su naturaleza vive, se expresa y se cala como tal.

²⁷ Ignacio ELLACURÍA, “Posibilidad, necesidad y sentido de una teología latinoamericana” (parte conclusiva), en *Christus* núm. 472, México, marzo de 1975, p. 18.

²⁸ *Idem supra*, p. 21.

²⁹ Ignacio ELLACURÍA, “Fe y Justicia” (Primera parte), en *Christus*, núm. 501, México, agosto de 1997, p. 30.

V. HISTORIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos visto como Ignacio Ellacuría cuestiona las concepciones ideales y abstractas de bien común y de derechos humanos, proponiendo su historización. Tratándose de dos expresiones de la justicia, de dos modos de plasmarse lo jurídico, vamos a ampliar la relación que hace Ellacuría de estos temas, profundizando así en el modo en que el profesor de la UCA plantea lo que se refiere a su historización.

Comencemos con los derechos humanos. Para el tratamiento de este tema seguiremos la obra citada de Senent de Frutos. En la introducción de su libro el profesor de la Universidad de Sevilla, siguiendo a Ellacuría, sostiene que no basta preguntarse por el posible fundamento de los derechos humanos, ya que se precisa teorizar hasta la pregunta por su realidad, por su realización.³⁰ Es la aplicación al tópico de los derechos humanos de aquello que sostiene el profesor de la UCA en el sentido de que “no basta filosóficamente con buscar la verdad, sino hay que procurar filosóficamente realizarla para hacer la justicia y construir la libertad”.³¹

Exponiendo el pensamiento ellacuriano, Senent nos dice que el jesuita en principio entiende los derechos humanos como algo debido cuya carencia o disfrute condiciona seriamente el propio desarrollo humano. Esos derechos pueden y deben alcanzar una perspectiva y validez universal; y su proclamación debe hacerse *desde y para* los pueblos oprimidos y mayorías populares en busca de su liberación; pues estas “auténticas mayorías de la humanidad” han sido privadas, despojadas, por ordenamientos sociales históricos —por derecho objetivo—, de aquello que requieren para un nivel material de vida que les permita su desarrollo humano pleno como personas. Frente a la realidad histórica de los derechos humanos, el planteamiento de Ellacuría es este:

¿Cómo pueden las mayorías populares no ser privadas de sus derechos fundamentales y pueden disfrutar de esos derechos?³²

³⁰ *Cfr.* SENENT, *op. cit.*, p. 14.

³¹ Citado por SENENT, *op. cit.*, p. 39.

³² Citado por SENENT, p. 50.

Esto significa que para Ellacuría *lo que son y cuáles son los derechos humanos* implica una respuesta que no puede estar al margen de la realidad humana existente. De tal modo que los saberes sobre esos derechos deben estar historizados; esos saberes se adquieren desde la praxis histórica. Y el “horizonte hermeneútico” para quitar la ambigüedad de la proclamación de los derechos humanos es considerarlos desde los pobres, desde las mayorías populares.³³

Los aspectos teóricos de la historización con relación a los derechos humanos consisten, en términos generales, en que, presentándose, como “ideales utópicos”, en cuanto que impulsores de una permanente humanización del hombre y de la humanidad, se vea su “verificación práxica”; esto es, que aquello que en el plano ideal se postula como “ser lo verdadero, lo justo y lo ajustable” sea en realidad así, o por el contrario es una mistificación o falso ideal.

De acuerdo con Ellacuría los derechos humanos, en su gran complejidad, constituyen también momentos *ideológicos* de una praxis, que pueden ocultar o proteger intereses minoritarios; entonces se convierten en momentos ideologizados. Por ejemplo, se me ocurre, el derecho de propiedad. No hay duda que la posibilidad de acceso a los bienes por parte de todos constituye un derecho humano fundamental para el desarrollo integral de las personas; y ese acceso a los bienes en general, en ciertas modalidades, es específicamente derecho de propiedad. Como tal, entonces, la propiedad es un derecho, un derecho humano. Sin embargo la defensa de ese derecho, en un mundo en el cual una inmensa mayoría es excluida del ejercicio del mismo, es privada de la propiedad privada, y de acuerdo a la realidad histórica, jurídica y económicamente, no puede acceder a esa propiedad; la defensa de ese derecho, digo, constituye una ideología justificadora de la inmensa propiedad de los pocos a costa de la carencia absoluta de ella de las mayorías.

Ellacuría se opone a cierto iusnaturalismo, que propone los conceptos relativos a los derechos de una manera abstracta, ideologizada y ahistórica, al postular como natural, fijo e inmutable, lo que ha sido producido por acciones humanas y por lo tanto es algo históri-

³³ Cfr. Rolando ALVARADO, “Derechos humanos y mundialización”, en *Travesías*, núm. 1, Ed. Universidad Internacional de Andalucía Sede de Santa María de la Rábida, 1996.

co. Frente a ello, propone una metodología historizadora de los conceptos y da los presupuestos epistemológicos de ese enfoque.

“Su principio fundamental es que la verificación o comprobación histórica muestra si es verdad y en que sentido lo es cualquier formulación abstracta, si se comprueba lo que afirma, quedaría demostrado que en determinadas circunstancias ese principio no está ideologizado, o por el contrario se mostraría que carece de verdad realmente histórica y que constituye un subterfugio ideológico para hacer pasar como justa una realidad vigente”.³⁴

Ya hemos visto, al hablar del cuestionamiento que hace Ellacuría al bien común y a los derechos humanos, los puntos en los cuales dice consiste la historización de los derechos humanos; esos puntos constituyen un método, como un “principio de desideologización, de verificación y de realización de los mismos”.³⁵

Como hace notar el propio Senent, para Ellacuría la verificación ideal de los derechos humanos, no se puede realizar desde el discurso, ni desde su objetivización jurídica como derecho positivo nacional o internacional; hay que ir “más allá del enunciado ideal”, “y verificarlo no desde lo que dice sino desde las prácticas reales de los pueblos”.³⁶ Detenemos en un análisis del discurso y los textos legales sobre los derechos humanos, es quedarnos con una concepción acrítica y ahistórica de los mismos. Lleva razón Germán Gutiérrez cuando escribe:

“En el preciso momento en que no es posible una reflexión crítica sobre la institución jurídica llamada derechos humanos, el poder logra invertir el potencial emancipatorio que sintetiza una juridicidad y colocarlo a su servicio. Y no hay mejor sirviente a dicha inversión que la ingenuidad y candor formalista que sólo entiende el problema de los derechos humanos como un asunto de normas, procedimientos y leyes, y se encuentra atrapado en la admiración que le provoca la perfección que ha logrado en esta última cuarentena de años la institución jurídica llamada derechos humanos”.³⁷

³⁴ SENENT, *op. cit.*, p. 160.

³⁵ *Idem supra*, p. 163.

³⁶ *Idem supra*, p. 165.

³⁷ Germán GUTIÉRREZ, “Globalización y liberación de los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, coordinador Joaquín Herrera Flores, Ed. Desclée de Brouwer, Col. Palimpsesto, Bilbao, 2000, p. 188.

VI. EL BIEN COMÚN Y SU HISTORIZACIÓN

Dos modos de expresarse la justicia en la sociedad es por la realidad de los derechos humanos y del bien común; y de algún modo los derechos humanos se plasman en la realización de ese bien común. “Los derechos humanos pueden considerarse como el despliegue del bien común de la humanidad como un todo”,³⁸ escribe Ellacuría.

Siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino, Ellacuría hace el planteamiento formal del bien común. Comienza explicando que la idea de bien común se funda en dos afirmaciones fundamentales: la sociedad es necesaria a los individuos y esa sociedad no puede ser lo que es ni hacer lo que debe hacer, si no cuenta con suficientes recursos materiales que estén a disposición de todos y cada uno de los individuos. Añade que en esa sociedad las personas individuales buscan obtener su bien singular; de tal modo que bien común y bien particular, guardan una relación como del todo con la parte; concluyendo que el bien común está por encima del bien particular. Y esto considerando a ambos bienes como personales, esto es, de la persona humana; sólo que un bien es “privado” y el otro “comunicado”. El bien común se construye por todos los miembros de la sociedad y debe beneficiar a todos; así el bien común adscribe obligaciones y derechos a todos, con relación al mismo. Esos derechos son, de algún modo los llamados derechos humanos que a todos deben corresponder y se sostienen por las obligaciones de todos.

Ellacuría destaca los valores, los aspectos positivos de este planteamiento formal del bien común y los derechos humanos; son los siguientes:

1. No existe bien particular que no esté referido al bien común “y sin la existencia real del bien común no puede hablarse de un bien particular sino tan sólo de una ventaja interesada e injusta”.³⁹

No hay, por tanto, posibilidad ética de apropiación privada del bien común con menoscabo de la comunidad de ese bien. Cuando predomina lo privado y los intereses privados o de grupo en la distribución de ese bien común, y,

³⁸ ELLACURÍA, “Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 43.

³⁹ *Idem supra.*

antes, en la producción explotada de lo que es el bien común cuando unos pocos se apropian de aquello que no debe ser suyo más que haciendo que no sea de los otros, e impidiendo que los otros puedan servirse de lo que tienen derecho, estamos ante la negación misma del bien común y ante la ruptura del orden social justo.⁴⁰

2. El bien común no se consigue por acumulación de bienes individuales, por interés individual, sino en una búsqueda prioritaria, directa, de ese bien común.

3. El bien común es, ante todo, un conjunto de condiciones estructurales y se manifiesta y plasma en la justicia de la sociedad.

Aquellas condiciones y esta justicia deben ser promovidas por la sociedad como un todo y, en concreto, por los órganos verdaderamente representativos de la sociedad. Ninguna estructuración de la sociedad y ninguna forma de gobierno se legitima, si no representan la mejor promoción del bien común. La prueba real de esta promoción estará en que ninguno se vea privado de las condiciones básicas para el desarrollo personal y en que ninguno se aproveche del bien común en menoscabo del derecho de los demás a servirse de ese bien común. Así resulta que la justicia, como puesta en marcha del bien común, es la virtud fundamental de la ciudad y es el norte orientador del ciudadano y del político.⁴¹

Ellacuría agrega, precisando, que la apropiación del bien común no supone el desconocimiento del bien personal y, consecuentemente, de los derechos de la persona; esto porque el bien común implica la potenciación de las personas y a su vez supone su desarrollo pleno. Un bien común que anulara el ámbito personal no sería auténticamente bien común.

Ante esta exposición formal de las tesis aristotélico-tomistas sobre bien común, Ellacuría hace los cuestionamientos sobre su historización, como veíamos arriba:

¿Qué falla, entonces, en todo este planteamiento formalmente tan razonable y progresista para que no resulte realmente satisfactorio incluso como planteamiento? ¿Qué hay de mistificado en la idea de un bien común, que se

⁴⁰ *Idem supra*, p. 44.

⁴¹ *Idem supra.*

supone superior al bien particular? La respuesta es clara: su mismo carácter formal y su interpretación en la línea de la abstracción idealista, sin las que es engañosa la persecución del bien común. De lo cual resulta que ni se tiene claro cuál debe ser en cada situación histórica el contenido del bien común, ni se tiene determinado cuál es el camino de conseguirlo.⁴²

La solución es un planteamiento historizado de ese bien común. Y esa historización consiste en ver cómo se está realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como un 'deber ser' del bien común...y en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común..."⁴³

1. Bien común y *iusnaturalismo histórico*

Ante el capitalismo neoliberal globalizado, Franz Hinkelammert reflexiona sobre el "sujeto humano reprimido". La sociedad de mercado promueve transformar todo en objeto, esto por medio del "individuo poseedor" puesto en el centro de todas las relaciones sociales.

"Es un individuo calculador, que calcula sus intereses materiales en función de su consumo y de la acumulación de posibilidades del aumento de sus ingresos. Todo puede transformarse en esta visión en capital y se habla incluso de capital humano, en cuanto el ser humano mismo es visto desde su posibilidad de acumular. El individuo poseedor entonces puede considerarse a sí mismo con su cuerpo y alma, como capital suyo".⁴⁴

Un orden racionalizado, basado en las relaciones de individuos calculadores, en cuanto que relación de objetos (capitales) y no de sujetos, es sin embargo "irracional", según hace ver Hinkelammert, por sus efectos "no-intencionales". Apoyado en Marx, dice que este orden capitalista, esta producción de riqueza, "subvierte las fuentes originales de toda riqueza, que son el ser humano y la tierra. Son conjuntos que la persecución calculada de los intereses materiales no toma en cuenta como tales. Por tanto los socava..."⁴⁵

⁴² *Idem supra*.

⁴³ *Idem supra*.

⁴⁴ Franz J. HINKELAMMERT, "La vuelta del sujeto humano reprimido frente a la estrategia de la globalización", en *El vuelo de Anteo*, op. cit., p. 205.

⁴⁵ *Idem supra*, p. 209.

Pero el ser humano, como ser natural, dice Hinkelammert, necesita orientarse por sus intereses materiales, para la satisfacción de sus necesidades corporales y de paso espirituales. Esa búsqueda humana por obtener y conservar los medios sustentadores de la vida, que lo hace encaminarse hacia sus intereses materiales, lo obliga a construir una racionalidad que se opone, "que contesta a la irracionalidad de lo racionalizado".

"Cuando hoy hablamos de la vuelta del sujeto reprimido y aplastado, hablamos del ser humano como sujeto de esta racionalidad que enfrenta a la irracionalidad de lo racionalizado. En esta perspectiva la liberación llega a ser la recuperación del ser humano como sujeto".⁴⁶

Este sujeto humano para constituirse como tal, para desarrollarse como sujeto propiamente, requiere de los otros, no en cuanto que individuos aislados, sino como conjunto humano, como sociedad —no masa—, que permite la intersubjetividad. La vida de unos sujetos y la de otros está condicionada entre sí.

El sujeto se revela en el curso de un proceso. Se revela como necesidad, como potencialidad humana y no como presencia positiva. "Se revela como una ausencia que grita y que está presente, pero lo es como ausencia. Como tal ausencia solicita. Hacerse sujeto es responder a esta ausencia positivamente, porque esa ausencia es a la vez una solicitud. Se trata de una respuesta positiva a la ausencia, sin eliminarla como ausencia".⁴⁷ Y esta *respuesta* constituye el *bien común* dice Hinkelammert.⁴⁸

Este autor propone el bien común como una propuesta alternativa, a partir del sujeto que interpela al sistema, buscando transformarlo.

Como lo hemos formulado, no contiene ni un valor *a priori*. Abstractamente jamás se podría decir lo que exige el bien común. Lo que se puede afirmar solamente es, que el bien común y lo que exige, se revela a partir de las tendencias autodestructivas del sistema en su inercia. El bien común entonces formula positivamente lo que es implícito en la solicitud del sujeto au-

⁴⁶ *Idem supra*, p. 211.

⁴⁷ *Idem supra*, pp. 212 y 213.

⁴⁸ *Idem supra*, p. 213.

sente. No tiene ninguna verdad absoluta previa, sino surge a partir de una interpretación de la realidad a la luz de la solicitud del sujeto ausente.⁴⁹

Hinkelammert dice que esta concepción del bien común es diferente a la medieval proveniente del tomismo, porque esta última es una noción estática y apriorística, ya que pretenda —agrega— “saber lo que exige el bien común independientemente del orden positivo y el proceso de su desenvolvimiento”.⁵⁰

Esta crítica de Hinkelammert a la noción tradicional del bien común, empata con los conceptos de Ellacuría, pues en realidad se trata de un reclamo por su historización; el profesor de la Universidad Centroamericana escribió: “la verdad del bien común es la verdad de sus determinaciones prácticas”.

“Naturalmente que no se trata de un bien común estático. Lo importante en el proceso de historización, no es el logro alcanzado en un momento determinado, sino la orientación del proceso. Pero no su orientación ideal sino su orientación real”.⁵¹

Luego Hinkelammert agrega que en cuanto a los valores, el bien común “es completamente mutable”.⁵² Y en una nota reconoce que “hay posiciones dentro de la tradición escolástica que postulan una mutabilidad del propio derecho natural parecida”, y agrega que en ese supuesto “la diferencia con nuestra posición pierde su importancia esencial”; para afirmar esto se apoya en una obra que trata de la mutabilidad del derecho natural en Suárez.⁵³

El bien común es una noción, o mejor una categoría básica del iusnaturalismo clásico. En esta construcción teórica del iusnaturalismo histórico, es clave retomarla en su presentación original y buscar su historización, como lo hemos visto en el trabajo de Ellacuría que referimos. El planteamiento del bien común que tiene Hinkelammert, como vimos, es por su historización, oponiéndose a una visión está-

⁴⁹ *Idem supra*.

⁵⁰ *Idem supra*.

⁵¹ ELLACURÍA, “Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 46.

⁵² HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 213.

⁵³ HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 213, nota 5. la obra que refiere es de Fernando RESTREPO, *La mutabilidad del derecho natural y el padre Francisco Suárez*, Bogotá, 1956.

tica del mismo; su posición, dice no está reñida con la de un iusnaturalismo que dé cuenta en sus aplicaciones de la mutabilidad histórica y hace referencia a Suárez.

Me parece muy valiosa la referencia de Hinkelammert al iusnaturalismo suareciano, porque precisamente, una de nuestras bases para hablar de iusnaturalismo histórico es la concepción del escolástico profesor de Coimbra. Suárez propone un iusnaturalismo enraizado en el ser humano con naturaleza e historia, con esencia y condiciones sociales determinadas.⁵⁴

De tal modo que tomando la presentación que hace del bien común un iusnaturalista contemporáneo de corte clásico, a partir de los rasgos que le asigna, podemos darle una proyección hacia su historización. Isaac Guzmán Valdivia (1906-1908)⁵⁵ siguiendo a su vez a J. T. Delos, entre otras características dice que el bien común es “susceptible de progreso” y “dinámico”.⁵⁶ Según esto el bien común jamás es agotado por las formas históricas que reviste en un momento dado; y en “un estado social es un hecho adquirido, es una realización concreta; pero es también un estado de tensión hacia el porvenir”.⁵⁷

Este planteamiento contiene el principio de la historización; no llega ciertamente hasta el cuestionamiento que proviene de la realidad social (Ellacuría) o de la provocación del sujeto ausente (Hinkelammert), sin embargo presenta una noción de bien común no estática ni apriorística, sino referida a su realidad concreta, a su plasticidad. Y esto nos da elementos para jalonar el bien común como noción básica también del iusnaturalismo histórico.

Ellacuría ante la constatación de una sociedad dividida en clases sociales, en la que una clase privilegiada minoritaria recibe la mayo-

⁵⁴ Cfr. Francisco SUÁREZ, *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, edición bilingüe de *De Legibus*, versión española de José Ramón Enguillor Muniozguren, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, Lib. II, Cap. XIV, núm. 8, 11 y 12, p. 156 y ss.

⁵⁵ Jurista, profesor de varias instituciones de educación superior, de las que destacan la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Iberoamericana; entre otras obras publicó *El conocimiento de lo social* (1962), *Humanismo trascendental y desarrollo* (1970). Una síntesis de su pensamiento, en Jaime del Arenal, “El iusnaturalismo en diez juristas católicos mexicanos del siglo XX”, en *Catolicismo social en México, teoría, fuentes e historiografía*, Manuel Ceballos Ramírez y Alejandro Garza Rangel (coords.), Ed. Academia de Investigación Humanista, Monterrey, 2000.

⁵⁶ Isaac GUZMÁN VALDIVIA, *El conocimiento de lo social*, Ed. Jus, 1964, p. 134.

⁵⁷ *Idem supra*.

ría de los beneficios sociales y económicos en detrimento de la otra u otras clases, llega a la conclusión de la ausencia de bien común; y añade que ante esta realidad histórica la propiciación del bien común es un proceso de liberación de los pueblos y de las clases oprimidas.

Sólo haciendo justicia a los pueblos y las clases oprimidas se propiciará un auténtico bien común y unos derechos humanos realmente universales. La legitimación de este "hacerse justicia", estriba precisamente en la primariedad del bien común y en la negación que del bien común hacen los acaparadores de los bienes comunes y los representantes legalizados de esos acaparadores. El bien común y los derechos humanos deben ser un activo hacer derecho y hacer justicia, hacerse derecho y hacerse justicia.⁵⁸

La lucha histórica por el bien común y por "hacer" y "hacerse" justicia, implican, pues, un proceso de liberación. Veamos cómo aborda este tema el propio Ellacuría.

VII. LIBERACIÓN

Siguiendo a Samour, dijimos que para Ignacio Ellacuría la historia se presenta como un crecimiento de la libertad, a través de un proceso de liberación; y la filosofía está implicada en ello.

Por otro lado, Ellacuría sostiene que el poder creativo del ser humano en la historia, está en relación con el grado de libertad que vaya consiguiendo dentro del propio proceso histórico. Y la libertad es una posibilidad real del hombre, apoyada en su "estructura de esencia abierta", pero se actualiza en un proceso de liberación.⁵⁹ Sostiene Ellacuría que a la libertad "se adviene por un proceso de liberación y en ella se permanece por subtensión dinámica de los procesos que intervienen en la liberación. Por liberación se logra un ámbito nuevo donde es posible la libertad tanto de la biografía personal como de la historia social".⁶⁰

El propio Héctor Samour nos expresa las características que Ellacuría le asigna a la liberación:

⁵⁸ ELLACURÍA, "Derechos humanos...", *op. cit.* p. 47.

⁵⁹ SAMOUR, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁶⁰ Citado por SAMOUR, *op. cit.*, p. 131.

"En primer lugar, la liberación está orientada en función del proceso y el proyecto de posibilitar que los hombres sean actores y autores de su propio proceso histórico. Se trata de crear condiciones en las que por su carácter, se exija que los hombres den más de sí, liberen todas sus potencialidades.

En segundo lugar, hay que insistir en que la liberación es un proceso. Un proceso que en lo personal es, fundamentalmente, un proceso de conversión y que en lo histórico es un proceso de transformación, cuando no de revolución".⁶¹

Ellacuría vincula el tema de "liberación-libertad" con los pobres y la pobreza, considerando así que la liberación se sitúa en su perspectiva correcta. Para Ignacio Ellacuría la liberación supone: 1) liberación de las necesidades básicas, que si no son satisfechas no hay propiamente vida humana; 2) liberación de las ideologías y de las instituciones jurídico-políticas, que atemorizan y aterrorizan al ser humano más que ofrecerle ideales y convicciones humanas; 3) liberación de las dependencias, tanto tendenciales, como pasionales y consumistas; 4) liberación de sí mismo,⁶² explica Ellacuría que "de sí mismo como realidad absolutamente absoluta, que no lo es, pero no de sí mismo como realidad relativamente absoluta que sí lo es".⁶³

Por otro lado el profesor de la UCA explica lo que no puede entenderse por liberación y como en ésta va implicada la solidaridad. Liberación no consiste en un pase de la pobreza a la riqueza "haciéndose ricos con la pobreza de los otros, sino en una superación de la pobreza por vía de la solidaridad...liberación solidaria, que no deja fuera a ningún hombre".⁶⁴

1. Liberación y justicia

La liberación es un proceso, un movimiento con el objetivo de quitar, de romper la opresión. La opresión es expresión de la injusticia; de tal modo que la liberación es un caminar hacia la justicia. Ellacuría decía que la opresión en todas sus formas, como todo modo de injus-

⁶¹ SAMOUR, *op. cit.*, p. 133.

⁶² Cfr. SAMOUR, *op. cit.*, p. 138.

⁶³ Citado por SAMOUR, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁴ Ignacio ELLACURÍA, "Utopía y profetismo desde la América Latina. Un ensayo concreto de soteriología histórica", en *Christus*, núm. 632, México, febrero de 1990, p. 50.

ticia estructural, es la más grande de las violencias “por cuanto afecta a la mayoría de la población y la afecta en aquello que le es más sagrado y profundo: la conservación y el perfeccionamiento de la propia vida”.⁶⁵ Por lo que, para Ellacuría, el objetivo primario de la liberación es la justicia; justicia de todos y para todos.⁶⁶

En los variados escritos del profesor de la Universidad Centroamericana, encontramos diversas acepciones de justicia, de las cuales podemos destacar dos. Una primera muy cercana al modo de entenderse la justicia por el iusnaturalismo clásico actual ligado al personalismo; y otra segunda ligada directamente a la idea de liberación, que no niega ni se opone a la primera, sino que la dinamiza con una visión historizada, es una historización de la justicia.

En la primera acepción de justicia que propone Ellacuría, no entiende “lo suyo de cada quien” como derechos adquiridos, no revisables, y comienza a dar su concepto de justicia a la manera como Marx criticaba la idea de una “justicia conservadora”,⁶⁷ para retomar después fielmente la enseñanza del iusnaturalismo clásico. Ellacuría entiende por justicia:

“que cada uno sea, tenga y se le dé, no lo que se supone que ya es suyo porque lo posee, sino lo que le es debido por su condición de persona humana y de socio de una determinada comunidad y, en definitiva, miembro de la misma especie, a la que en su totalidad psico-orgánica corresponde regir las relaciones correctas dentro de ella misma y en relación con el mundo natural circundante”.⁶⁸

Este concepto de justicia, como decíamos, es muy cercano al modo como aborda el tema el iusnaturalismo clásico actual enriquecido con la idea central de la persona humana. El maestro don Rafael Preciado Hernández, nos enseñaba la justicia dándole un contenido material. Basado en la vieja definición formal de justicia que diera el poeta griego Simónides y reformulara el jurista romano Ulpiano como

⁶⁵ Ignacio ELLACURÍA, “La teología de la liberación frente al cambio sociohistórico de América Latina”, en *Diakonia* 46, Boletín del Centro Ignaciario de Centroamérica, Managua, abril-junio de 1988, p. 160.

⁶⁶ Cfr. SAMOUR, *op. cit.*, p. 139; ELLACURÍA, “La teología...”, *op. cit.*, p. 161.

⁶⁷ Cfr. Karl MARX, *Crítica del Programa de Gotha*, Ed. Progreso, Moscú, 1975.

⁶⁸ Citado por SAMOUR, *op. cit.*, p. 139.

“la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, decía que la justicia es “el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social”.⁶⁹ Lo que significa que se le debe al otro en justicia todo lo que como persona humana requiere para su desarrollo integral.

El segundo concepto de justicia en Ellacuría, que como expresamos no desdice al anterior, sino que ante su ausencia lo reafirma como un proceso histórico para realmente conseguirlo, lo expresa así:

“...subsumimos bajo el término ‘justicia’ todo esfuerzo histórico por liberar al hombre de todas sus opresiones causadas históricamente por acciones humanas y por las estructuras sociales...”⁷⁰

Ellacuría considera que Grecia y Roma empobrecieron el concepto de justicia y recurre a la idea de justicia de la tradición bíblica. En este tema sigue a José Alonso Díaz.⁷¹

Para mejor entender la idea de justicia en el viejo Israel como la proponen Ellacuría y Alonso Díaz, vale decir unas palabras a manera de introducción.

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

⁶⁹ Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones filosóficas del derecho*, Ed. Jus, México, 1970, p. 217.

⁷⁰ Ignacio ELLACURÍA, “Fe y justicia” (segunda y tercera partes), en *Christus*, núm. 503, México, octubre de 1997, p. 19.

Me parece tan amplio y profundo este concepto de ELLACURÍA que me recuerda la idea de justicia del abogado francés Paul BAUDET, defensor del celebre guillotinado Jacques Fesch, que se expresaba así: “La justicia sin caridad, y sin la salvación del alma criminal carece de plenitud”, esto es la justicia como plena liberación y salvación. Cfr. Javier SICILIA, *El reflejo de lo oscuro*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978; y Jacques FESCH, “Diario de Prisión”, en *Ixtus*, núm. 2, Cuernavaca, julio-agosto de 1993, pp. 1-5.

⁷¹ El trabajo que cita ELLACURÍA es “Términos bíblicos de ‘Justicia social’ y traducción de equivalencia dinámica”, en *Estudios eclesiásticos*, enero-marzo de 1976.

de Egipto su sabiduría.⁷² 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.”⁷³ 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 nacen. En efecto, éstas se originan en los acontecimientos; Dios libera a Israel para hacer una alianza con él y darle sus leyes.⁷⁴

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.⁷⁵

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

⁷² Enrique NARDONI, *Los que buscan la justicia. Un estudio de la justicia en el mundo bíblico*, Ed. Verbo Divino, Estella, 1997, p. 55.

⁷³ *Idem supra*.

⁷⁴ *Idem supra*.

⁷⁵ *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, 1-17) 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”.⁷⁶

El verbo principal hebreo referido a la justicia es *sapat*; Ellacuría cita a Alonso Díaz:

“Lo cierto es, y está probado, que el significado primero y preponderante del verbo *sapat* y de los derivados del verbo donde está de por medio el ‘juicio’, es el de ‘salvar’ o ‘salvación’ (o liberación), fundamentalmente de la injusticia. A veces se refiere a la institución judicial, pero las más de las veces su sentido es el de salvar. Incluso se puede decir que referido a la institución judicial lleva fundamentalmente la idea de salvar, pues los Tribunales en la sociedad deben tener por finalidad ‘liberar’ al que ha sido oprimido en su legítimo derecho, aunque juzgar connote en el lenguaje corriente en cierta manera la idea de ‘condenar’ al reo”.

“Es verdad que siendo el ‘salvar o liberar de la injusticia’ al mismo tiempo acción contra la injusticia y el opresor, era un juicio entre dos partes... El verbo *sapat* tiene fundamentalmente el sentido de ‘salvar o liberar de la injusticia’, y la palabra *mispat* (juicio) significa propiamente ‘salvación’ o liberación del injustamente oprimido”.⁷⁷

Basándose Ellacuría en los anteriores textos nos da su idea de justicia ligada a la liberación:

⁷⁶ Pablo RICHARD, “¡Ya es tiempo de proclamar un Jubileo! Jubileo y Liberación desde los pobres de América Latina”, en *Christus*, núm. 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* núm. 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*, Escuela Libre de Derecho, México, 1989, pp. 13-57.

⁷⁷ Citado por ELLACURÍA, en “Fe y justicia” (segunda y tercera partes), *op. cit.*, pp. 19 y 20.

Lo importante aquí es cómo el juzgar implica un hacer justicia y el hacer la justicia implica liberar de la injusticia, liberar de la opresión. Salvación y liberación quedan así fundamentalmente unidos, pero salvación se explica por liberación y liberación de la opresión.⁷⁸

Continúa el jesuita exponiendo la idea bíblica de derecho y justicia de acuerdo con Alonso Díaz. Destaca el análisis que hace de la palabra *Mispat* que “designa derechos de los oprimidos”.⁷⁹

Mispat ha sido traducido como derecho, ley, acto judicial, justicia, intervención justiciera extrajudicial, y algunos otros términos análogos. *Mispat*, según nos enseña Porfirio Miranda, coincidiendo con Alonso Díaz, viene de la raíz *spt* que significa “salvar de la injusticia a los oprimidos”.⁸⁰ *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 la 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 *sadaqa* que se traduce como justicia.

Esto tiene 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”.⁸¹ Considera que el significado genuino de *safat* 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.

⁷⁸ ELLACURÍA, “Fe y justicia” (segunda y tercera partes), *op. cit.*, p. 20.

⁷⁹ *Idem supra*.

⁸⁰ Porfirio MIRANDA, *Marx y la Biblia. Crítica a la filosofía de la opresión*, México, 1971, p. 111.

⁸¹ *Idem supra*.

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. Por último, con relación al tema de la justicia, que constituye el tema más importante del iusnaturalismo, Ellacuría hace una reflexión muy interesante que recuerda el modo como Suárez aborda lo que puede cambiar y aquello que es inmutable en el derecho natural, y que se reduce a esta idea que sostiene el iusnaturalismo de corte clásico de la actualidad: el derecho natural es absolutamente inmutable y universal en sus principios; pero es mutable en sus aplicaciones, las cuales dependen de la variabilidad de las circunstancias, la materia histórica cambiante sobre la que se proyectan los principios inmutables.⁸²

Ellacuría resalta la importancia de la determinación de las causas y de los medios para superar las injusticias y necesidades. Establece que la “justicia es un absoluto”, y que lo relativo “es la forma histórica de realizar la justicia. Lo que es relativo son las formas de análisis de la realidad y los modos técnicos de hacer la justicia entre los hombres”.⁸³

El sector duro del pensamiento iusnaturalista es la justicia, es lo inmutable, es lo absoluto; pero el modo de hacer la justicia es histórico, cambiante de acuerdo a las circunstancias sociales. Por esto también decimos *iusnaturalismo histórico*; toda relación humana, toda convivencia de personas humanas debe ser justa, debe expresarla la justicia; ésta sin embargo, se da en un proceso histórico y, ante circunstancias y con mediaciones históricas, por lo tanto, variables.

VIII. REALIDAD HISTÓRICA Y LIBERACIÓN

Con la filosofía de la realidad histórica de Ignacio Ellacuría, ligada a la idea de liberación, hemos encontrado elementos para la construcción de un *iusnaturalismo histórico*, esto es un pensamiento jurídico

⁸² Cfr. Miguel VILLORO TORANZO, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1996, pp. 44-45.

⁸³ ELLACURÍA, “Fe y justicia” (Primera parte), *op. cit.*, p. 33.

que teniendo como centro a la persona humana entiende la justicia y sus expresiones de bien común y de derechos humanos ubicados en el aquí y en el ahora, en concreción de la realidad histórica, y que sostiene que su logro, en cuanto que implica quitar obstáculos, terminar con la alienación, salir de la opresión, constituye un proceso de liberación, y es inmerso en el mismo que se va accediendo a la justicia y sus manifestaciones de bien común y de derechos humanos.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

EL CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de contrato como acuerdo de voluntades.* III. *La noción de contrato en el derecho clásico.* IV. *Hacia una nueva teoría del contrato.* 1. *La racionalidad de la definición del contrato como obligación recíproca.* 2. *El régimen jurídico de los contratos como obligaciones bilaterales.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Entre juristas que desconocen el estudio del derecho romano, se suele pensar que la romanística es una ciencia estática, en la cual ya no cabe ningún progreso, toda vez que el derecho romano fue un derecho que existió en un momento histórico determinado y que por lo tanto ya no puede cambiar. Su argumento simplificado podría ser éste: lo que fue, ya fue y así se quedó. Pero si bien el derecho de Roma como tal ya no puede cambiar, nuestro conocimiento de ese derecho sí cambia y sí progresa a medida que se va profundizando en el entendimiento e interpretación de las fuentes jurídicas romanas.

En los siglos XIX y primera mitad del siglo XX hubo un gran avance en los estudios romanísticos, gracias, entre otras cosas, al descubrimiento y edición por Niehbur de las *Instituciones* de Gayo, la edición crítica del *Corpus Iuris Civilis* por Krüger y Mommsen, la reconstrucción del Edicto del Pretor y la Palingenesia de los libros de la jurisprudencia romana hechas por Otto Lenel, así como por la crítica de interpolaciones que ejercieron todos los romanistas sobre las diversas fuentes jurídicas romanas, pero principalmente sobre el

Digesto. Gracias a esta labor se pudo tener desde la mitad del siglo XX una reconstrucción del derecho romano de la época clásica, como un derecho distinto del derecho romano posclásico. Por eso, hoy es usual en todos los manuales y tratados de derecho romano el distinguir entre los regímenes clásico y posclásico de cada institución.

Este progreso, además de la importancia meramente científica que ha tenido, puede tener también muchas consecuencias para el progreso del derecho privado actual. El derecho romano que se enseñaba en las universidades medievales, y el que se enseñó en la Universidad de Nueva España, y que formó durante siglos la mentalidad de los juristas fue el derecho contenido en el *Corpus Iuris Civilis*, sin distinguir entre reglas clásicas y posclásicas. Ese mismo derecho romano fue el que recibieron y pusieron en práctica los tribunales europeos durante los siglos XIV a XVII, y el que tuvieron en cuenta los redactores de los primeros códigos modernos. En consecuencia, hay muchas reglas del derecho clásico que ahora conocemos gracias a los progresos de la crítica romanística, pero que fueron ignoradas en el proceso de formación de los derechos occidentales modernos.

Esto es algo que sucede específicamente en el tema al que se dedica esta ponencia: el concepto o noción de contrato. La noción que prevaleció como propia del derecho romano y que se recibió en los códigos civiles actuales es que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones. Sobre esta noción, el derecho privado moderno ha construido toda una teoría general del contrato. Pero ahora, la romanística ha descubierto que la noción clásica del contrato no era esa, sino la que proporciona Labeón, según la cual el contrato es esencialmente la obligación recíproca. Sobre esta noción se puede construir una nueva teoría de los contratos, que permita superar la actualmente en vigor, que bajo muchos aspectos se encuentra en crisis debido al hecho de que en la mayor parte de los contratos no hay un acuerdo de voluntades pleno, en el sentido de que las partes lo construyen a través de un proceso de negociación, sino que la mayoría son contratos en que una parte impone a otra el contenido del contrato, de modo que esta última no tiene más voluntad que asentir o rechazarlo, y como no puede negarse que en tal circunstancia hay un acuerdo de voluntades, se llega a la conclusión de que tal contrato, en tanto es producto de un acuerdo de voluntades es válido, independientemente de su contenido. De

este modo, la noción de contrato como acuerdo de voluntades, al dar preeminencia al acuerdo de voluntades, que se dice es la "ley" principal de los contratos, viene a servir como medio para legitimar la imposición de la voluntad más fuerte.

Lo que sucede en este tema de los contratos se repite en otros campos del derecho privado, como la noción de crédito, la promesa, novación, obligaciones solidarias, legados, garantías caucionales, y otros más, donde el "nuevo" derecho romano, es decir el derecho clásico, viene a servir como instrumento para la crítica y superación del derecho privado actual.

En esta ponencia, y desde esta perspectiva de aprovechar nuestro conocimiento del derecho romano clásico para renovar conceptos jurídicos actuales, me propongo primero explicar cómo se formó la opinión generalizada de que el contrato es el acuerdo de voluntades, para luego explicar la definición de Labeón y los argumentos para demostrar que esa fue la noción clásica y, finalmente, señalar algunas líneas que pudieran darse a partir de esta definición para una nueva teoría del contrato.

II. EL CONCEPTO DE CONTRATO COMO ACUERDO DE VOLUNTADES

La fuente principal de esta noción de contrato es Gayo, quien en sus *Institutiones* dice que todas las obligaciones proceden de un delito o de un contrato, y luego señala cuatro clases de "contratos", según sea su modo de perfeccionamiento: contratos reales, verbales, literales y consensuales. La clasificación fue posteriormente asumida por Justiniano en sus *Institutiones*, quien la completó señalando otras dos fuentes generales de las obligaciones los "cuasidelitos" (a los que Gayo también se refería en otra obra suya, las *Res Cottidianae*) y los cuasicontratos.

Esta visión de Gayo de que las obligaciones que no provienen de un delito provienen de un contrato, llevó a generalizar la palabra contrato como una categoría que comprende cualquier convenio generador de obligaciones, que es como la civilística actual entiende el concepto de contrato. No hay en las fuentes jurídicas romanas un texto donde se afirme expresamente que el contrato es el acuerdo de voluntades que produce obligaciones, pero la clasificación sistemá-

tica de Gayo presupone que todas las obligaciones que no provienen de un delito son efecto de un contrato, salvo, claro, las situaciones anómalas, cuasidelitos y cuasicontratos, en las que falla el dolo o el consentimiento.

III. LA NOCIÓN DE CONTRATO EN EL DERECHO CLÁSICO

Pero esta noción ampliada de contrato no corresponde al significado técnico que tenía en la jurisprudencia clásica. Desde hace casi cincuenta años, Álvaro d'Ors¹ ha demostrado que la definición clásica de contrato no es la que se deriva de la cuatripartición gayana sino la que da Labeón, uno de los grandes juristas clásicos de la época republicana, según la cual el contrato es una categoría restringida que se refiere a un tipo especial de obligaciones: la obligación recíproca (*ultra citroque obligationem*), que los griegos llamaban "synallagma". Es interesante analizar el párrafo donde viene esta definición, porque queda así encuadrada dentro de una visión más amplia de los actos jurídicos. Dice textualmente (según la traducción de Álvaro d'Ors) el citado párrafo (Ulp. 11 ad ed. D 50,16,19):

"Labeón I <ed.> distingue entre hacer 'actos', 'gestos' y 'contratos', y lo define así: acto es un término general, hágase con palabras o de hecho <sive verbis sive re>, como la estipulación y el pago de dinero; 'contrato' es la obligación recíproca, que los griegos llaman *synallagma*, como la compra-venta, la locación conducción <o arrendamiento>, la sociedad; *gestum* <o gestión> quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras".

En este párrafo los contratos se distinguen de los "actos" por ser obligaciones recíprocas, lo que implica que hay actos que constituyen obligaciones unilaterales. Entre los contratos, Labeón menciona tres de los cuatro contratos consensuales (falta el mandato), y entre los "actos" menciona la estipulación, que según Gayo es un "contrato verbal", y la entrega de dinero, que evidentemente se refiere al mutuo que según Gayo es un "contrato real". Es evidente que en la

¹ Principalmente en "Credítum y Contractus", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, p. 6. Una referencia bibliográfica de la discusión que generó esta tesis en *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 1975, p. 205 y ss.

concepción de Labeón tanto los actos como los contratos implican un acuerdo de voluntades, e incluso parece ser que la categoría de "acto" es el género y el "contrato" una de sus especies, pero lo que mira Labeón para especificar los contratos no es, como Gayo, su modo de perfeccionamiento, sino la naturaleza de la obligación que generan, que en los primeros es unilateral y en los segundos bilateral o recíproca. La tercera fuente de obligaciones que menciona Labeón, las gestiones, parece ser que se contraponen directamente a los actos, que siempre requieren de palabras, es decir de un entendimiento entre las partes que lo celebran, en tanto que las gestiones (como la gestión de negocio ajeno, o la gestión de una obra en suelo ajeno sin conocimiento del dueño) se realizan sin declaración.

Cabe notar que la definición de contrato que nos da Labeón es la única definición de contrato expresa que nos dan las fuentes jurídicas romanas, si bien en muchas de ellas se utiliza la palabra contrato aunque no siempre con un significado técnico, y por lo mismo cuando se habla de obligación contraída (*obligatio contracta*) no se indica necesariamente una obligación que resulta de un contrato.

La noción de contrato como obligación recíproca aparece expresamente dos veces en otro texto de Ulpiano (4 ad ed. D 2,14,1,3; 5 y 7pr-5) en donde cita a Aristón, jurista del siglo primero. Éste es un texto en el que Ulpiano, comentando la rúbrica del edicto *de pactis*, explica el significado de las palabras pacto (*pactum*) y convención o convenio (*conventio*), y aquí también se hace una diferencia, con criterio distinto del de Labeón, entre los contratos y otros tipos de convenciones. Conviene analizar primero la explicación de Ulpiano sobre los pactos y convenios y después referirse a la mención de los contratos como *synallagma*.

Ulpiano dice que la palabra *conventio* es un término general (*verbum generale*, lo mismo decía Labeón respecto de la palabra *actus*) que significa que varias personas consienten en algo determinado, y luego cita a Pedio (jurista del siglo primero igual que Aristón), quien afirma que no hay contrato ni hay obligación sin que haya una convención, sea que ésta se contraiga por la entrega de una cosa o por palabras (*nullum esse contractum. nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*). Aquí Pedio distingue los contratos de las obligaciones, las cuales, según el mismo Pedio pueden contraerse por la entrega de una cosa o por pala-

bras. Lo que resulta de este párrafo es que Ulpiano propone una clasificación de los actos jurídicos semejante a la de Labeón, pues comprende una categoría general, la convención, semejante a la categoría del acto de Labeón, que incluye, al igual que la de Labeón, los contratos y las demás obligaciones que se contraen por la entrega de una cosa o por palabras. Luego aclara Ulpiano, como concluyendo esta idea, que muchas de estas convenciones tienen un nombre propio, como son la compra y el arrendamiento (contratos), la prenda (obligación *re contracta*) y la estipulación (obligación *verbis contracta*).

Pasando adelante en su explicación del término *conventio*, Ulpiano presentará otra distinción entre los contratos y las otras obligaciones. Él dice (párrafo 5) que hay tres tipos de convenciones: las públicas, y las privadas, las cuales pueden ser legítimas o de derecho de gentes (*iuris gentium*). Los compiladores quitaron el párrafo donde Ulpiano explicaba qué eran las convenciones "legítimas", pero dejaron el que explica (actual párrafo 7) qué son las convenciones *iuris gentium*. Ahí dice que estas convenciones pueden dar lugar a una acción o a una excepción, y que las que generan acción tienen el nombre propio de contrato, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.² De modo que aquí Ulpiano contrapone nuevamente los contratos con otro tipo de negocios, llamando a los primeros convenciones de derecho de gentes y a los otros convenciones legítimas, que bien podrían ser, como sugiere d'Ors, los negocios que dan lugar a las obligaciones reconocidas por el derecho civil, como la estipulación, el mutuo y otras.

Después de que Ulpiano explica que las convenciones de derecho de gentes son los contratos y da los nombres de los cuatro contratos consensuales, viene un párrafo en que refiere una discusión entre Aristón y Celso acerca de si puede haber otros contratos que no sean los nominados, y que Aristón, a quien sigue Ulpiano, decía que los negocios como el de dar una cosa por otra o dar algo a cambio de una actividad (es decir, los negocios que posteriormente se denominarán contratos innominados), son contratos porque son *synallagma*, es decir obligaciones recíprocas. En la misma línea temática, Ulpiano

² Si bien el texto dice *comodatum*, me parece probable la conjetura de d'Ors, *Convenciones y contractus en Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976, p. 136, de que es una corrupción mecánica de *mandatum*.

refiere otra discusión, ahora entre Juliano y Mauriciano, acerca del caso de alguien que dio un esclavo a fin de que quien lo recibía manumitiera otro, como efectivamente lo hizo; posteriormente el que había recibido el esclavo lo perdió porque lo reivindicó su verdadero propietario, y se preguntaba si tenía una acción contra quien le había dado el esclavo. Juliano opinaba que debía dársele una acción *in factum*, lo que implicaba considerar que ese negocio no era un contrato que diera lugar a una acción civil de buena fe, pero Mauriciano, a quien sigue Ulpiano, dice que bastaba una acción civil de objeto incierto (*civilem incerti actionem*), como lo eran las acciones derivadas de contratos, porque existe una obligación recíproca o *synallagma*.

Otro argumento en favor de la distinción de los contratos respecto de otro tipo de obligaciones es el mismo edicto del Pretor, que contiene dos títulos separados para diversos negocios obligaciones. El título XVII que lleva la rúbrica *De rebus creditis* (de los préstamos) contiene una acción civil, la *actio certae creditae pecuniae*, la cual servía para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de negocios que se perfeccionan por la entrega en propiedad de una cosa determinada, como el mutuo y las demás daciones crediticias (en cuyo caso era también llamada por los juristas clásicos *condictio*), pero también para exigir el cumplimiento de una estipulación de objeto cierto. Además contenía otras acciones pretorias *in factum* para exigir la devolución de cosas cuya posesión, sin propiedad, había sido entregada, que eran la acción *de pecunia constituta* (para exigir la entrega de una cosa cierta debida por mutuo o estipulación después de vencerse un plazo adicional prestado), la acción del comodato y la de la prenda.

Por otra parte, el título XIX del Edicto que lleva el nombre *de bonae fidei iudicis* (de los juicios de buena fe) contenía las acciones para exigir el cumplimiento de los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento) además de la acción para el antiguo negocio de fiducia, que fue el primero sancionado por una acción de buena fe, y la acción del depósito, que se contractualizó tardíamente.

La ubicación de las acciones de los negocios de mutuo (y demás daciones crediticias), estipulación, *constitutum* (que es un complemento del mutuo y la estipulación de objeto cierto), comodato y prenda en un título diferente del que agrupa los contratos consensuales es

una prueba muy clara de que aquellos negocios, que según Gayo sería "contratos" reales o verbales, no eran considerados por los juristas clásicos como contratos sino como otro tipo de obligaciones.

A partir de esa distinción en el mismo orden edictal, Álvaro d'Ors ha propuesto que los negocios comprendidos en el título XVII (de los préstamos) constituían negocios que podían quedar abarcados en la categoría general de *creditum*, cuya característica principal es que generan obligación de dar una cosa cierta (*certum dare*), y que son claramente diferentes de los negocios agrupados en la categoría del *contractus* que dan lugar a acciones para reclamar un objeto incierto.

La distinción entre negocios crediticios o créditos, por una parte, y contratos, por la otra, era eminentemente práctica ya que afectaba el régimen jurídico de unos y otros. Los negocios crediticios se sancionaban por acciones de "derecho estricto", en las que el juez sólo podía condenar a lo que la cosa cierta demandada valía al momento de la *litis contestatio*, y examinar únicamente las excepciones que el demandado había insertado en la fórmula de la acción; en estas acciones, el actor que pide más de lo debido, pierde la acción, y la *litis contestatio* extingue la obligación *ipso iure*, aun cuando sea solidaria. Los contratos, en cambio, estaban sancionados por acciones de buena fe, en las que el juez tenía libertad para determinar el monto de la condena, teniendo en cuenta el interés que tenía el actor en que el contrato hubiera sido efectivamente cumplido, pero deduciendo o compensando lo que el actor podía deber al demandado por causa del mismo contrato; la estimación de la condena la hacía atendiendo al momento mismo de dictar la sentencia, y tenía en cuenta todas las excepciones que derivaban del contrato aunque el demandado no las hubiera insertado en la fórmula; el actor, por ser la acción de buena fe de objeto incierto, no perdía la acción por petición excesiva, y la *litis contestatio* no extinguía *ipso iure* la obligación, pues se consideraba que ésta seguía subsistiendo, a fin de darle al deudor la posibilidad de cumplir antes de dictarse la sentencia y en consecuencia salir absuelto.

IV. HACIA UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

A partir de la distinción clásica entre contratos, por una parte, y obligaciones unilaterales, por la otra, se puede ir construyendo una nue-

va teoría o explicación general del contrato. Con ese fin, propongo aquí algunos lineamientos generales, considerando, en primer lugar, la propia racionalidad de esa noción de contrato, y seguidamente algunas de las reglas principales del régimen contractual.

1. La racionalidad de la definición del contrato como obligación recíproca

Me parece que puede aceptarse como algo natural (o quizá sea mejor decir conforme con el sentido común) que la persona que afirma claramente su voluntad de dar o hacer algo a otra, queda obligada por su declaración. El fundamento de su obligación es, en la terminología del derecho romano, la propia *fides*, es decir la lealtad a la palabra dada. En el fondo de cualquier obligación (en el sentido propio de vínculo jurídico personal entre un acreedor y un deudor) libremente contraída, está este principio de respeto a la palabra dada: quien, por ejemplo, firma un título de crédito, está expresando su voluntad de pagar lo que indica el documento, y quien recibe el título confía en la lealtad o *fides* de quien lo emitió; o quien presta dinero confía en la *fides* del deudor que dice que lo va a pagar; o quien hace una promesa verbal se obliga ante el acreedor que confía que el primero cumplirá su palabra; igualmente, cuando se conviene una compraventa, el comprador confía que el vendedor le entregará las mercancías y el vendedor que el comprador pagará el precio.

Toda obligación supone naturalmente una relación entre dos personas, entre un acreedor y un deudor, e igualmente supone un acuerdo, convenio o consentimiento entre ellas, por el que una manifiesta su voluntad de obligarse y la otra la acepta. Es evidente que a veces sucede que el resultado del convenio es que una persona queda obligada frente a la otra, y que otras veces sucede que las dos personas quedan recíprocamente obligadas. Así, quien recibe dinero prestado queda él como deudor y el mutuante como acreedor; quien firma un título de crédito es deudor y el beneficiario acreedor; pero cuando se conviene un contrato, las dos partes quedan recíprocamente obligadas y son a la vez deudores y acreedores entre sí.

El análisis anterior lleva a distinguir entre el convenio y la obligación. Una cosa es la manifestación de la voluntad de obligarse y de la voluntad de aceptar la obligación, y otra la relación entre las partes u

obligación que resulta de ese convenio. Por eso, aunque casi toda obligación suponga un convenio (es decir que implica una "bilateralidad genética"), pueden distinguirse las obligaciones que resultan de esos convenios en dos categorías: las obligaciones unilaterales en que una parte es deudor y la otra acreedor, y las bilaterales en que las dos o más partes son recíprocamente acreedoras y deudoras (es decir, en las que hay además "bilateralidad funcional"). Cuando se afirma que el contrato es simplemente un convenio que genera obligaciones, en realidad no se señala la diferencia que lo distingue de otro tipo de obligaciones, por lo que se tratan como contratos negocios que no lo son, como el mutuo.

Un ejemplo de la confusión que puede introducir este insuficiente concepto de contrato es el régimen que ha tenido en los códigos civiles del Distrito Federal de México el negocio de mutuo. En los códigos de 1870 y 1884 se consideraba como un contrato real que se perfeccionaba con la entrega de la cosa; esto evidentemente constituía una derogación de la regla general, recogida en el mismo código, del perfeccionamiento consensual de los contratos. Para subsanar esta dificultad, el código civil de 1928 suprimió la categoría de contratos "reales" y definió el mutuo como un contrato consensual en el que el mutuante se obliga a prestar y el mutuario se obliga a pagar. Pero esta construcción también choca con la misma regla del perfeccionamiento consensual, de acuerdo con la cual en cuanto el contrato es perfecto las dos partes quedan recíprocamente obligadas, y en este caso no puede decirse que el mutuario quede obligado a devolver lo que todavía no ha recibido. Además, el mismo código no es congruente con esta definición, pues únicamente regula la obligación de restituir lo prestado y no la obligación de prestar. Lo que ha venido a hacer el artículo 2384 del código civil de 1928 es a confundir el mutuo con un negocio bancario, que sí puede ser contractual o bilateral, en el que un banco, por ejemplo, se obliga a prestar a un cliente las cantidades que solicite dentro de cierto rango, siempre y cuando el cliente mantenga una cuenta de cheques con ciertos saldos; este convenio sí es un contrato bilateral, pero las operaciones de mutuo que se realizan en consecuencia de ese convenio bilateral, son negocios unilaterales de mutuo.

La distinción entre contratos y obligaciones unilaterales se basa en la realidad misma de la relación. La realidad a la que alude la

palabra obligación es la conducta que las personas realizan entre sí, que es evidentemente diferente si sólo una es la obligada o si lo son las dos. Cuando sólo una es la obligada, sólo una (el acreedor) confía en la otra, mientras que cuando lo son las dos, ambas confían entre sí. Por eso, el derecho clásico distinguía la *fides* o lealtad a la palabra propia de las obligaciones unilaterales, de la *bona fides* o lealtad recíproca que se da en las relaciones bilaterales.

La causa de la obligación también es diferente según sea el caso. Es de sentido común, que cuando alguien manifiesta su voluntad de obligarse lo hace por alguna razón o causa. Quien, por ejemplo, firma un título de crédito o hace una promesa, lo hace quizá porque ya debe esa cantidad, de modo que la causa de su obligación de pagar el título es la existencia de esa otra deuda, o porque se la van a prestar, y entonces la causa de su obligación es la entrega del dinero convenido, o incluso simplemente porque quiere donarla, y entonces la causa es la sola donación, es decir la voluntad de proporcionar un lucro al donatario. En las obligaciones unilaterales, la causa es necesariamente un acto distinto de la obligación. En cambio, en las obligaciones bilaterales la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra y viceversa, como en la compraventa que la causa de la obligación del vendedor de entregar la mercancía es la obligación del comprador de pagar el precio y viceversa; por eso puede afirmarse que la obligación bilateral tiene su causa en sí misma.

2. El régimen jurídico de los contratos como obligaciones bilaterales

Siendo relaciones diferentes a las unilaterales, las obligaciones bilaterales tienen un régimen jurídico distinto. Sin entrar a un análisis de detalle del régimen contractual, sólo menciono aquí tres reglas propias que me parecen importantes para mostrar su diferencia con el régimen de las obligaciones unilaterales y que se deducen de la naturaleza de la obligación bilateral; son: el perfeccionamiento consensual, el equilibrio entre las prestaciones y la reparación del incumplimiento en la medida del interés del acreedor de la obligación.

i) *El principio del perfeccionamiento consensual de las obligaciones.* Vale exclusivamente para las obligaciones bilaterales, precisa-

mente porque cada obligación tiene su causa en la obligación recíproca. Como una se obliga porque la otra se obliga, no hace falta que se entreguen algo o que cumplan una forma, basta sólo con que ambas queden simultáneamente obligadas.

En cambio, el perfeccionamiento de las obligaciones unilaterales es diferente porque su causa no está en ellas mismas, y por eso requiere, o la entrega de una cosa que ha de ser devuelta, de modo que la entrega es la causa de la obligación, o se exige el cumplimiento de una forma verbal o escrita que presume la existencia de una causa de la obligación.

El que para ciertos contratos se requiera, por disposición de ley o por costumbre, de un documento escrito sólo tiene razón como medio para facilitar la prueba de que se ha concluido un contrato consensual.

El principio de consensualidad admite igualmente que el contrato pueda ser modificado por el solo consentimiento de las partes, y es ésta una regla que no puede variarse por voluntad de las partes, pues aun cuando las dos partes de un contrato hubieran convenido que toda modificación al mismo tendría que hacerse en un escrito firmado por las dos, si ellas convienen verbalmente una modificación, ésta vale aunque falte el escrito, pues finalmente el documento escrito no es más que un medio probatorio y lo que constituye el contrato es el consentimiento efectivo de las partes. Ésta es una manifestación de como la naturaleza bilateral del contrato se impone sobre la voluntad de las partes.

ii) El equilibrio entre las prestaciones. Es evidente que si la causa de la obligación de una parte es la obligación que asume la otra debe haber, al menos al momento de perfeccionarse el contrato, un equilibrio entre las conductas o prestaciones a que cada una se obliga; ha de haber, por ejemplo, un equilibrio entre el precio y la mercancía, entre la renta y el uso de la cosa, etcétera.

Lo que he llamado "equilibrio" entre las prestaciones quizá fuera más claro expresarlo como igualdad proporcional. Las prestaciones a que se obligan las partes en un contrato son lógicamente diferentes. No puede hablarse, por lo tanto, de igualdad pura entre las prestaciones, como sí sucede, por ejemplo, en las obligaciones unilaterales que derivan de la entrega de una cosa, en las que la parte obligada

tiene que devolver exactamente lo que recibió, o en las que derivan de una promesa de dar cosa cierta que la obligación es de dar exactamente lo que se prometió. En los contratos cada parte espera recibir algo diferente de lo que se obliga a pagar. El valor de la prestación que una se obliga a cumplir lo considera en relación con la prestación que va a recibir de la otra y viceversa. Al hacer esta valoración, las partes pueden sentir que lo que deben pagar resulta de mayor o menor valor que lo que van a recibir, con lo cual se manifiesta que ellas saben que el valor de las prestaciones no tiene que ser aritméticamente igual; sucede, y este es el mejor contrato posible, que ambas partes valoren en más lo que esperan recibir que lo que tienen que pagar; pero también sucede que una parte, aunque juzgue que lo que paga es más que lo que recibe, da su consentimiento para el contrato porque necesita lo que la otra parte puede darle. Hay, sin embargo, un límite que marca la diferencia entre una proposición contractual aceptable y otra inaceptable. Ese límite es la proporción, equilibrio o equidad en las prestaciones.

Cuando un contrato no tiene esa proporción al momento del perfeccionamiento, ello sólo se explica porque la parte obligada a la prestación de mayor valor consintió por error (voluntario o inducido) o por haber sido coaccionada, y en ambos casos es lógico que se considere que el contrato, o al menos la obligación excesiva, no es válida porque carece de la racionalidad propia de los contratos, la de la igualdad proporcional entre las obligaciones. Esto es el fundamento de la teoría de los vicios de la voluntad, que no cabe aplicar a las obligaciones que derivan de la entrega de una cosa, pues si la cosa fue entregada, la obligación es devolver la misma, y no hay por qué considerar que hubo error, dolo o violencia que afectara el consentimiento de quien recibió la cosa.

También pudiera ser que el contrato fuera desproporcionado porque la parte obligada a la prestación de mayor valor quiere hacer una donación del valor excedente a la otra parte. En este caso, el contrato es válido porque la prestación mayor se justifica no tanto por la causa contractual (la prestación recíproca) sino por causa de la donación.

Puede suceder que exista proporción entre las prestaciones al momento de perfeccionarse el contrato, pero que al momento de cumplirlas su valor, por los cambios de las circunstancias, se haya vuelto desproporcionado. En la lógica de los contratos que generan obliga-

ciones que han de ser cumplidas en un futuro próximo o remoto está siempre latente ese riesgo. Quien, por ejemplo, se obliga a vender maíz a cierto precio en una fecha determinada, sabe que el precio del grano puede subir o bajar y asume el riesgo de que el precio de mercado suba y tenga él que vender al precio inferior contratado. Pero hay contratos en que las partes se obligan recíprocamente no sólo a una operación, sino a una serie de operaciones durante un plazo relativamente amplio, como un año o más. En estos contratos (llamados modernamente "de tracto sucesivo") la relación que se genera entre las partes vincula sus intereses de forma duradera, casi como si fueran socias entre sí, por lo que es natural que se busquen medios para restaurar el equilibrio entre las prestaciones cuando se ha roto durante la vigencia del contrato.

El criterio de igualdad proporcional entre las obligaciones contractuales sirve también como regla de interpretación del contenido de un acuerdo contractual, de modo que cuando sea ambiguo o confuso, se procura interpretarlo en un sentido que conserve el equilibrio contractual.

La equidad o equilibrio entre las prestaciones es el principio fundamental de la justicia contractual, lo que podría llamarse, en vez de la voluntad de las partes, la ley fundamental de los contratos.

En cambio, en los negocios unilaterales que implican la obligación de devolver una cosa, o en los formales de dar una cosa cierta, no se plantea esta problemática de la equidad o equilibrio, pues la obligación está claramente determinada: o es dar lo que previamente se recibió o dar lo que formalmente se obligó uno a dar.

iii) La valoración del incumplimiento. En los contratos las partes tienen más interés en la prestación que esperan que en el valor de lo que pagan. Por eso, es lógico que cuando una parte, por incumplimiento de la otra, no recibe la prestación que esperaba, pueda exigir judicialmente a quien incumplió no sólo el valor objetivo de la misma, sino el valor que para ella tenía la prestación incumplida, el cual se suele calcular considerando el valor objetivo de la prestación incumplida más el daño emergente y el lucro cesante.

Esta agravación de la condena se explica por la propia reciprocidad de las obligaciones contractuales: si quien se obliga, lo hace a causa de la obligación que asume la otra parte, es natural que en caso

de incumplimiento se procure ponerlo en la situación que tendría de haberse cumplido el contrato, y no en la situación que tenía al momento de perfeccionarse el contrato. En cambio, en una obligación unilateral, como la consignada en un título de crédito, se condena al deudor a pagar sólo lo que debía, y si acaso en una deuda pecuniaria se agravara la condena cobrando intereses moratorios que no estuvieran expresamente previstos es porque se entiende, a mi juicio erróneamente,³ que los intereses son frutos que el dinero produce espontáneamente, de modo que lo que el deudor resulta condenado a pagar es la cosa debida (la cantidad de dinero fijada) y sus frutos (los intereses), pero no se valoran los daños y perjuicios que sufrió el acreedor.

Como el objetivo de la reparación por incumplimiento contractual es poner a la parte afectada en la situación que tenía de haberse cumplido el contrato, se entiende que si las partes convienen una suma que deba pagar alguna de las partes en caso de incumplimiento, esa suma no es una cantidad fija, sino que el juez la puede reducir si resulta que es excesivamente alta en relación con los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Para que una suma convenida por incumplimiento contractual pueda cobrarse sin posibilidad de que el juez la reduzca, es decir para que sea realmente una "pena" por incumplimiento, es necesario que la obligación de pagarla derive de una causa no contractual, como una promesa formal, de modo que no quede sujeta a la lógica de las obligaciones bilaterales.

V. CONCLUSIÓN

El presente artículo sólo pretende llamar la atención de los profesores de derecho romano en dos sentidos. Uno es la importancia de hacer nuestros los avances de la ciencia romanística actual, especialmente la europea, y de mantener un contacto estrecho, y a la vez crítico, con las fuentes originales. El otro es poner de manifiesto cómo la romanística puede servir para revitalizar la ciencia jurídica actual y no limitarse a ser un mero estudio histórico o un capítulo de las ciencias de la Antigüedad.

³ Sobre este tema he publicado "La obligación de pagar intereses no convencionales en los contratos internacionales" en *Themis*.2, Universidad Veracruzana, 2000, pp. 39-61.

El desarrollo de una nueva teoría del contrato a partir de la definición de Labeón es una tarea por hacer, que requerirá, además de desarrollar las líneas aquí apenas esbozadas, de hacer una crítica pormenorizada de la actual teoría del contrato recogida en los códigos civiles.

RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL. COMENTARIO
DE LOS ARTÍCULOS 1382 Y 1383 DEL
CÓDIGO NAPOLEÓN

LA FALTA

Manuel MOGUEL CABALLERO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La responsabilidad civil extracontractual fundada en culpa directa en el Código Civil Francés.* III. *El Código de las Obligaciones y el Código Civil Italiano.* IV. *Derecho romano.* V. *Derecho mexicano.* VI. *Derecho inglés.* VII. *Los delitos y los cuasidelitos en el Código Napoleón.* VIII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Los artículos 1382 y 1383 encabezan el Capítulo II del Título IV del Libro III del Código Civil Francés o Código Napoleón, que se refiere a los delitos y cuasidelitos, tercera y cuarta fuente de obligaciones de la división cuatripartita del derecho romano de las fuentes de las obligaciones (las otras dos son los contratos y cuasicontratos). Entre ambos, conforme a la terminología doctrinal, establecen el derecho común de la responsabilidad extracontractual, es decir, establecen los principios generales de todo delito civil y también fijan la responsabilidad civil extracontractual fundada en culpa directa; ambos están contenidos en el 1910 de nuestro Código Civil (C.C.), tanto federal como local del D. F., aunque éste está inspirado en el 41 del Código de las Obligaciones (C.O.).

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL FUNDADA EN CULPA DIRECTA EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

El artículo 1382 C.N. dice: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer.* El 1383, por su parte, dice: *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*¹

El primero lo traducimos: Todo hecho cualquiera del hombre, que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya falta se ha causado, a repararlo. Y el segundo: Cada uno es responsable del daño que ha causado no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia.

Para Paul Ourliac y J. De Malafosse,² “la culpa aquiliana ha sido causa de numerosas controversias”. Y las seguirá causando. Y no puede ser de otra manera. En primer lugar, porque la ley Aquilia, de donde deriva, no ha llegado a nuestros días y por ello se hace más difícil conocer exactamente su contenido; en segundo lugar, porque el término “iniuria” es ambivalente, lo que propicia que no haya acuerdo en los elementos esenciales de la obligación derivada de los hechos ilícitos.

No es nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo de dichos cánones 1382 y 1383, sino hacer hincapié en lo que quiere decir el término “faute”.

Según el diccionario jurídico francés, *faute* significa culpa, falta. Demogue³ se pregunta: ¿Cuándo hay falta? *Quand y a-t-il faute?* Y responde. Dos condiciones, conforme a la jurisprudencia parecen indispensables: la una objetiva y la otra subjetiva; un atentado al derecho y el hecho de percibir o de poder percibir que se lleva atentado al derecho de otro. Esta interpretación de Demogue hace que no se sepa con exactitud cuándo “faute” se refiere al elemento objetivo, falta, o cuándo al subjetivo, culpa. Después, en capítulos por separado, da numerosos ejemplos y cita múltiples jurisprudencias em-

¹ Dalloz, *Code civil*, París, 1963.

² *Derecho romano y francés histórico*, Bosch, Barcelona, tomo I, p. 565.

³ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1924, tomo IV, núm. 225.

pleando “faute” como falta y como culpa, pero en ocasiones es difícil aceptar que está hablando de falta y no de culpa, y a la inversa cuándo está hablando de culpa y no de falta.

J. Ortolán,⁴ a propósito de las palabras contenidas en el Digesto, que tratan de la ley Aquilia: “*Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit*” (Se entiende que mata injustamente, quien lo hace sin derecho), expresa: “Tal es el único significado que es necesario dar aquí a la palabra injuria, es decir, sin derecho, contrariamente al derecho (*in jus*): es el sentido propio de la palabra, tal como nos lo da su etimología. Así, no es necesario considerar si aquel que ha causado el daño lo ha hecho con intención o sin intención de dañar”.

Planiol & Ripert,⁵ a propósito del término “faute”, aunque sin mencionarlo, siguen la interpretación que J. Ortolán da al término latino injuria y dicen que “la falta es el quebrantamiento a una obligación preexistente, de la cual la ley ordena la reparación cuando ella ha causado un daño a otro... La cuestión de saber si el agente ha cometido una falta con o sin intención de dañar es en principio indiferente”. Pero en lo que no estamos de acuerdo con estos autores es en que no precisan en dónde se encuentran estas obligaciones preexistentes. Pero sobre esto último, volveremos después.

Mazeaud & Tunc,⁶ comentando a Planiol manifiestan: “Entre las definiciones más conocidas de la culpa, debe colocarse en primera fila, sin contradicción, la defendida por Planiol. Para el eminente autor, la culpa es una falta contra una obligación preexistente. Hay culpa y no hay culpa más que si alguien, sujeto a una obligación, no ha cumplido esa obligación”.

Pero conforme a la traducción que hicimos directamente de la obra de Planiol, este autor no se refiere a culpa, sino a falta. No puede ser de otra manera, pues dice claramente, que “con o sin intención de dañar, en principio es indiferente”; es decir, no puede referirse al elemento culpa, que es algo subjetivo y que está descartando, sino a la falta, que es algo objetivo. Esto no hace sino confirmar la confusión

⁴ *Législation Romaine*, Douzième Edition, Plon, París, 1884, tomo III, p. 1748.

⁵ PLANIOL y RIPERT, *Droit Civil*, Onzième Edition, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1937, tomo II, núm. 863.

⁶ MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción del francés al castellano de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I, vol. II, p. 49.

que tiene el término “*faute*” en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina francesas; en consecuencia, también hay confusión en las traducciones del francés al castellano, como se advierte claramente en la transcripción que acabamos de hacer de Mazeaud & Tunc.

En nuestro libro,⁷ decimos que el término “ilícitamente” significa contrario a derecho, es un elemento objetivo del delito civil, en tanto que la culpa es un elemento subjetivo.

Conforme a lo antes expuesto, el término “*faute*” que emplea el 1382 C.N., sólo puede significar falta y no culpa. Todavía podemos invocar, en apoyo a nuestra interpretación, a Demogue,⁸ que asevera: “Por otra parte, el proyecto del año VII, contenía en su texto, dos veces la palabra *faute* en el que es ahora el art. 1382”. En la nota dos dice: “El texto del art. 1382 se completaba así: Aunque la falta no sea de la naturaleza de aquellas que exponen a penas de policía simple o correccional”. Esto, porque los quebrantamientos a las leyes de policía se llaman faltas y no culpas.

Así que hasta ahora, “*faute*” sólo puede significar falta, sin derecho, contra derecho, injusto (*in jus*).

¿En dónde están las normas cuya violación hace funcionar la sanción prevista para los delitos civiles? Según Planiol y Ripert,⁹ es trabajo delicado formular el conjunto de obligaciones legales que constituye la falta a que se refiere el art. 1382 C.N. Que se le puede reconocer a estas obligaciones un cuádruple objeto: abstenerse de toda violencia hacia la persona o hacia las cosas; abstenerse de toda fuerza o de toda habilidad si no se tiene en el grado requerido y, por último, ejercer una sobrevigilancia suficiente sobre las cosas peligrosas. De esto se valen Mazeaud & Tunc¹⁰ para decir que dichos tratadistas (particularmente a Planiol se le reconoce como el autor de la teoría), se refieren a culpa y no a falta, cuando interpretan que el quebrantamiento a una obligación jurídica preexistente constituye una culpa y no una falta.

Las ideas de Planiol refuerzan la teoría de que quien actúa negligentemente quebranta la obligación de vigilancia que debe tener una

⁷ MOGUEL CABALLERO, Manuel, *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales*, Ed. Porrúa, México, p. 197.

⁸ DEMOGUE, *op. cit.*, t. III, p. 481.

⁹ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, t. II, núm. 965,

¹⁰ MAZEAUD y TUNC, *ibidem*.

persona en todos sus actos; por eso, al causar el daño negligentemente incurre en responsabilidad; esto es fabricar un ilícito que no está en la ley.

Emilio Betti¹¹ expresa que no basta la imputabilidad, que es el término que toma la hipótesis normal de culpa, sino que hay que tener presente la exigencia de calificar al hecho lesivo como ilícito, en relación con el interés lesionado; lo dice a propósito de los hechos ilícitos como fuente de responsabilidad civil.

III. EL CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES Y EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

El artículo 41 del Código de las Obligaciones¹² preceptúa: “Aquel que causa, de una manera ilícita, un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. Aquel que causa intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a las buenas costumbres, está igualmente obligado a repararlo”.

Por su parte, el 2043 del Código Civil Italiano¹³ sanciona: “Cualquier hecho dolo o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

De las transcripciones hechas, se advierte que son necesarias tanto la ilicitud como la culpa para la constitución del delito civil. Ningún autor considera redundantes estos preceptos por exigir la culpa y el ilícito como elementos necesarios del delito.

Las causas de justificación, no se fundan en una conducta diligente que aunque cause daño, es irresponsable, sino en la ley que vuelve lícita una conducta que podría ser ilícita, por el principio de contradicción jurídica, de que una conducta no puede ser lícita e ilícita al mismo tiempo, como la legítima defensa,¹⁴ que no está establecida en nuestra ley, pero sí en el C.C.I. art. 2044, y en el 52 del C.O.

Sin hacerse la calificación del acto lesivo como ilícito, sería imposible la convivencia, porque todo acto de autoridad que afectara el

¹¹ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, tomo II, pp. 42, 175 y ss.

¹² ROSSEL, Virgile, Payot, Lausanne, 9a. Edition.

¹³ *I Cinque Codici*, R. NICOLO, G. LEONE, Giuffrè, Milano.

¹⁴ MOGUEL CABALLERO, *op. cit.*, p. 203.

patrimonio de una persona, v. gr. un embargo, o tocara a la persona, como el emprisionamiento de un delincuente, sería motivo de una demanda de daños y perjuicios por parte del afectado en contra del juez que hubiera dado las órdenes respectivas, porque se sentiría afectado sin razón. Si la orden es lícita, el afectado tendrá que soportar la afectación de su patrimonio o de su persona; si es ilícita, podrá proceder en consecuencia.

El hecho de que nuestro 1910 C.C. no haga mención del elemento mental, sino sólo del objetivo "ilícitamente", lo que nos hace retroceder a la época del derecho romano, no significa que deban confundirse ambos elementos, como en el 1382 C.N. se hace, ni que se deba prescindir del subjetivo, sino que hay que integrarlo debidamente, conforme a la doctrina y en bien de la justicia, porque ilícito significa en nuestra ley, contra derecho.

Retomando las ideas de Planiol & Ripert, decimos que son doctrina, mas no nos señalan objetivamente la norma, que al ser violada por la conducta humana, constituye el ilícito.

El término "ilícitamente" del 1910 C.C., implica la ausencia de un catálogo de normas de derecho cuya violación hace surgir la aplicación del 1910 y por ello incorpora aquellas normas, principalmente las penales, que son contrarias al orden público, según lo prescribe el artículo 1830 del Código Civil.¹⁵

IV. DERECHO ROMANO

La ley Aquilia nos ha llegado a través de Gayo (*Instituciones*) quien en 3,210 dice: "La acción por perjuicios causados injustamente está regulada por la ley Aquilia que dispone en su capítulo primero, que quien haya matado injustamente el esclavo de otro o el cuadrúpedo que forma parte de su ganado sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tenga la cosa en el año. El delito es "quien haya matado injustamente el esclavo de otro o el cuadrúpedo que forma parte de su ganado". Se advierte la configuración de una ley como la encontramos en nuestra legislación penal: Comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a otro.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

En 3,217 asienta: "Capítulo III. Este capítulo trata de cualquier otra causa de daños; heridas causadas a un esclavo o a un cuadrúpedo considerado como ganado, muerte o herida de otro cuadrúpedo..." Es lo que tipifica el 399 C.P.: "Cuando por cualquier medio se cause daño, destrucción o deterioro de cosa ajena,...se aplicarán las sanciones de robo simple".

En 3,219, expresa: "Se ha decidido que la acción relevante de esta ley no se aplica más que a los daños causados por una acción física, pues para los otros daños se dan demandas útiles". La doctrina llama a este requisito "*corpore datum*", que significa que la ley Aquilia se aplicaba si el daño había sido causado por un contacto físico del cuerpo del autor con el bien dañado.

En 3,211 expresa: "matar injustamente significa matar con dolo o con culpa; ninguna otra ley castiga el perjuicio causado injustamente; queda impune quien sin dolo o culpa causa un daño". Emilio Betti¹⁶ enseña: "Se da también el hecho, y bien conocido de que la misma ley Aquiliana no exigió expresamente la culpa como requisito último del daño sino que contenía el término genérico, y por decirlo así iridiscente de iniuria. Iridiscente es de Pernice y expresa acertadamente el carácter ambiguo, susceptible de varias interpretaciones". En la p. 175 expresa que no es suficiente el nexo causal entre el daño sufrido por una parte y el hecho lesivo que se pretende referir a la otra parte, "si junto con el nexo causal no se tiene presente la exigencia de calificar al hecho lesivo como ilícito en relación con el interés lesionado". De Cupis¹⁷ dice categóricamente: "Así, por las indagaciones romanísticas resulta que el texto de la antigua ley Aquilia no hablaba de culpa: él, al contemplar el *damnum iniura datum*, dejaba de lado cualquier valuación psicológica".

En 3,88, Gayo señala que hay dos especies de obligaciones: Las que nacen de un contrato y las que derivan de un delito. Por ello, en 3,182, dice: "Pasemos ahora a las obligaciones que nacen de delitos, tales como robo, arrebato de bienes, perjuicio causado, injusticia cometida" (el tercero se refiere a la ley Aquilia y el cuarto a la afectación moral).

¹⁶ BETTI, Emilio, *op. cit.*, t. II, p. 42.

¹⁷ DE CUPIS, *Il Danno*, p. 65.

Se advierte el carácter disperso de los delitos, que hoy unifican todos los códigos como el nuestro en el artículo 1910, el C.O. en el 41, el C.C.I. en el 2043. En la época de Justiniano esta falta de unidad se agravó y así vemos que las obligaciones tenían para entonces un cuádruple origen: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos (*Instituciones* de Justiniano, 3,13,2): Los delitos son como los que nos ha narrado Gayo; los cuasidelitos son, por ejemplo: "Si un juez hiciere suyo el pleito...igualmente el que ocupa, ya como propietario, ya como inquilino, ya gratuitamente, una habitación, desde donde se ha arrojado o derramado alguna cosa...el dueño de una nave o el de una posada o de un establo, en razón del dolo o del hurto cometido en la nave, o en la posada o en el establo, se hallan igualmente obligados por un cuasi-delito...". El cuasidelito del juez que hiciere suyo el pleito, lo hallamos encuadrado en las diversas fracciones del artículo 225 del Código Penal, que contempla delitos cometidos contra la administración de justicia; en los otros casos, puede configurarse un delito penal o simplemente se trata de los casos en los que existe responsabilidad civil por el hecho de otro.

Debemos recordar que la ley penal no prohíbe conductas; establece tipos de conducta que sanciona y así se vuelven ilícitas aquellas conductas sancionadas por la ley. El artículo 7 del Código Penal dice que es delito la acción u omisión que sancionan las leyes penales.

V. DERECHO MEXICANO

La historia de nuestros ilícitos civiles apoya la perspectiva que estamos dando.

El Código Penal de 1871 dedicaba el Libro Segundo a la "Responsabilidad Civil en Materia Criminal". Conforme al artículo 301, la obligación extracontractual se causaba por "un hecho u omisión contrarios a una ley penal". No empleaba la palabra "ilícito"; es como si hubiera dicho: Quien por un hecho o una omisión contrarios a una ley penal cause daño a otro, está obligado a repararlo.

Ni el código civil de 1870, ni el de 1884, tienen un precepto generalizado como el 301 citado. En ambos cuerpos civiles, en el capítulo "De la Responsabilidad Civil" se encuentra el artículo 1574 del primero y 1458 del segundo, que indican: "Son causas de responsa-

bilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato. II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la Ley. El inciso I se refiere a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los contratos; el II, a la responsabilidad civil consecuencia de un hecho ilícito.

Ambos cuerpos legales tratan de algunos de los delitos civiles que están en nuestro vigente código civil, como el de la ruina de un edificio, la caída de árboles, los daños causados por establecimientos industriales, etcétera.

El código penal de 1929, en su artículo 291, expresaba que la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente de delito y en su artículo 319 sentenciaba: "la reparación del daño proveniente de delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en todo caso".

El de 1931 trata de la reparación del daño, artículo 30, que es aplicable a todo delito, por lo que bien podemos construir el principio de que todo delito penal trae aparejada la reparación del daño, pues no se hace excepción alguna en dicho precepto.

Podemos decir que "*faute*", en el artículo 1382 del C.N., sólo puede significar, como lo dicen Ortolán y Planiol, quebrantamiento a una obligación jurídica preexistente y es igual a antijurídico, contra derecho, ilícito. Estas normas son todas las de orden público, como el Código Penal principalmente, que protegen la esfera patrimonial y corporal de las personas; el 1916 del Código Civil, que protege la esfera de los derechos morales. Todos estos preceptos protegen derechos absolutos, cuyo acreedor es toda persona; asimismo, toda persona está obligada a respetarlos, a no interferir en ellos, salvo causa justificada; de afectar algún derecho absoluto, el infractor se convertirá en deudor de los daños y perjuicios que causare.

VI. DERECHO INGLÉS

También podemos asomarnos al derecho inglés para ver cuáles requisitos exige para la procedencia de sus *torts*, que son el equivalente de nuestros delitos civiles, si bien debemos aclarar que el derecho anglosajón no dice nuestros ilícitos civiles en inglés, no traduce los ilícitos civiles a su lengua, sino que tiene sus propias perspectivas del derecho. Aun así, por lo que se refiere a los requisitos de los

torts, casi se identifican con los de nuestros delitos civiles. Sólo nos referiremos al equivalente de nuestro término "ilícito".

Winfield define el *tort* así: "La obligación torticera surge por la violación de un deber primario fijado por la ley; esta obligación es hacia todas las personas en general y su violación es resarcible por una acción de daños y perjuicios ilíquidos". (*Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages*).¹⁸

En la p. 5, Winfield y Jolowicz nos dicen que la obligación existe por virtud de la ley misma y que no depende de la voluntad o del consentimiento de las personas sujetas a ella. Yo estoy en una obligación de no amenazarte, de no dañar tu reputación por comunicación verbal, de no traspasar tus terrenos, sin tu consentimiento, porque la ley dice que yo estoy bajo tal obligación y no porque yo haya acordado contigo de someterme a tal obligación.

Clerk & Lindsell¹⁹ manifiestan que cuando el actor se queja de una violación a un deber primario fijado por la ley, se refiere a un derecho que puede existir en el common law o en la ley.

Aclaremos que el texto habla de deber primario, en oposición a una obligación contractual. Sabemos, por otra parte, que el sistema judicial inglés se basó durante mucho tiempo en el precedente; ahora también la ley se ha visto obligada a intervenir para llenar lagunas del common law y aun para corregir injusticias que con el tiempo se fueron realizando con la aplicación del precedente, como la Law Reform (Contributory Negligence), Act, 1945 que dispuso que los daños se redujeran en su estimación a cargo del demandado, cuando el actor hubiera contribuido a la producción de su propio daño y no, como había establecido el common law, de que la mínima culpa cometida por el actor, liberaba al demandado de toda responsabilidad.

Salmond and Heuston expresan: "Así como la ley criminal consiste en un cuerpo de reglas que establecen específicos delitos, así la ley de los *torts* consiste en un cuerpo de reglas que establece específicos daños".²⁰ Los mismos autores habían manifestado en la p. 13

¹⁸ Winfield and Jolowicz on *Tort*, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, 1984, p. 3.

¹⁹ Clerk y Lindsell on *Torts*, Sweet & Maxwell, Twelfth Edition, London, 1961, núm. 12.

²⁰ Salmond and Heuston on the *Law of Torts*, Eighteenth Edition, Sweet & Maxwell, p. 14.

que "un ilícito, intencional y positivo acto que inevitablemente cause daño al actor, es a primera vista, accionable".

Consideramos que no hay duda en advertir que también en el derecho inglés, la ilicitud es un requisito de existencia del *tort*.

VII. LOS DELITOS Y LOS CUASIDELITOS EN EL CÓDIGO NAPOLEÓN

La doctrina francesa dice que el 1382 se refiere a los delitos, y el 1383 se refiere a los cuasidelitos. Los primeros son los delitos intencionales y los segundos, los culposos. Así nos lo dice Pothier:²¹ "Se llama delito al hecho por el cual una persona por dolo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra. El cuasidelito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro".

Pero no vemos que esta interpretación se deduzca lógicamente del 1382, que en ninguno de sus términos menciona el elemento mental, como sí lo hace el 1383, que expresamente habla de negligencia o imprudencia. Mucho menos se puede admitir esta interpretación, si invocamos a Domat,²² que asevera que los delitos no deben confundirse con la materia civil, es decir, los delitos civiles sólo pueden cometerse por culpa y no por dolo: "Todas las pérdidas y todos los daños que pueden suceder por el hecho de alguna persona, sea por imprudencia, sea por ligereza, por ignorancia de lo que debe saber; sea por otras semejantes culpas levísimas, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra culpa haya dado lugar. Porque siempre ha cometido una injusticia, aunque no haya tenido intención de dañar".

¿Qué sentido podemos entonces dar a nuestro comentado 1382 C.N.? Por la forma en que está redactado, parece evocar a la ley Aquilia, en donde, como hemos visto, se requería de la intervención personal del autor del daño, que causara el daño *corpore*, con el cuerpo al cuerpo, para la procedencia de la acción. Por ello, aseveramos,

²¹ POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Ed. Heliasta, Brasil, 1993, p. 72, núm. 116.

²² DOMAT, *Le Leggi Civili*, tomo III, Napoli, traducción del francés al italiano, según la edición de París del año 1777, MDCCLXXVII, p. 150.

el precepto habla de "todo hecho" y al recurrir al elemento "falta" lo hace en el sentido de contravención a una obligación, a todo hecho que cause una injuria, como nos lo traduce Ortolán y que también es el sentir de Planiol.

El 1383 retoma el 1382 cuando dice que se es responsable, no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia. Las redacciones de ambos preceptos hacen suponer que se quiso tener un pie en el derecho romano con el 1382, y otro en el futuro con el 1383, exigiendo ya el elemento mental para la procedencia de la acción de daños. Es fácil concluir que ambos preceptos formarían uno solo o, si se prefiere, el 1382 sale sobrando, aunque habría que integrarle forzosamente al 1383 el término "*faute*" en el sentido de ilícito, falta, contraderecho, injusto.

Pero, ¿en dónde están los cuasidelitos que nos menciona el Código Napoleón en el capítulo ya citado, que debemos señalar, puesto que hemos negado que se encuentren en el 1383 C.N.?

Las *Instituciones* de Justiniano (4,5, 1/3) nos dicen cuáles eran los cuasidelitos romanos:

1. Cuando un juez hace suyo el pleito. Bonfante²³ dice que se aplicaba cuando un juez ha pronunciado una sentencia errónea o ha descuidado su deber, debe resarcir a la parte perjudicada el valor del litigio.
2. La acción de *effusis et deiectionis*, se da en contra del ocupante de una habitación, sea propietario, inquilino o la habite a título gratuito, por las cosas que se arrojen o derramen y que causa perjuicio a otro. Si el perjuicio es causado por un esclavo o un descendiente, el ocupante responde por ellos.
3. En el caso anterior, si el hijo ocupare una habitación separada de la de su padre, se dispone que sea el hijo y no el padre quien responda. Se habla de *positum et suspensum*.
4. Si el dueño de una nave, o el de una posada o de un establo, por sí o por alguno de los que se hallan empleados en la nave, en la posada o en el establo, se hallan obligados por el hurto cometido en dichos lugares.

²³ BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, Ed. Reus, Madrid, p. 534.

En el artículo 1384 C.N. encontramos los cuasidelitos, conforme a los antecedentes romanos antes dichos, cuando expresa: "Se es responsable no solamente del daño causado por su propio hecho, sino también de aquel que es causado por el hecho de las personas de las cuales deba responder, o de las cosas que tiene bajo su cuidado", es decir, establece la responsabilidad civil por el hecho de otro.

Así, el párrafo tercero hace responsable al padre y a la madre, de los daños causados por los hijos menores que habiten con ellos. El párrafo cuarto, a los comitentes del daño causado por sus subordinados; el quinto, a los artesanos, por el daño causado por los aprendices en el tiempo que están bajo su vigilancia.

El artículo 1386 C.N. establece la responsabilidad del propietario de un edificio, por los daños que cause debidos a la ruina del edificio o a defectos de construcción.

VIII. CONCLUSIÓN

Así como se ha dicho que el término "iniuria" del derecho romano es "iridiscente", por lo que ha causado muchas dificultades en su interpretación, lo propio debemos decir de la voz "*faute*" que emplea el C.N., según lo antes descrito. Esto nos hace ser cautelosos al leer las traducciones e interpretaciones que se hacen de la ley y de la doctrina francesas, ya que la mayoría de las legislaciones latinas están inspiradas en el derecho francés y, en consecuencia, aceptamos las interpretaciones que de él se hacen.

Nuestro 1910 no está exento de problemas por no mencionar el elemento mental, y sólo hacer referencia al elemento objetivo ilícito, que por cierto aplica impropriamente en el 1913, porque de no haber ilícito, no puede haber responsabilidad.²⁴

Concluimos con esta cita de Betti: "Está fuera de toda duda, que para los clásicos el significado técnico de *delictum* fue el de ilícito, fuente de *obligatio* según el *ius civile*".²⁵

²⁴ MOGUEL CABALLERO, *op. cit.*, p. 232.

²⁵ BETTI, Emilio, *op. cit.*, nota 31, p. 33.

LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA (EL NUEVO CONCEPTO DE OBLIGACIÓN)

Diego ROBLES FARÍAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto tradicional de obligación.* 1. *El origen romano del concepto obligación.* 2. *Las tres corrientes definitorias de la obligación.* III. *La relación jurídica obligatoria, el nuevo concepto de obligación.* 1. *Los distintos tipos de relaciones jurídicas.* 2. *La patrimonialidad como característica esencial de las relaciones jurídicas obligatorias.* 3. *La patrimonialidad de la prestación y la patrimonialidad de la obligación.* 4. *Naturaleza jurídica de la relación jurídica obligatoria.* IV. *La relación jurídica obligatoria sinalagmática.* V. *Elementos de la relación jurídica obligatoria.* 1. *Primer elemento de la relación jurídica obligatoria: las partes.* A. *Derechos del acreedor.* B. *Deberes y cargas de la parte acreedora.* C. *Deberes de la parte deudora.* D. *Derechos de la parte deudora.* 2. *Segundo elemento de la obligación: el objeto.* VI. *Definiciones.*

I. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones, como dicen Colin y Capitant,¹ son la trama de toda la vida jurídica. Para comprender en plenitud esa trama jurídica, las obligaciones deben ser estudiadas como un proceso o sistema que engloba a la relación jurídica en su totalidad, considerándolas como una relación jurídica compleja, con una estructura y funcionamiento que se asemeja más al mecanismo de un reloj, con multitud de partes o piezas involucradas, todas trabajando de manera coordinada para lograr un objetivo único.

¹ COLÍN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, tomo 3, *Teoría general de las obligaciones*, 4a. ed. española, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 10.

En su gran mayoría los estudiosos del derecho no han adoptado esa forma de ver a las obligaciones, sino que las estudian analizando, de manera separada, el deber jurídico que corresponde al deudor o el derecho subjetivo del acreedor, pero sin exponer de manera profunda, la forma en que estas dos partes se relacionan. Al analizar las distintas definiciones de obligación presentadas por la doctrina, encontramos que la gran mayoría son contradictorias, parciales o incompletas, y por lo general no siguen los parámetros clásicos del arte de definir. Por otro lado, a fuerza de presentar novedades, algunos autores se han alejado del concepto verdadero de obligación, confundiendo su naturaleza y desvirtuando su verdadero sentido y estructura.

Será tarea de este trabajo retomar el concepto clásico contenido en la *Instituta* de Justiniano, y a partir de ahí, tejer la definición que consideramos correcta, construida con apego a las reglas de la lógica y al sentido propio que corresponde a esta importantísima figura del derecho.

Para ello exploraremos las distintas definiciones propuestas por doctrinistas nacionales y extranjeros, analizándolas y criticándolas a la luz de la lógica y del derecho. Después presentaremos una visión del derecho de las obligaciones como un sistema en el que se involucran y relacionan las partes de manera compleja, con derechos y obligaciones recíprocos que son estudiados en el marco de toda la relación jurídica. Finalmente, propondremos nuestro concepto de *obligación* y aportaremos los elementos de juicio para sustentar su validez.

En ninguna otra materia se aplica con mayor certeza el criterio de que el derecho es pensamiento, estructura abstracta y construcción.² Este trabajo pretende apegarse a ese criterio para estructurar el concepto de *obligación*, explicarlo en su verdadero sentido abstracto e intelectual y construir una definición que exprese su verdadera naturaleza.

² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico, obligaciones y contratos comerciales*, Parte general, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Palma, Argentina, 1988.

II. CONCEPTO TRADICIONAL DE OBLIGACIÓN

1. El origen romano del concepto obligación

La *obligación* es una relación jurídica compleja, en la que intervienen y se interrelacionan dos partes, el acreedor y el deudor, con derechos y obligaciones recíprocos que deben ser explicados en el marco de toda la relación y no sólo haciendo alusión a la actividad que corresponde realizar en lo individual al deudor o en su caso al acreedor, como en la mayoría de los tratados doctrinales se hace.

La palabra obligación no es un término del derecho romano antiguo, sino que es el resultado de una evolución paulatina, generada por las necesidades de la vida práctica. Debido a lo anterior, los romanos nunca hicieron un estudio sistemático de esta figura jurídica; sin embargo, su desarrollo posterior fue portentoso, a tal grado que su espíritu pasó íntegro a los códigos modernos.

Las primeras obligaciones que sancionó el derecho romano fueron las nacidas de los delitos. Inicialmente la autoridad del Estado era demasiado débil para imponer el orden público y para administrar las sanciones penales, por lo que los individuos tenían que tomar la ley en sus manos y buscar la venganza de los daños que les hubieran causado. Esta venganza se llevaba a cabo de la forma más cruel; en repetidas ocasiones la víctima infringía la muerte a su malhechor, situación que a la larga no satisfizo a la comunidad, ya que casi nunca correspondía el daño a la venganza, por lo que se hizo necesaria la intervención del Estado.³

En un principio, la función del Estado fue de carácter regulatorio de la venganza de la víctima, estableciendo que debía ser proporcional al daño causado. En el caso de *membrum ruptum*, la *Ley Talionis*⁴ permitía al afectado romper un miembro de la víctima, pero no más. No obstante lo anterior, la aplicación del derecho seguía siendo una forma violenta de venganza privada. En la época anterior a las *XII Tablas*, el derecho permitió la permuta de la venganza por una in-

³ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 1996, p. 1.

⁴ D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8a. ed., Ed. Universidad de Navarra, España, 1991, p. 378.

demnización, que podía ser en dinero o en ganado (pecunia). De esta forma, el infractor o sus parientes, podían “comprar” el derecho de la víctima a la venganza, pero si éstos no tenían bienes para salvarlo o no estaban dispuestos a ello, el malhechor quedaba a merced de la víctima, a quien el derecho concedía la *manus injectio*, y en consecuencia podía venderlo como esclavo, matarlo y cortarlo en pedazos.

Este derecho de redimir al causante del daño tenía una connotación más bien económica que de justicia. La víctima podía recibir una compensación económica por el daño, pero en caso de que no se la entregaran, quedaba expedito su derecho de venganza física.

En ese grado de evolución del derecho, no es extraño que los juristas hayan pensado en que las bondades de una indemnización por los daños causados pudieran ser trasladadas al derecho contractual, y así poder utilizar esa figura para lograr una compensación por el incumplimiento. Así, se otorgó a la parte afectada el derecho de disponer de la persona que hubiera incumplido un contrato, surgiendo el *Nexum*,⁵ mediante el cual el deudor quedaba “atado” al acreedor y por lo tanto obligado al cumplimiento, para no hacerse acreedor a la venganza de este último.

Como se puede apreciar, el *Nexum*, junto con otras figuras del derecho romano antiguo, constituyen las raíces históricas de las obligaciones contractuales. En esa época apenas puede hablarse de un derecho de las obligaciones, ya que el deudor no “debía” lo prometido, y el pago era sólo la forma en que, quien incumplía un contrato, podía liberarse de la venganza de su contraparte.

Esta etapa pronto quedó atrás y el derecho empezó a reconocer que en realidad existía un vínculo jurídico que unía al deudor y al acreedor, en virtud del cual, el primero realmente estaba obligado a cumplir, mientras que el acreedor tenía el derecho de exigir su cumplimiento. De esta forma, *Obligatio* en el derecho romano clásico significaba tanto el “deber” como la “responsabilidad” por lo que sólo si el deudor dejaba de cumplir con su deber se hacía responsable y su propiedad o su persona quedaban expuestas al derecho del acreedor.⁶

⁵ Se dice que el *nexum* fue un negocio liberal similar a la *mancipatio* por el que una persona sometía su propio cuerpo como garantía de una deuda contraída a modo de préstamo. Vid. D'ORS, Álvaro, *op. cit.*, p. 402.

⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, *op. cit.*, p. 2.

Después de un largo desarrollo surgió la definición clásica por excelencia de obligación, la que encontramos en la *Instituta* de Justiniano:⁷ *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. (Obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad.)

2. Las tres corrientes definitorias de la obligación

Con el transcurso del tiempo y la evolución del derecho, se han propuesto infinidad de definiciones de obligación, las cuales no siempre han atendido a la verdadera naturaleza de la institución, o a fuerza de alejarse del concepto clásico que hemos señalado, han incursionado en nuevas formas que desvirtúan su verdadera naturaleza.

No obstante la diversidad de los conceptos proporcionados por la doctrina, hemos reconocido tres corrientes definitorias: la primera que identifica a la obligación con el vínculo jurídico; la segunda y más común, que define a la obligación atendiendo a la actividad que corresponde desarrollar a uno de sus elementos, el deudor; y la tercera que enfatiza la situación del acreedor, llegando al extremo de encontrar como sinónimos los términos obligación y derecho de crédito.

Cabe aclarar que no todas las definiciones propuestas por los autores que analizaremos más adelante, constituyen la adopción plena de uno solo de esos sistemas y en consecuencia, algunas pueden ser identificadas con dos de ellos.

Entre las que identifican a la obligación con el vínculo jurídico, se encuentran las propuestas por los Mazeaud,⁸ Sánchez Román,⁹

⁷ JUSTINIANO, *Instituta*, Libro III, título XIII.

⁸ MAZEAUD. “La obligación es un vínculo de derecho de aspecto pecuniario que une a dos (o más) personas, una de las cuales, el deudor, está constreñida a una prestación a favor de otra, el acreedor”. MAZEAUD, Henri, LEÓN Y JEAN, *Lecciones de derecho civil*. Parte Segunda, *Obligaciones*, vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 1.

⁹ SÁNCHEZ ROMÁN. “Por relación jurídica entendemos la *conexión o concurso de dos o más personas* en un objeto de derecho; el vínculo que une y hace coincidir al sujeto activo con el pasivo, en la cosa objeto de derecho”. Citado por VILLORO TORANZO Miguel, *Las relaciones jurídicas*, Ed. Jus, 2a. ed., México, 1976, p. 55. Esta definición forma parte de las teorías de la obligación que identifican a este último concepto con la relación jurídica.

Villoro Toranzo estima que esta identificación de obligación con el vínculo jurídico se da por la influencia del individualismo dominante en el siglo XIX, que hace que la relación

Planiol,¹⁰ Messineo,¹¹ Ripert¹² y Borja Soriano.¹³ Estos autores identifican a la obligación con la relación o vínculo jurídico que une al acreedor con el deudor, para después explicar en forma descriptiva pero limitada, la función que corresponde a uno o ambos polos de esa relación, es decir, a los sujetos activo y pasivo. Estas definiciones son las que más se acercan al verdadero concepto de obligación, sin embargo, tienen el defecto de que identifican plenamente a la obligación con el vínculo jurídico, pero como un elemento independiente y colocado en el mismo nivel que los sujetos y por lo tanto no reconocen a la relación jurídica como el género próximo de la relación.

Por lo que ve a las definiciones que enfatizan la situación del acreedor o identifican el concepto de obligación con el de derecho personal o de crédito, tenemos a Enneccerus,¹⁴ Josserand,¹⁵ Bonne-

jurídica deje de ser considerada como el derecho subjetivo que fundamenta las exigencias o poderes respecto de otros, para ser el vínculo resultante de los derechos subjetivos por el cual se relacionan dos o más sujetos, uno o varios de ellos llamados sujetos activos, que son los titulares del derecho subjetivo, y otros sujetos pasivos, que son aquellos que deben sufrir el poder de los primeros.

¹⁰ PLANIOL, "La obligación es un lazo de derecho por el cual una persona es compelida a hacer o a no hacer alguna cosa a favor de otra". PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, Oxford University Press-Harla, 1a. ed., México, 1999, p. 613.

¹¹ MESSINEO, "Por obligación o relación obligatoria, debe entenderse, en efecto, una relación entre dos sujetos (al menos), en virtud de la cual uno de ellos (deudor, llamado a veces promitente) queda obligado, esto es, sometido a un deber, o comprometido frente al otro (acreedor, llamado a veces estipulante) a cumplir con una prestación, o sea, a desarrollar una actividad determinada (comportamiento) patrimonialmente valorable y se atribuye al acreedor un correspondiente poder, que consiste en la pretensión a la prestación". MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 3.

¹² RIPERT, "La obligación es el vínculo de derecho por el cual una persona, debe satisfacer una prestación a favor de otra". RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, tomo IV, Las obligaciones, (1a. Parte), vol. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 11.

¹³ BORJA SORIANO, "Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor". BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Porrúa, 8a. ed., México, 1992, p. 71.

¹⁴ ENNECCERUS, "La obligación o derecho de crédito es la que compete a una persona, el acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero". ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de derecho civil*, tomo 2, vol. I, Bosch, Casa Editorial, 2a. ed., Barcelona, 1954, p. 1.

¹⁵ JOSSERAND, "La obligación o derecho personal, es una relación jurídica que asigna a una o varias personas la posición de deudores frente a otra u otras que desempeñan el papel

case,¹⁶ Rezzonico¹⁷ y Gaudemet,¹⁸ quienes estiman como sinónimos los conceptos de obligación y derecho personal o de crédito, términos que si bien son correlativos, no significan lo mismo, pues se refieren a los diversos polos de una misma relación jurídica.¹⁹ Este tipo de definiciones violan el principio lógico de contradicción al afirmar que una cosa (la obligación) es precisamente su contrario (el derecho). ¡Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo!²⁰

Finalmente tenemos a los autores que al definir a la obligación, atienden a la actividad que corresponde desarrollar al deudor. Entre ellos podemos citar a Colín y Capitant,²¹ Aubry et Rau,²² Marty,²³

de acreedores, y respecto de las cuales están obligadas a un prestación, ya positiva (obligación de dar o de hacer), ya negativa (obligación de no hacer)". Citado por QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel. *Derecho de las obligaciones*, Cárdenas Editor Distribuidor, 3a. ed., 1993.

¹⁶ BONNECASE, "El derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra, llamada deudor, la ejecución de una prestación determinada, positiva o negativa y susceptible de evaluación pecuniaria". BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, Ed. José M. Cajica Jr., tomo II, Puebla, México, 1945, p. 1.

¹⁷ REZZÓNICO, "La obligación, también llamada derecho de crédito, consiste esencialmente en la facultad o potestad que una (o varias) persona, llamada acreedor, tiene para exigir a otra (otras) llamada deudor, una prestación consistente en la entrega de una cosa, o en la realización o en la abstención de cierto hecho o acto, todo ello como consecuencia de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito, de un cuasidelito o por imposición específica de la ley". REZZÓNICO Luis María, *Estudio de las obligaciones*, vol. 1, Ed. Depalma, 9a. ed., Buenos Aires, 1966, p. 10.

¹⁸ GAUDEMET, "La obligación no es sino el derecho personal considerado desde el punto de vista pasivo; es un vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención". GAUDEMET, Eugene, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Porrúa, México, 2a. ed., 1984, p. 25.

¹⁹ Sería tanto como intentar definir el concepto de padre a través de la figura del hijo, o considerar que estos dos conceptos de la relación paterno-filial son sinónimos.

²⁰ Aristóteles enuncia el principio de contradicción como sigue: "Es imposible que un mismo atributo se de y no se de simultáneamente en el mismo sujeto y en un mismo sentido... es imposible ser y no ser simultáneamente." Aristóteles, *Metafísica*, libro IV, 4. Edición trilingüe por Valentín GARCÍA YEBRA, 2a. ed., Ed. Gredos, España, 1990, p. 167.

²¹ COLÍN y CAPITANT, "La obligación puede ser definida como una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta respecto de otra a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir, a un hecho o a una abstención". COLÍN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, tomo 3, *Teoría general de las obligaciones*, 4a. ed. española, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 5.

²² AUBRY ET RAU, "Una obligación es la necesidad jurídica a consecuencia de la cual una persona está sujeta hacia otra a dar o hacer o no hacer alguna cosa". Citado por BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Porrúa, 8a. ed., México, 1982, p. 70.

²³ Marty, "La obligación es la institución jurídica en virtud de la cual una persona (llamada deudor) debe hacer que otra (llamada acreedor) se beneficie de una prestación

Pothier,²⁴ Gutiérrez y González²⁵ y Bejarano Sánchez.²⁶ Las definiciones propuestas por estos autores son parciales e incompletas, porque pretenden explicar a la obligación mediante uno solo de sus elementos que es la deuda. Asimismo, la mayoría de ellos define a la obligación con un sinónimo: la necesidad jurídica, por lo que consideramos que sus conceptos son incorrectos por incompletos y porque violan el principio lógico de que lo definido no debe entrar en la definición. Sería tanto como pretender señalar al hombre como "humano racional", siendo que hombre y humano son sinónimos. Una definición correcta es la que establece el género próximo y la diferencia última del concepto que se pretende conocer, las definiciones que se comentan no expresan ese género próximo y por lo tanto deben ser consideradas como erróneas.

Por lo que ve al concepto que propone Marty, quien afirma que la obligación es una "institución jurídica", consideramos que también es incorrecta, ya que la institución jurídica no es el género próximo de la obligación, sino su género supremo. Sería tanto como intentar definir al hombre como sustancia racional, ya que sustancia no es el género inmediato de hombre, y sí lo es el de animal.

Como se puede apreciar de los conceptos propuestos por los autores antes citados, se intenta definir al concepto de *obligación* a través de uno solo de sus elementos constitutivos, es decir, a través de la explicación de la conducta que corresponde a cada uno de los sujetos, acreedor o deudor, o en el mejor de los casos identificando a la obligación con el vínculo jurídico que los une, pero todos ellos lo

positiva o de una abstención". G. MARTY, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, vol. I, Cajica, Puebla, 1952.

²⁴ POTHIER, "*Obligaciones o compromisos personales*, son un lazo de derecho, que nos restringe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa". POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Ed. Heliasta, Argentina, 1993.

²⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, "*Obligación en un sentido amplio, es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o a favor de un sujeto que ya existe*". GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Ed. Porrúa, 12a. ed., 1a. reimp., México, 1998.

²⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, "*Obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer de no hacer*". BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, Ed. Harla, 3a. ed., México, 1990, p. 7.

hacen en forma separada e independiente.²⁷ Una definición que intenta determinar la esencia de un concepto mediante la explicación de uno solo de sus componentes confunde el todo por la parte, y en ese sentido consideramos que todas esas definiciones son incorrectas, por incompletas y porque violan los principios lógicos que rigen el arte de definir.

Estamos convencidos de que la obligación es una *relación jurídica*²⁸ y que esta figura es el género próximo del concepto de obligación. Sin embargo, los autores que reconocen en la obligación una relación jurídica se quedan cortos al tratar de establecer las cualidades o diferencias específicas que la distinguen de otras relaciones jurídicas, pues como señalamos con anterioridad, la identifican incorrectamente con el vínculo jurídico o sólo explican una parte de la relación.

Otro error común es el uso inadecuado del vocablo *obligación*. Aun cuando el concepto *obligación* se aplica con toda propiedad para designar la relación jurídica en su integridad, también puede emplearse correctamente para designar el aspecto pasivo de esa relación y así es común llamar obligación al deber jurídico que compete al deudor. El problema es que ese término se ha generalizado y en la actualidad es común utilizarlo para designar a todo deber jurídico, a tal grado que se han vuelto sinónimos los términos deber y obligación. Como dice De la Peza:²⁹ "esta sinonimia debe evitarse en el lenguaje jurídico, en el que la forma frecuentemente se vuelve fondo".

²⁷ Vid. BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 71. "Si comparamos estas definiciones podemos observar que en unas se caracteriza la obligación como vínculo; en otras se sustituye la palabra vínculo por relación jurídica. En otra se habla de necesidad jurídica. En todas se alude al objeto de la obligación, diciendo que por virtud de la obligación el deudor debe dar, hacer o no hacer, o en otros términos ejecutar una prestación o someterse a una abstención. Unas definiciones ven el aspecto pasivo de la obligación refiriéndose al estado del deudor; otras ven el aspecto activo, el del acreedor, teniendo la facultad de exigir algo al deudor".

²⁸ No piensa así SEPÚLVEDA SANDOVAL, quien llega al extremo de hacer una identificación plena entre el deber jurídico que corresponde al deudor y la *obligación*, y por ello afirma: "...si la obligación fuera una relación, entendiéndose por ésta un enlace o conexión entre acreedor y deudor, no existiría la misma sino hasta que se diere el referido enlace; lo cual, como ya hemos advertido, no se produce en tal forma cuando hay indeterminación de cualquiera de los sujetos pues ya hemos visto que la obligación existe con anterioridad a la circunstancia de que se realice o no la citada conexión". Vid. SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *op. cit.*, p. 29.

²⁹ DE LA PEZA, José Luis, *De las obligaciones*, Ed. McGraw Hill/Interamericana, México, 1997, p. 2.

Analizaremos en el próximo apartado lo que debe entenderse por una relación jurídica obligatoria, para luego explicar sus especies, a saber: la relación jurídica obligatoria simple y la sinalagmática.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA, EL NUEVO CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

Como ha quedado señalado en el punto anterior, la *obligación* es una relación jurídica compleja. Pero existen otras relaciones jurídicas que debemos distinguir de aquellas que corresponden al derecho de las obligaciones.

1. Los distintos tipos de relaciones jurídicas

En ese sentido, debemos distinguir las relaciones jurídicas patrimoniales de otras que no tienen ese carácter, como las relaciones jurídicas emanadas del derecho familiar, de los derechos políticos, de los derechos de la personalidad (como son el derecho a un nombre, a la imagen, al honor, etc.), así como a la libertad y a la vida misma. Estos derechos están desprovistos de un valor económico. La diferencia se basa en los distintos intereses protegidos por el derecho. En las primeras, el valor jurídicamente protegido es esencialmente de naturaleza económica, y por ello se dice que un interés es patrimonial, cuando puede ser valorado económicamente, es decir, estimado en dinero.

Por su parte, las otras relaciones ya mencionadas también generan derechos y deberes jurídicos recíprocos entre los sujetos que las conforman, que son debidamente protegidos por el derecho, pero esas relaciones (salvo, por ejemplo, en el caso de la obligación de dar alimentos derivada del parentesco y del matrimonio),³⁰ no generan relaciones obligacionales, entendidas éstas como las que se dan entre el derecho de crédito y su correlativo deber jurídico.

Dentro de las relaciones jurídicas patrimoniales encontramos aquellas que nacen de los derechos reales y las que derivan del derecho de las obligaciones. Las principales diferencias entre derechos reales y obligaciones son las siguientes:

³⁰ Artículos 301 al 323 del Código Civil Federal (en adelante CCF).

- (i) Los derechos reales son *numerus clausus*, mientras que las obligaciones pueden crearse en forma infinita, atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad.
- (ii) En las relaciones jurídicas que nacen de los derechos reales, el sujeto pasivo es indeterminado, es un sujeto pasivo universal. En las obligaciones, el sujeto pasivo está individualmente determinado, es el deudor.
- (iii) En los derechos reales, el titular tiene un poder directo e inmediato sobre una cosa, que le permite obtener de ella lo que sea susceptible de producir. En las obligaciones, el titular del derecho de crédito sólo puede exigir una prestación del deudor, o en su caso la indemnización correspondiente.
- (iv) El derecho real genera una acción real persecutoria del objeto, que permitirá exigir el derecho en contra de quien tenga la cosa. En las obligaciones la acción es personal en contra del deudor o de sus causahabientes a título universal.
- (v) Finalmente, en los derechos reales no se requiere la colaboración de nadie para su ejercicio. En las obligaciones se requiere la colaboración del deudor.³¹

2. La patrimonialidad como característica esencial de las relaciones jurídicas obligatorias

Una vez acotada la diferencia que existe entre las relaciones jurídicas obligatorias y aquellas que emanan de los derechos reales, es preciso señalar que la patrimonialidad es la diferencia última que distingue a la relación jurídica obligatoria de otras relaciones jurídicas.³²

La patrimonialidad de la obligación ha sido un tema ampliamente debatido. Los doctrinistas se han preguntado si sólo pueden ser materia de obligaciones las prestaciones valorables en dinero o, por el

³¹ Vid. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo III, Ed. Porrúa, 5a. ed., México, 1981, p. 50.

³² En ese mismo sentido se pronuncia DE LA PEZA: "Por tanto, para llegar al concepto de obligación tenemos que encontrar la diferencia específica, es decir, la o las características que la distinguen de las demás relaciones jurídicas. En este caso, tal diferencia se concreta a que su contenido es sustancialmente patrimonial, esto es, en la obligación la pretensión del sujeto activo y la prestación del sujeto pasivo son estimables en dinero". DE LA PEZA, José Luis, *op. cit.*, p. 1. También MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *op. cit.*, p. 8.

contrario, puede una prestación que no tenga carácter económico formar parte de una obligación.

Autores como Savigny y otros juristas de la Escuela Histórica, sostuvieron que en el derecho romano se exigía que el contenido de toda prestación fuera de carácter económico, e incluso que el interés del acreedor fuera a su vez patrimonial, excluyendo del derecho de las obligaciones cualquier conducta que no encajara en ese matiz económico. A esta teoría se le denomina como Doctrina Clásica y tiene su fundamento en un texto de Ulpiano que decía: "puede ser objeto de obligaciones todo aquello de lo cual podamos liberarnos con dinero".³³

La Doctrina Clásica antes señalada fue duramente criticada, principalmente por los autores alemanes del siglo XIX como Ihering y Windscheild,³⁴ quienes señalaron la absoluta posibilidad de que tanto el interés del acreedor como la prestación del deudor fueran de carácter moral o afectivo y no necesariamente patrimonial. Señalaron también que el derecho moderno admite la posibilidad de ejecución de todo tipo de obligaciones de dar, hacer y no hacer, por lo que perdía toda justificación la reducción económica de la obligación que exigía el derecho romano.

Frente a esas dos posturas existen también las llamadas tesis intermedias, que distinguen entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del interés del acreedor. Sus seguidores sostienen que es el interés del acreedor el que puede estar exento de ese carácter económico, pero que, sin embargo, la prestación que debe cumplir el deudor, necesariamente debe revestir un carácter patrimonial.

Lo anterior quiere decir que en materia de obligaciones, el contenido del deber jurídico del deudor precisa ser estimable en dinero, aunque para el acreedor no constituya un interés de ese tipo. Así, por ejemplo, si un benefactor contrata a un ingeniero para que proyecte y construya un asilo para ancianos, como una mera liberalidad, el interés del benefactor no será económico, pero sí lo será la prestación que el deudor debe cumplir y por ello puede ser estimada en dinero.

³³ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, tomo II, *Las relaciones obligatorias*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 85.

³⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de las obligaciones*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 63.

En ese sentido, basta que el interés del acreedor sea un interés digno de protección jurídica, mientras que la prestación que el deudor debe cumplir, debe ser valorable económicamente.³⁵ Por ello se ha dicho que la obligación del deudor es la de comprometer su cooperación y empeño para que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés. Ese interés del acreedor puede ser de tipo patrimonial o económico, pero también de tipo ideal, intelectual, espiritual o afectivo.³⁶

Dejando a un lado a las tres doctrinas antes señaladas, podemos afirmar que, en la actualidad, las conductas extrapatrimoniales merecen la protección de la ley, y por ello la doctrina moderna, en su mayoría, se ha adherido a la posibilidad jurídica de que puedan ser materia de obligaciones.

Sin embargo, consideramos que las prestaciones extrapatrimoniales, para que puedan ser objeto de una obligación, precisan estar vinculadas con algún interés económico de las partes, ya que como lo mencionamos con anterioridad, la patrimonialidad es una característica esencial en esta materia. Por ello estimamos que es necesario establecer los requisitos para que una prestación no económica pueda ser exigible por el acreedor y que este último pueda utilizar la coercibilidad que otorga el derecho de las obligaciones. Es indispensable distinguir entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación, tema que trataremos en el siguiente apartado.

3. La patrimonialidad de la prestación y la patrimonialidad de la obligación

Es la obligación, entendida como esa relación jurídica total, en su integridad, la que precisa tener un carácter patrimonial, pues esa es la característica que la diferencia de otras relaciones jurídicas. La patrimonialidad se deriva del hecho de que la obligación es el cauce idóneo para satisfacer los intereses económicos de las personas; sin embargo, no es necesario, para su validez, que la prestación que debe cumplir el deudor sea estimada en dinero, ni mucho menos que el interés del acreedor sea de carácter económico.

³⁵ En ese sentido se pronuncia DE LA PEZA, José Luis, *op. cit.*, p. 5.

³⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, tomo II, *Las relaciones obligatorias*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 237.

Trataré de explicar esta aparente contradicción. El compromiso asumido por una persona de satisfacer una prestación de carácter extrapatrimonial (que pueden derivar de intereses culturales, humanitarios, morales o afectivos), puede ser tutelado por el derecho, a pesar de no tener contenido económico. No obstante lo anterior, para ser considerado como prestación de carácter obligacional, debe estar vinculado, de alguna forma, al mundo económico.

El problema es determinar cómo puede conectarse una conducta extrapatrimonial con la posibilidad de valoración económica que debe revestir a la obligación. La solución se encuentra en el hecho de que la prestación extrapatrimonial tenga cualquiera de las siguientes características:

- a) *Todas las prestaciones de dar tienen carácter patrimonial.* Si la prestación es de dar, la cosa objeto de la misma tendrá valor económico intrínseco, aunque el interés del acreedor, del deudor o de ambos no sea de carácter económico. Cuando una persona se obliga a donar ropa a un asilo de ancianos, ni el interés del acreedor ni la intención del deudor serán de carácter económico, pero la obligación en su integridad sí será patrimonial, pues la ropa tiene valor por sí misma.
- b) *La prestación extrapatrimonial forma parte de un contrato.* La prestación extrapatrimonial puede formar parte de un entorno o marco jurídico de carácter económico. Ese entorno económico lo constituye, generalmente, el contrato que le da origen. Por ejemplo, la obligación de no tener animales en el local arrendado o la de no subir el volumen de la música, son deberes que pueden formar parte de un contrato de arrendamiento con claro sentido económico.
- c) *Se establece una pena convencional por el incumplimiento.* Las prestaciones extrapatrimoniales pueden ser valoradas artificialmente en dinero cuando se fija una pena convencional por su incumplimiento.
- d) *Se pacta una contraprestación por el cumplimiento de una prestación extrapatrimonial.* Finalmente, las prestaciones extrapatrimoniales podrán ser consideradas como exigibles por el derecho de las obligaciones, cuando se ha pactado una contraprestación por su cumplimiento. Incluso cuando dos partes se

obligan recíprocamente al cumplimiento de prestaciones extrapatrimoniales podrán recurrir a los tribunales para exigir el cumplimiento.

Por todo ello creemos que no puede confundirse la *patrimonialidad de la prestación* con la *patrimonialidad de la obligación*. Son las prestaciones las que pueden ser afectivas, morales, intelectuales o espirituales, pero en materia de obligaciones será requisito indispensable que formen parte de un negocio jurídico con un claro contenido patrimonial. Si la prestación no tiene ese carácter, no podrá ser considerada como materia de la relación jurídica obligatoria, y debemos buscar su naturaleza en el mundo de la moral, la religión, los convencionalismos sociales o, en su caso, en algún otro derecho que no sea el de las obligaciones.

En ese sentido es imposible concebir que una prestación sin ningún alcance económico constituya el único objeto de una obligación, puesto que la función primordial del derecho de las obligaciones, como ya lo hemos dicho, es constituir un cauce para la cooperación económica entre las personas. Por ello, si entendemos a la obligación como toda la relación jurídica de carácter patrimonial, es decir, en su integridad, es imposible concebir obligaciones cuyo contenido sea exclusivamente extrapatrimonial.³⁷

4. Naturaleza jurídica de la relación jurídica obligatoria

Una vez determinado el campo de acción de las *obligaciones*, respecto de otro tipo de relaciones patrimoniales, nos concentraremos en el estudio de la verdadera naturaleza jurídica de las primeras.

Como ya lo hemos mencionado, para entender esta figura no basta el simple señalamiento de sus elementos constitutivos, sino que es preciso ahondar en las relaciones especiales que se establecen entre los sujetos involucrados. La obligación, desde el punto de vista jurídico es una relación compleja que no se agota en el derecho personal o de crédito que corresponde al acreedor, ni mucho menos, en el deber jurídico que tiene el deudor. Es un sistema jurídico que impli-

³⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.*, p. 88.

ca una trama o correlación de derechos y obligaciones recíprocos, que corresponden a cada uno de los sujetos de la relación, en virtud de la situación jurídica que ocupan en la misma. Esos derechos y deberes deben ser estudiados y presentados en forma completa y no en la forma parcial y limitada como tradicionalmente lo ha hecho la doctrina.

Ya en 1899 Marcel Planiol y Georges Ripert³⁸ explicaron esta relación compleja, señalando la diferencia sutil que existe entre la relación "total" que debe denominarse *obligación* y la deuda y el crédito en que se descompone esa relación. Así en su *Traité Élémentaire de Droit Civil* señalan lo siguiente:

"La noción de obligación ha sido ya analizada, y opuesta al derecho real, con el nombre de derecho de crédito. Recordemos que consiste en una relación jurídica entre dos personas, una de las cuales es acreedora y la otra deudora. La relación total se llama obligación; considerada, especialmente, del lado pasivo, recibe el nombre de deuda, y el de crédito, si se considera del lado activo. Pero la palabra obligación con frecuencia se toma en su sentido restringido como sinónimo de deuda".

No obstante la gran influencia que la obra de Planiol tuvo en el mundo entero, son contados los autores que comprendieron el concepto de relación total que implica la *obligación*,³⁹ y en ese sentido la mayoría continuaron confundiéndola con sus elementos constitutivos, es decir, con el derecho de crédito y con la deuda.

Los códigos civiles regulan, y la mayoría de los autores nacionales estudian a la obligación como una suma de derechos y deberes correlacionados, con las consiguientes acciones y atribuciones que se derivan de ellos, pero no profundizan en la relación vital que subyace

³⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT Georges, *Derecho civil*, Parte B, vol. 4, trad. Leonel Pereznieta Castro, Ed. Harla, México, 1997, p. 613.

³⁹ Entre ellos se encuentra el gran jurista alemán VON TUHR quien definió a la obligación haciendo mención de sus tres elementos clásicos: el vínculo, los sujetos y el objeto. Asimismo explicó la forma como se relacionan entre ellos. Su definición dice: "Dase al nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas —el deudor, debitor— se constituye en el deber de entregar a la otra —acreedor, creditor— una prestación. Enfocada desde el punto de vista del acreedor, la obligación implica un crédito; para el deudor, supone una deuda". VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, tomo I, Ed. Reus, 1a. ed., Madrid, 1934, p. 1.

en esa relación y la convierte en un sistema complejo que debe ser estudiado como un todo o como un marco.

De acuerdo con la naturaleza propia de las relaciones complejas, en el verdadero concepto de *obligación*, la posición del deudor no está sólo conformada por deberes, sino también por facultades. De igual modo, a la parte acreedora no podemos sólo atribuirle derechos, pues también tiene deberes o cargas jurídicas que debe cumplir. Esos derechos y deberes son determinados por la posición que ocupa cada uno de los sujetos en la relación y por la institución jurídica que la rige y le otorga su juricidad.

Por ello, en la actualidad se estudia a la obligación como un organismo o un proceso, y los autores modernos prefieren utilizar el término *Relación jurídica obligatoria*. Este último concepto entiende a la obligación como una organización encaminada a un fin económico específico; señala que la relación en su conjunto y sus elementos aparecen formando una urdimbre que atraviesa por fases diferentes hasta alcanzar su finalidad, pero que una vez alcanzada, no desaparece del mundo jurídico, sino que conserva su trascendencia como causa y fundamento de los derechos y deberes atribuidos a las partes. Cuando el vendedor ha entregado la mercancía y el comprador pagado el precio, la relación de compra-venta, en cuanto tal, se extingue, pero seguirá existiendo en el mundo jurídico como causa y fundamento de la propiedad del comprador.⁴⁰

Por todo lo anterior, consideramos que para aprehender en su totalidad el fenómeno obligatorio, debemos mejor hablar de una *Relación jurídica obligatoria*,⁴¹ concepto que no sólo precisa el género

⁴⁰ DIEZ PICAZO, Luis, *op. cit.*, p. 127.

⁴¹ El concepto lo propone, entre otros, BLASCO GASCÓ, quien dice: "La mera conexión o correlación entre un crédito y una deuda como situaciones contrapuestas no explica completamente todo el fenómeno obligatorio. Por ello, como acabo de decir, es preferible hablar de relación jurídica obligatoria. Con esta expresión nos referimos al complejo fenómeno o a la compleja y sucesiva situación en que se encuentra un acreedor y un deudor. En esta concepción no cabe duda que la relación obligatoria se centra en dos polos o posiciones, una activa y otra pasiva; pero significa también la aprehensión de las mismas no como situaciones aisladas o independientes salvo en su correlación, sino como una relación total, global, dirigida a la realización de intereses y fines de naturaleza económica dignos de tutela jurídica. La posición acreedora y la posición deudora no son, entonces, dos posiciones antagónicas o encontradas sino dos situaciones que confluyen en un marco de libertad y de cooperación y colaboración (prestación de servicios y de bienes) económica y social". Vid. VALPUESTA

próximo del objeto que pretendemos definir, sino que evita la confusión entre *obligación* y *deber jurídico*, y nos permite ser más puntuales en su descripción.

En la *Relación jurídica obligatoria* así entendida, debemos distinguir el contenido principal de la obligación, —que no es otro que la prestación que el deudor debe cumplir a favor del acreedor—, de aquellos derechos y deberes secundarios que están siempre presentes en toda relación jurídica obligatoria y que le imprimen su carácter de relación compleja. Para comprender mejor esta posición, podemos analizar la relación jurídica obligatoria que surge del contrato de arrendamiento. Ambas partes están obligadas recíprocamente a cumplir con las prestaciones principales que tienen su fundamento en el contrato y en la ley, como sería el deber del inquilino de pagar la renta y el correlativo del arrendador de permitir el uso pacífico del bien. Pero al lado de estos deberes principales existen otras facultades y deberes secundarios, que se encuentran implícitos en toda relación jurídica obligatoria, y que pueden exigirse por el acreedor y deben cumplirse por el deudor a pesar de que no se haya pactado nada al respecto. Así, el arrendador tiene el deber de permitir que el deudor se libere de su obligación de pago, mientras que el inquilino tiene el derecho de oponer al arrendador las excepciones que procedan por la exigencia inoportuna del pago de la renta, por mencionar sólo alguno de esos derechos y deberes accesorios.

5. Relaciones jurídicas obligatorias unilaterales y sinalagmáticas

Toda *Relación jurídica obligatoria* es siempre una relación compleja. Sin embargo, atendiendo exclusivamente a la prestación principal, puede ser *simple*, también llamada *unilateral*, o *sinalagmática*. Será *unilateral* cuando solamente una de las partes de la relación se encuentra obligada a cumplir con una prestación principal, mientras que en las *sinalagmáticas* ambas partes se encuentran obligadas re-

cíprocamente al cumplimiento de prestaciones principales. Por ejemplo, la relación jurídica que nace de la declaración unilateral de la voluntad (cuando se determina el sujeto activo) o del contrato de donación pura y simple, es unilateral. Por otro lado, la relación jurídica que se produce entre el vendedor y el comprador en un contrato de compra-venta, será siempre sinalagmática, ya que estarán recíprocamente vinculados al cumplimiento de prestaciones principales, como son la transmisión de la propiedad de la cosa y la entrega del precio.

Tradicionalmente se ha venido explicando el concepto de *obligación*, mediante su versión más simplista, la *relación jurídica obligatoria unilateral*, en la que se explica su funcionamiento enfrentando a un solo acreedor con un solo deudor, vinculados por una relación jurídica simple en la que el deudor tiene el único deber de cumplir con una sola prestación claramente determinada y sin hacer mención a los demás derechos y deberes accesorios que ya mencionamos.

Esta forma de explicar a las obligaciones es impropia pues está alejada de la realidad. En la vida diaria son mucho más frecuentes las relaciones jurídicas obligatorias sinalagmáticas, por la sencilla razón de que la mayoría de las obligaciones son creadas por contratos y de éstos casi la totalidad son bilaterales. Por ello es importante conocer las características principales de este tipo de relaciones jurídicas, las que brevemente expondremos a continuación.

IV. LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA SINALAGMÁTICA

La *Relación jurídica obligatoria sinalagmática* tiene un régimen legal especial que la caracteriza y que tiene su fundamento precisamente en la reciprocidad de las prestaciones principales. Dicho régimen se manifiesta fundamentalmente en la existencia de figuras jurídicas como el pacto comisorio, la excepción de contrato no cumplido, el régimen especial de la mora y el derecho de retención, que brevemente explicaremos a continuación.

- a) *El pacto comisorio*. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, por lo que en caso de incumplimiento, el perjudicado puede escoger entre resolver la obligación o exigir su cumplimiento, con el resarcimiento

FERNÁNDEZ, Ma. R. (Coord.), F. BLASCO GASCÓ y otros, *Derecho civil, obligaciones y contratos*, 3a. ed., Tirant Lo Blanch Libros, Valencia, España, 1998, p. 54. Lo mismo opina Dieter, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Ed. española de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1a. ed., 1995.

de daños y perjuicios en ambos casos. A esta facultad implícita se le denomina *pacto comisorio tácito* (Art. 1949, CCF). La facultad resolutoria puede también pactarse expresamente, y en este caso nos encontramos ante la hipótesis del *pacto comisorio expreso*, en el que la resolución del vínculo obligatorio opera de pleno derecho a partir del incumplimiento y sin que sea necesaria la intervención judicial para declarar este suceso.⁴²

- b) *La excepción de contrato no cumplido*. Por otro lado, la parte demandada a la que se le exija la resolución o el cumplimiento de una obligación sinalagmática, podrá oponer a su contraria la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) o la excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*), con lo que el demandado podrá frenar la pretensión de la actora, mientras esta última no cumpla con su respectivo deber.
- c) *Régimen especial de mora y derecho de retención*. En materia de obligaciones sinalagmáticas existe un régimen especial de la mora, que establece, por lo general, que mientras una de las partes no cumpla, la otra no se coloca en mora (Art. 2286, CCF) y, por el contrario, desde que una de las partes cumple, la otra se coloca en mora.⁴³

⁴² El Código Civil para Jalisco es uno de los que regulan el *pacto comisorio expreso*: Art. 1784. La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber pedido su cumplimiento, cuando éste fuera imposible. Esta facultad opera de pleno derecho y se tendrá por resuelta la obligación, siempre y cuando: I. Sea consignado ante la autoridad judicial lo recibido como contraprestación hecha la deducción de los daños y perjuicios o en su caso la pena convencional. II. Se haga saber tal determinación judicialmente a la otra parte. III. Que transcurran treinta días naturales contados a partir del siguiente al que se hizo saber la determinación a que alude la fracción anterior, sin que el notificado demande ante el mismo juzgado que le notificó y acredite haber cumplido las obligaciones que le competen. Cuando la autoridad judicial declare improcedente la oposición, la resolución surtirá efectos a partir de la fecha de la notificación.

⁴³ El Código Civil Español regula expresamente la mora en las obligaciones recíprocas como sigue: Art. 1100. ... En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Lo anterior plantea diversos problemas. El primero consiste en determinar quién debe cumplir primero con su deber, y la respuesta es que las obligaciones recíprocas, salvo que tengan un término, deben cumplirse al mismo tiempo. El segundo problema consiste en determinar qué sucede si antes de que la obligación sea exigible, una de las partes estuviera en peligro de ver incumplida la prestación debida, ya sea porque el obligado haya caído en estado de insolvencia (Art. 2287, CCF), o porque el que se obligó a pagar el precio a plazo, tuviera el temor fundado de verse perturbado en la posesión o derecho que hubiera adquirido por virtud del contrato (Art. 2299, CCF).

En este caso la ley otorga la facultad de retener la prestación debida y con ello la legitimidad para no cumplir con lo que a su vez se comprometió sin incurrir en mora.⁴⁴ A esta facultad se le denomina *derecho de retención* y se encuentra regulado en forma particular para diversos contratos que producen obligaciones sinalagmáticas (Arts. 810, 2422, 2533, 2586, 2587, 2602, 2644, 2669, CCF).

V. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA

Dejando a un lado el régimen especial de las relaciones jurídicas obligatorias sinalagmáticas, y atendiendo al contenido de toda obligación, debemos señalar que tanto en las relaciones jurídicas obligatorias unilaterales como en las sinalagmáticas, además de las prestaciones principales, existen deberes accesorios o secundarios, a cargo de cada una de las partes de la relación.

Para comprender en plenitud la existencia de las facultades y deberes de carácter principal y accesorio a que hemos hecho referencia, es necesario desmembrar a la *Relación jurídica obligatoria*, para explicar sus elementos en forma separada y a la vez en la forma en que se interrelacionan.

Entendida la relación jurídica obligatoria como una relación compleja y total, es claro que sus elementos constitutivos son dos: las

⁴⁴ Vid. LÓPEZ MONROY, José de Jesús, en su comentario al artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, (hoy Código Civil Federal), editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, tomo IV, 3a. ed., 1997.

partes y el *objeto* de la obligación. El vínculo que los une no es ya un elemento de la obligación, sino su género próximo.

1. Primer elemento de la relación jurídica obligatoria: las partes

Toda relación jurídica es una relación entre personas y no entre patrimonios. Por ello, la relación jurídica obligatoria es el núcleo que vincula y sujeta a dos partes llamadas *acreedor* y *deudor*. Tradicionalmente se ha señalado que al acreedor corresponde una posición activa o de poder en la relación jurídica, mientras que al deudor le corresponde una sumisión o posición pasiva. Tomando en cuenta que la relación jurídica está siempre sometida a una institución jurídica que le otorga juricidad, el acreedor tiene o es titular de un derecho subjetivo, denominado *derecho personal o de crédito*, que le permite exigir al deudor una determinada conducta. El deudor, por su parte, es titular y por ello le corresponde el cumplimiento de un *deber jurídico*, al que en forma común pero defectuosa, se le ha llamado también obligación, pero que por ningún motivo debe confundirse con ese término, que debe quedar reservado para denominar a la relación jurídica total.

Como ya lo hemos mencionado, la identificación del término “deber jurídico” con el de “obligación” es del todo impropia, pero muy común entre los juristas, y ello constituye la razón principal por la que la mayoría de los autores confunden esos dos términos, llegando al extremo de tratar de explicar la teoría general de las obligaciones a partir de la función que corresponde realizar al deudor.

El término *obligación* debe quedar reservado para denominar a la relación jurídica en su integridad, y por ello es equivalente del que proponemos para determinar esta figura jurídica, es decir el de “*Relación jurídica obligatoria*”. Como ya lo señalamos, es preciso reservar el término *deber jurídico* únicamente para denominar la conducta que debe prestar la parte deudora en la relación obligatoria.⁴⁵

⁴⁵ En relación con este uso preciso del lenguaje jurídico, DE LA PEZA afirma: “Es importante insistir que el concepto *obligación* se aplica con toda propiedad para designar la relación jurídica en su integridad, y por una analogía de participación puede emplearse correctamente para designar el aspecto pasivo de la relación, y así es común llamar obliga-

Insistimos nuevamente que la nota fundamental que caracteriza a la relación jurídica que vincula a las dos partes es su complejidad, ya que ni el acreedor ni el deudor tienen posiciones conceptuales “químicamente puras”. En la práctica resulta que al acreedor, a quien desde el punto de vista meramente teórico debieran corresponderle solamente derechos subjetivos, tiene también deberes o cargas frente al deudor. Por otro lado, el deudor no únicamente tiene el deber de cumplir con la prestación debida, sino que también le corresponde el derecho de liberarse de su deber, sólo por mencionar alguno de los derechos que puede oponer al acreedor.

Así las cosas, es obvio que la posición de cada una de las partes en la relación jurídica obligatoria está conformada por distintos derechos subjetivos y deberes, establecidos para satisfacer sus necesidades económicas. A manera de ejemplo y con la única intención de hacer evidente esta multiplicidad de derechos y obligaciones que corresponde a cada parte, a continuación enunciamos los siguientes.

A. Derechos del acreedor

Facultad del acreedor para exigir la prestación principal. Al acreedor corresponde la facultad principal de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación. El cumplimiento espontáneo de las prestaciones es el fin inmediato de las obligaciones, por lo que esta exigencia sólo procede cuando el deudor ha incumplido, de ahí que resulte pertinente la explicación de los conceptos de *schuld* y *haftung* intro-

ción al deber jurídico que compete al deudor. En la práctica, sin embargo, por una analogía impropia, se ha hecho extensiva la aplicación del término a todo deber jurídico, de manera que en el lenguaje ordinario se han vuelto términos sinónimos deber y obligación. Esta sinonimia debe evitarse en el lenguaje jurídico, en el que la forma frecuentemente se vuelve fondo. En efecto, resulta muy importante que el jurista se exprese con el empleo adecuado de las palabras que tienen una significación específica en el derecho, de tal manera que su solo enunciado permita su ubicación en el orden normativo y así, cuando se dice obligación para referirse a un deber, ha de entenderse la necesidad de aplicar el régimen normativo relativo a las obligaciones y, por tanto, a las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Desde este punto de vista eminentemente práctico, puede notarse que sería del todo inadecuado llamar obligación al deber de votar en las elecciones, por ejemplo, para después llegar a la conclusión de que el incumplimiento de este deber no tiene ninguna de las consecuencias que la ley establece para el incumplimiento de las obligaciones”. DE LA PEZA, José Luis, *op. cit.*, p. 2.

ducidos a la teoría de las obligaciones por los pandectistas alemanes, quienes descubren esos elementos implícitos en la obligación romana, lo que ha ocasionado que algunos autores los consideren como elementos internos o intrínsecos de la obligación.⁴⁶

El *schuld* es la deuda, mientras que el *haftung* es la responsabilidad que surge por el incumplimiento. Según los pandectistas alemanes, sólo puede existir obligación (entendida ésta en el sentido del deber jurídico correlativo al derecho de exigencia del acreedor), cuando el deudor incumple, pues sólo en ese caso se actualiza el derecho del acreedor de exigir la prestación. Mientras no exista incumplimiento, el deudor sólo tiene un deber jurídico que no puede ser reclamado por el acreedor. Este deber jurídico es el *schuld*.

Analicemos la relación jurídica obligatoria que surge de un contrato de mutuo a plazo. Mientras el plazo no venza, el deudor sólo tiene el *schuld*, y el acreedor no podrá exigirle el pago. Pero si al vencer el plazo el deudor no cumple su prestación en forma espontánea, entonces el acreedor podrá exigir su cumplimiento, dando nacimiento a la figura del *haftung* o responsabilidad.⁴⁷

El derecho subjetivo de exigir la prestación a que el deudor se obligó, está acompañado de la posibilidad que tiene el acreedor de hacer uso de los medios coercitivos establecidos por la ley y que le permiten utilizar la fuerza pública para lograr el cumplimiento de la prestación, ya en especie o en equivalente, según sea el caso. Esta posibilidad sólo puede entenderse en virtud de que la relación jurídica obligatoria está sujeta a una institución jurídica que la norma y le da su poderío jurídico.

Facultad del acreedor para ejercer las acciones tendientes a la conservación del crédito y a la protección contra la insolvencia del deudor. Además de la facultad principal antes señalada, al acreedor corresponden otras facultades accesorias, como las tendientes a la conservación de su crédito y a la protección contra la insolvencia del deudor. Como ejemplo de dichas facultades tenemos las acciones que la ley concede en protección al acreedor, como la ac-

⁴⁶ Vid. DE LA PEZA, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷ Los términos *schuld* y *haftung* tienen sus equivalentes en español: deuda y responsabilidad. No obstante lo anterior, la doctrina ha aceptado los términos extranjeros, los que se han internacionalizado.

ción pauliana (Art. 2163, CCF), la *acción oblicua* (Art. 29, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y la *acción de declaración de la simulación* (Art. 2183, CCF), todas ellas destinadas a proteger al acreedor contra aquellos actos del deudor que produzcan su insolvencia, real o ficticia, en fraude o perjuicio de sus acreedores.

Facultad del acreedor de disponer de su crédito. Finalmente, el acreedor puede disponer de su crédito, ya sea transmitiéndolo, gravándolo o renunciando a él. La transmisión podrá hacerla por acto entre vivos, o bien *mortis causa*, sujetándose a las reglas establecidas por la ley para la cesión de créditos. Podrá ser en forma onerosa o gratuita o incluso en garantía. También podrá renunciar a su crédito en forma parcial o total, mediante una *quita* o la condonación total de la deuda (Arts. 2029 a 2050, CCF).

B. Deberes y cargas de la parte acreedora

Como lo mencionamos con anterioridad, al acreedor no sólo corresponden derechos, sino también deberes o cargas. Dichos deberes constituyen límites al ejercicio del derecho, que en el caso del acreedor pueden derivar de la relación obligatoria principal o de los principios de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho.

Deberes del acreedor derivados de la relación obligatoria principal. El principal deber del acreedor es permitir que el deudor se libere de su obligación, en la forma y términos establecidos en el acto jurídico que le dio origen o en la ley en que se funda su existencia. Por ello, deberá recibir el pago y no podrá reclamar una prestación distinta a la pactada, ni exigirla fuera de tiempo o en lugar distinto del señalado para su cumplimiento (Art. 2078, CCF).

Deberes del acreedor derivados de la buena fe. Así como el deudor queda obligado no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley (Art. 1796, CCF), el acreedor tiene el deber de comportarse, en el ejercicio del derecho subjetivo que le corresponde, de acuerdo con los principios de la buena fe, que proscriben el abuso del derecho. En ese sentido deberá de abstenerse de realizar cualquier acto que impida al deudor liberarse de su obligación o bien que le haga más oneroso su cumplimiento, así como

de informarle de cualquier vicisitud que sea de su interés para el cumplimiento de la obligación.

Si el acreedor no cumple con su deber de cooperar y permitir al deudor que se libere de su deber, incurrirá en lo que la doctrina ha denominado *mora creditoris*. En este caso, el deudor podrá recurrir a los medios establecidos por la ley para liberarse de la obligación, como el ofrecimiento de pago seguido de la consignación (Art. 2097, CCF). O bien puede llegarse al extremo de que el deudor quede liberado de su obligación, por ser imposible su cumplimiento, dada la negativa o la oposición del acreedor —como en el caso de que un fotógrafo se obligara a tomar fotos de una persona que se niega a posar para él—, o bien porque su derecho caduque.

C. Deberes de la parte deudora

La situación en que se encuentra el deudor dentro de la relación jurídica obligatoria, implica que no sólo tiene deberes que cumplir, sino también derechos subjetivos que puede oponer al acreedor. Algunos de esos deberes y derechos son los siguientes:

Deber principal de cumplir con la prestación debida. Primeramente, al deudor corresponde el deber principal de cumplir con la prestación debida, en la forma en que se haya pactado, respetando los extremos de tiempo, lugar y modo que hayan sido pactados con el acreedor o que deriven de la ley (Arts. 2078 y siguientes del CCF).

Deberes accesorios derivados de la buena fe, los usos y la ley. Como un desarrollo del principio romano "*pacta sunt servanda*", además del deber principal, el deudor también debe cumplir con aquellos deberes que sean consecuencia de la buena fe, el uso o la ley (Art. 1796, CCF). Este principio, llamado en la actualidad "fuerza obligatoria", dispone que en todo acto jurídico, pero principalmente en los contratos y en la declaración unilateral de la voluntad, las partes y el autor no sólo se obligan a lo expresamente pactado, sino también a cumplir con los deberes que derivan de la regulación legal del acto jurídico, los que correspondan al acto jurídico conforme a los usos y la costumbre y, finalmente, los deberes derivados de la buena fe, que implican el comportarse con "hombría de bien" en el cumplimiento de los mismos.

En ese sentido, las normas contenidas en un contrato o en una declaración unilateral de la voluntad, son verdaderas normas de derecho, y como lo dice el Código Civil francés, tienen fuerza de ley para las partes.⁴⁸ Pero los deberes que derivan de los mismos no se limitan a la letra de lo expresamente pactado (Art. 1839, CCF).

Así, en primer término, tenemos los deberes esenciales, que son aquellos que derivan de la esencia misma del acto jurídico. Estos deberes esenciales son los que hacen que el acto jurídico sea lo que es y no otra cosa, y por lo tanto se sobreentienden y no pueden ser eliminados por las partes, pues si lo hicieran, lo desnaturalizarían. Un ejemplo de este tipo de deberes esenciales sería la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa, de la que no se puede desligar, pues desnaturalizaría al contrato de compra-venta.

Además de los esenciales, existen deberes naturales, que son aquellos establecidos por la ley para cierto tipo de actos jurídicos, y que por ello son obligatorios aunque las partes no los hayan pactado, pero que pueden ser eliminados en forma expresa. Un ejemplo de este tipo de cláusulas naturales lo encontramos en el deber de responder al saneamiento para el caso de evicción, que se presupone en todo contrato traslativo de dominio, pero que puede ser eliminado si las partes así lo acuerdan (Arts. 2120 y 2121, CCF).

Por último, tenemos las cláusulas accidentales, que establecen deberes específicos que las partes se imponen y que sólo existen si se crean expresamente.

En forma paralela a estos deberes surgidos de la voluntad de las partes y de la ley, existen aquellos deberes derivados de los usos y la costumbre. En este sentido, las partes están obligadas a respetar las reglas que el uso o la costumbre reiterada, como fuentes de derecho, han impuesto a las convenciones.

Finalmente, las partes o el autor de todo acto jurídico están obligados a observar buena fe en el cumplimiento de sus deberes, conduciéndose como hombres honrados en su ejecución, sin atenerse a la letra de lo expresamente pactado o de la ley. Actuará con mala fe aquel que pretenda obtener un beneficio injusto en detrimento de otro, o quien pretenda hacer más gravosa la ejecución de un deber jurídico.

⁴⁸ Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

D. Derechos de la parte deudora

Facultad de liberarse de la prestación principal y de utilizar los medios legales para ello. Son dos los principales derechos que corresponden al deudor frente al acreedor. El primero y principal es el derecho que tiene el deudor de liberarse de la obligación, que es correlativo al deber que tiene el acreedor de procurar la liberación del deudor y no obstaculizar el cumplimiento de la prestación, que ya analizamos. Este derecho implica también la facultad que tiene el deudor de utilizar los medios que la ley le brinda para liberarse de su obligación, cuando el acreedor ha incurrido en *mora creditoris*, y que ya hemos señalado.

Facultad del deudor de oponer excepciones y defensas. El segundo es el derecho accesorio que permite al deudor oponer al acreedor las excepciones que impidan a este último la exigencia de un derecho improcedente, como cuando intenta exigir una deuda pagada o prescrita, o cuando lo hace con anterioridad al vencimiento.

Derecho de retención. Finalmente, corresponde al deudor el ejercicio del derecho de retención, que ya hemos analizado al hablar de las características de las relaciones jurídicas obligatorias sinalagmáticas, a cuyo texto nos remitimos.

2. Segundo elemento de la obligación: el objeto

El último elemento de la Relación jurídica obligatoria es el objeto. Tradicionalmente se ha sostenido que el objeto de toda obligación es siempre una conducta o comportamiento del deudor, el llamado comportamiento de prestación, o simplemente: *prestación*. Dicha conducta puede consistir en un hecho, o en una abstención. Por ello se afirma que el objeto de las obligaciones consiste en un hecho positivo o en uno negativo. Dentro de los positivos los autores distinguen el "dar" del hacer. El dar consiste en la entrega de una cosa y el hacer es también un hecho, pero distinto a la conducta del dar.

La ley parece no coincidir con las posturas doctrinales. El artículo 1824 del CCF establece que son objeto de los contratos la *cosa* que el obligado debe dar y el *hecho* que el obligado debe hacer o no hacer. Como se puede apreciar, para la ley, el objeto del contrato, en las obligaciones de dar, es la propia cosa, y no la conducta que consistiría en el dar, lo que ha generado gran polémica entre los autores.

La forma en que se ha salvado esta aparente contradicción es afirmando que el objeto directo de los contratos es siempre la creación de obligaciones, y el contenido de estas últimas, como ya lo dijimos, es una prestación de hacer, no hacer o dar. En el caso de las prestaciones de dar, será objeto directo de la obligación, pero indirecto del contrato, la cosa que el deudor debe entregar. Esto tiene su fundamento en el concepto mismo del término *contrato*, el cual se define como el acuerdo de voluntades que crea y transmite obligaciones, por lo que se dice que su objeto siempre será ése, es decir, la creación o transmisión de obligaciones y no la cosa que es el objeto de la obligación. Esta posición doctrinal podría resumirse en la afirmación de que la cosa es el objeto del objeto del contrato.

Consideramos que es inútil esa diferenciación entre objeto directo e indirecto de los contratos. Es claro que, por lo que respecta a las obligaciones de hacer o no hacer, el contenido de la obligación siempre será una conducta, pero en el caso de las obligaciones de dar es imposible desasociar la conducta de la cosa materia de esa conducta. Pongamos por ejemplo al contrato de compraventa. La función de ese acto jurídico es crear la obligación de transmitir la propiedad de una cosa a cambio de un precio cierto y en dinero. Lo que persigue el comprador al celebrar el contrato no es la creación de esa obligación, sino la cosa misma, la que quiere en propiedad y por ello paga el precio correspondiente. Sería ridículo pensar que al comprador le bastaría la obligación del vendedor de transmitirle la propiedad; lo que realmente quiere es gozar de la cosa que ha comprado, tenerla en su poder, usarla e incluso abusar de ella. Por eso es ocioso distinguir entre el objeto directo del contrato —la creación de obligaciones— y su objeto indirecto —la cosa misma—, pues finalmente el fin que persigue el contratante no es otro que la obtención material de la cosa. Esto nos lleva a la conclusión de que en las obligaciones de dar, puede validamente señalarse que su objeto lo constituye la cosa que el deudor se ha comprometido a entregar, pues cosa y conducta, en las obligaciones de dar, se confunden y no pueden separarse.⁴⁹

⁴⁹ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, vol. 2, p. 598; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de las obligaciones*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 52, y ZANNONI, Eduardo A., *Elementos de la obligación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 121.

Por otro lado, es importante establecer la diferencia entre obligaciones de *medios* y obligaciones de *resultados*.⁵⁰ Esta distinción es útil para señalar con toda claridad cuál es el verdadero compromiso asumido por el deudor y, en consecuencia, determinar cuándo debe tenerse por cumplida su obligación. En las obligaciones de *medios*, el compromiso del deudor se limita a un despliegue de energía o actividad, sin tomar en cuenta el resultado que de esa actividad pueda derivar. Como ejemplo de lo anterior podemos señalar la obligación de un médico que se compromete a operar a un paciente; desde luego que la intención del profesional será la de curar o mejorar la condición física del enfermo, pero ese compromiso no está vinculado con el resultado de su intervención. Por el contrario, en las obligaciones de *resultado*, no se tendrá por cumplida la obligación del deudor por el simple despliegue de su esfuerzo, sino que se deben realizar los efectos jurídicos perseguidos por el acreedor, que generalmente consisten en una modificación efectiva de la realidad, ya jurídica, ya material. Como ejemplo de una obligación de *resultado* tenemos al carpintero que se obliga a fabricar una mesa para el acreedor. Hasta que entregue la mesa con las características pactadas cumplirá con su deber jurídico.

Las obligaciones de dar son siempre obligaciones de *resultado*, pues su misma naturaleza condiciona esa característica, en tanto que las obligaciones de hacer —distintas al dar— o las de no hacer pueden ser de medios o de resultado, según lo establezca la ley o lo hayan pactado las partes.

VI. DEFINICIONES

Con esa visión total y global del concepto, proponemos las siguientes definiciones de Relación jurídica obligatoria y de Relación jurídica obligatoria sinalagmática.

Por Relación jurídica obligatoria debemos entender la relación jurídica patrimonial, de carácter compleja y total, que vincula a dos partes, acreedora y deudora, mediante la cual, la primera tiene derecho a exigir y la

⁵⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.*, p. 238.

segunda el deber jurídico de cumplir, una prestación principal, que puede consistir en un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

La definición anterior señala con toda precisión que el género próximo de la obligación lo constituye la *relación jurídica patrimonial*, además de establecer dos de sus principales diferencias específicas: *compleja* y *total*. La palabra patrimonial distingue a la relación jurídica que nace del derecho de las obligaciones de aquellas otras relaciones jurídicas no patrimoniales, como las derivadas del derecho de familia, de los derechos políticos, etc. Asimismo el adjetivo “patrimonial” se refiere a toda la relación jurídica y no a la prestación en su individualidad, para significar que es la primera la que debe tener ese carácter y no la prestación, la que puede ser extrapatrimonial.

Por otro lado, la obligación tiene el carácter de compleja, porque no puede ser explicada de la manera simplista y limitada como lo venía haciendo la doctrina, enfrentando un solo acreedor a un solo deudor, quien debía cumplir una única prestación. Como ha quedado señalado, ambas partes tienen derechos y deberes recíprocos, principales y accesorios, lo que otorga a las relaciones jurídicas obligatorias ese carácter complejo.

La palabra total implica que la obligación debe entenderse en forma completa, en su integridad, como un sistema que vincula a las partes en forma compleja, desde el punto de vista de la situación en que se encuentra cada una de ellas frente a su contraria, y no sólo desde la óptica del deber jurídico que corresponde realizar al deudor, o del derecho subjetivo del acreedor.

Asimismo se incluyen en la definición a las dos partes, acreedora y deudora, señalándole a cada una de ellas el rol que le corresponde dentro de la relación. La inclusión de ambas partes en la definición tiene un doble propósito, romper con la tradición que erróneamente identificaba a la obligación con el derecho de crédito o con el deber jurídico, y señalar expresamente el carácter bilateral de toda obligación, que hace que los términos derecho-deber jurídico y acreedor-deudor, sean correlativos, pero que no puedan considerarse como sinónimos. Por otro lado, el concepto de parte sugiere la posible multiplicidad de sujetos.

Se establece el contenido de la obligación como una prestación principal que puede consistir en un hecho, una abstención o la entre-

ga de alguna cosa. La mención del adjetivo "principal" implica la existencia de otros deberes secundarios a cargo de las partes, deberes que se encuentran presentes en toda relación jurídica obligatoria. Consideramos que es suficiente señalar expresamente la existencia de esta prestación principal, y no mencionar a los demás derechos y deberes secundarios, ya que para entender el concepto de obligación basta el señalamiento de la prestación principal como diferencia específica.

Como una especie de la Relación jurídica obligatoria tenemos a la obligación sinalagmática, la que podemos definir como sigue:

La Relación jurídica obligatoria sinalagmática es la relación jurídica patrimonial, compleja y total, que vincula a dos partes, acreedora y deudora, mediante la cual ambas tienen el derecho recíproco de exigir y el deber jurídico de cumplir, prestaciones principales que pueden consistir en un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

En este último concepto se contienen los elementos ya explicados en relación con la definición de la relación jurídica obligatoria, pero cabe hacer notar que, en el caso de las sinalagmáticas, existe el derecho y deber *recíprocos* de exigir y cumplir las prestaciones principales, además del derecho implícito de exigirse recíprocamente las prestaciones accesorias. De nueva cuenta señalamos que la facultad de exigir prestaciones principales es una de las diferencias específicas que distingue a este tipo de relaciones.

En conclusión, consideramos que las dos definiciones propuestas cumplen a cabalidad con los requisitos lógicos de toda definición. Son breves, no son negativas, lo definido no entra en la definición, se establece el género próximo y las cualidades específicas de esta figura jurídica, pero que principalmente son definiciones que convienen sólo a lo definido y lo enuncian en forma completa.

Asimismo consideramos que las definiciones contienen las claves necesarias para comprender la relación jurídica obligatoria como un sistema que implica una relación total y compleja, que es la forma correcta de ver conceptualmente a las obligaciones.

PARA UNA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA:
PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Juan Federico ARRIOLA

*Para Loretta Ortiz, José Luis Caballero y Mariana
Dobernig, estimados colegas.*

No se puede entender la existencia de un Estado de derecho al margen de los procesos democráticos y del respeto real a los derechos humanos.

El marco jurídico mexicano en sus vertientes constitucional, penal, internacional ha tenido cambios importantes y en algunos casos podemos hablar de una evolución, pero desafortunadamente esto no ha sido suficiente. Por ejemplo, si México se ha obligado en diferentes instrumentos internacionales a no aplicar la pena de muerte, si la tendencia mundial es abolirla, no se explica lógicamente por qué se mantiene esta innoble institución en el artículo 22 constitucional, lo que implica que México no es plenamente un país abolicionista. Esta situación impide al Estado mexicano concretar una meta mayor: consolidar los derechos humanos y la pena de muerte, aunque sea en la letra constitucional, hace ruido en el concierto jurídico mexicano.

Dice el gran penalista Eugenio Cuello Calón: "La historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad".¹

Ningún partido político mexicano propone, postula o apoya la pena de muerte como medida para conseguir gobernabilidad, para combatir el crimen organizado o para intimidar a los delincuentes. Sin em-

¹ Eugenio CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 113.

bargo, en la opinión pública, la pena de muerte se mantiene viva, precisamente por los problemas de inseguridad pública que ha tenido México en las últimas décadas.

Por otra parte, ha costado un gran esfuerzo luchar contra la permanencia de la hermana menor de la pena de muerte, me refiero a la tortura. Todavía en la actualidad se reportan casos, si bien aislados y no sistemáticos, de tratos inhumanos y de nulo respeto a la integridad física y moral de las personas, por parte de algunos miembros de corporaciones policiacas.

Uno de los retos más formidables que tenemos en México, sociedad y gobierno, es combatir el crimen organizado sin perder la legalidad ni la legitimidad, en otras palabras, sin caer en la desesperación que nos conduce a la barbarie. El crimen organizado es la amenaza más grave y violenta y que es contrario al sistema democrático que tratamos de consolidar. Si el crimen organizado, con sus enormes tentáculos financieros ganase la guerra, el país sería sólo un gran botín de delincuentes.

Es absurdo proponer —como lo han hecho algunas personas de manera aislada— que se aplique la pena de muerte, cuando es mucho más trascendente revisar el sistema económico, el aparato judicial, el régimen penitenciario, el sistema educativo e incluso la nutrición.

Necesitamos una mayor cultura por los derechos humanos, pero también requerimos una cultura de obligaciones, porque un Estado de derecho se construye también sobre deberes. Si no se extiende en toda la población económicamente activa una cultura de contribuciones y si al Estado no se le exige debidamente el cumplimiento de sus obligaciones, no habrá recursos económicos que alcancen para el desarrollo de México en educación y en otros servicios fundamentales como seguridad social, salud, transporte y seguridad pública.

La importancia de nuestros derechos fundamentales tiene una triple dimensión según el filósofo del derecho mexicano, Eduardo García Maynez: que la normatividad jurídica sea intrínsecamente válida, vigente y eficaz.

Nuestra Constitución fue innovadora en 1917: se crearon importantes derechos sociales, como el laboral y el agrario, pero al ser reformada y adicionada de manera excesiva y a la vez parcial, ha perdido estructura y fuerza.

Procedo a explicar de manera muy sucinta: por un lado, no se requerían tantas modificaciones y, por otra parte, no se ha llegado al fondo: que las garantías individuales tienen su razón de ser por los derechos humanos, las garantías que otorga el Estado es sobre los derechos ya preexistentes. Los derechos de los mexicanos en 1917 no se derivaron de la Carta Magna mexicana, sino que son inherentes a su propia persona.

Más allá de una discusión iusnaturalista, lo importante es evaluar el Estado de derecho en México, no a partir de resultados inmediatos, sino de esquemas, textos jurídicos y planes de gobierno para valorar el funcionamiento de todo el Estado en su conjunto con resultados que podrán apreciarse de manera real por lo menos en un lustro más, aunque desde luego hay otros aspectos que los gobernados no tardaremos en sentir o acaso resentir, como es la generación de empleos y los recursos para investigación, educación y tecnología.

Sin duda, el crimen organizado, el rezago educativo, la corrupción en diversos niveles públicos y privados y la tremenda deuda externa han comprometido seriamente nuestro futuro y no permiten que nuestras leyes —las más funcionales por lo menos— garanticen la concreción de un principio básico: que toda persona por poderosa o rica que sea se someta a su imperio. Sin igualdad jurídica no puede haber Estado de derecho. Obviamente la culpa no radica en las leyes en sí, sino en quienes las hacen, las ejecutan y las aplican.

Si es necesario difundir una cultura de la legalidad que contribuya a propagar la defensa de los derechos humanos y a la vez lo importante en cumplir con las obligaciones, es imprescindible que el Estado se asuma como educador antes que como policía. Un Estado educador puede evitar la pena de muerte y la violencia extrema, previene las causas de los conflictos, en cambio, el Estado policía se va sobre los efectos.

La postura de algunas autoridades, que no del Estado mexicano, es castigar, por ejemplo, a los familiares que paguen el monto que los secuestradores exigen para liberar a su víctima. Esto no sólo atenta a la dignidad humana, y ataca los lazos familiares, que son pilar de nuestra sociedad, sino que viola nuestras garantías individuales. Más aún, la declaración de un gobernador (Tlaxcala), en el sentido de que está de acuerdo con penalizar a los familiares que según él contribuyen a que el secuestro se expanda, declaró que en caso de que a uno

de sus hijos lo secuestrasen, él pagaría el rescate aunque lo penalizaran, demuestra el absurdo y la incongruencia de la propuesta, que seguramente no prosperará para fortuna de muchas familias mexicanas y extranjeras residentes en México.

Para defender mejor nuestros derechos, en primer lugar los tenemos que conocer y en segundo lugar el Estado debe garantizar nuestros derechos más elementales, porque sólo hay una cosa peor que el *Estado policía...el Estado delincuente*, donde algunas autoridades corruptas impidieron y han impedido el sano desarrollo de la sociedad precisamente al venderse a las bandas de crimen organizado que tanto daño han causado al país: narcotraficantes, asaltantes de bancos y de empresas, secuestradores, vendedores de armas, órganos humanos, y gente dedicada a secuestrar niños para prostituirlos o también para el funesto negocio de la pornografía infantil.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, vigente desde hace seis años, y bautizada por el jurista Sergio García Ramírez como el bebé de Rosemary, lejos de cumplir con las expectativas que levantó, muestra que el endurecimiento de penas por sí solo es inútil e incluso ridículo. No puede haber ley que se cumpla, por diabólica que sea, si no hay el ánimo y la inteligencia para aplicarla. Si bien se han atrapado a importantes bandas de delincuentes, que son en sí mismos atentados contra la gobernabilidad democrática y civilización, la lucha contra la delincuencia organizada no se reduce a incrementar las penas y dar a las autoridades competentes facultades discrecionales que pueden ser violatorias de los derechos humanos.

Maquiavelo se escurre y se da vida a sí mismo entre estos temas: si es necesario matar, mentir y corromper para mantener la gobernabilidad, en otras palabras, el poder, hay que hacerlo. La filosofía de muchas autoridades mexicanas es discrepante con el pragmatismo del florentino. Sin embargo, el maquiavelismo no acepta que pueda haber un equilibrio entre gobernabilidad democrática con el compromiso obvio de respetar los derechos humanos en la lucha contra el crimen organizado.

No aceptar que los delincuentes, aun los más terribles, tienen derechos humanos, es pervertir el derecho y la democracia, es caer en la barbarie. Esto no implica dejar de combatir la impunidad.

Defender los derechos en el marco jurídico mexicano actual es un deber complicado, pero eso es lo que tenemos. Construir el Estado

de derecho en México ha sido una tarea muy difícil. Si hemos sido capaces de vencer otros problemas, y hemos logrado —desde las elecciones de 1997 para renovar la Cámara baja y tener por vez primera un gobierno propio en la Ciudad de México y no se diga en los comicios del año 2000— superar diferencias ideológicas para crear un nuevo régimen, aunque el viejo se niega a morir del todo sin recurrir a la violencia como pasaba en tiempos pasados remotos y todavía recientes.

Tenemos que revisar nuestra historia nacional que aún tiene muchos mitos y fisuras. Tiene, como es natural, múltiples lecturas e interpretaciones. Lo perverso no está en la pluralidad de los textos y testimonios de una historiografía impresionante, sino en la manipulación para obtener lucros políticos y económicos indebidos. Hay huellas históricas que han sido interpretadas con intereses mezquinos para perpetuar intereses de caciques y pequeños tiranos regionales que están condenados a desaparecer.

Tenemos que revisar nuestra legislación, que es inmensa como el océano Atlántico, y contradictoria, pero también debemos revisar nuestra mentalidad. Si no hay lógica no hay ética, y sin éstas no hay Estado de derecho, aunque tengamos un impresionante número de leyes federales y locales. No obstante, la apertura continúa y si la política es importante, hay otra que es clave para no dejar el surco democrático, pues como ya he escrito en un texto anterior: “México se abre a la historia”.²

² Juan Federico ARRIOLA, *Teoría general de la dictadura*, Trillas, México, 2000, p. 221.

EL NOTARIADO: PRODUCTO REFINADO DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL DE LA PRUDENCIA JURÍDICA

Francisco Javier VILLALÓN EZQUERRO

Estudiar las diversas funciones o papeles que el abogado y el jurista pueden desempeñar en la dinámica del Estado de derecho es parte de nuestra vocación y la reafirma, sea como profesionalista sea como mero estudiante de derecho. Escribir sobre ellas también, aunque sea un modesto resumen como éste. Ya se trate del abogado postulante, del consultor, el notario y el juez, el notario, cada función y cometido al que están dedicados tiene importantes razones humanas ante todo, también de eficiencia jurídica, económica y pragmática y se encuentran ordenados a una finalidad valiosa y apasionante en lo humano de su desempeño o del estudio sobre las mismas. En el caso notarial el oficio se encuentra ordenado a la armonía justa en la consecución de la libertad de decisión negocial y la seguridad jurídica correspondientes a una decisión tomada prudencialmente. Se trata de una labor eminentemente personal y lo personal constituye tradición pues se entrega en la mano y como tal la hemos recibido.¹

¹ Por ello mismo, mencionar a un jurista que ha tratado estos temas en forma clásica por su excelencia y ejemplaridad cuando dirigiera hace ya un cuarto de siglo la Unión Internacional del Notariado Latino, y después la Real Academia de Jurisprudencia Española, Juan Vallet de Goytisolo, es obligado, pues mucho le debemos en este tema notarial y en nuestra formación jurídica en general.

En los 90 años de la Escuela Libre de Derecho es pertinente indicar que uno de los lemas de la institución aparece en el art. 30 de la Ley de Notariado del Distrito Federal de 28 de marzo de 2000: "*Ius neque inflecti gratia, neque inflecti potentia, nequi adulterare pecuniae debet*", como distintivo del notario como jurista. La mención al jurista fue suprimida por reforma del 14 de septiembre de 2000, pero el lema sigue vigente.

1. El sistema de notariado latino ha tenido en el mundo occidental (excepto en el Common Law) una intervención fundamental en la protección social de la verdad social constatada que en lo jurídico se requiere para la dinámica civil en las relaciones personales, fundamentalmente cuando en las relaciones fedadas es indispensable para su constancia y conformación más que la misma imparcialidad, la uteralteridad (utralteridad) como características personales de la actitud del jurista notario que hace confianza.

2. El notariado ha tenido así intervención fundamental en negocios jurídicos determinados y delicados por sus efectos frente a terceros como son la forma y configuración de actos jurídicos dispositivos sobre inmuebles, la conformación y ciertas vicisitudes corporativas de las personas jurídicas y el testamento.

3. El notariado es una institución razonable, porque es una institución que refleja una actitud humana especialmente cuidada y social: la imparcialidad y la uteralteridad existen en virtud de diversas razones; algunas de conveniencia práctica y de permanencia de la paz jurídica, puesto que lo hecho de tal manera lleva a la tranquilidad en el orden. Otras son razones de exigencia de la teoría del negocio jurídico, tal como se ha entendido en el sistema latino-occidental, y constituyen por su permanencia y funcionalidad un precioso legado de historia jurídica, de tradición e identificación del sistema jurídico. Éstas son razones importantes, además de las propias de la fundamentación de derecho positivo en la jerarquía de las normas incluso de orden constitucional expreso, dado que Notariado (art. 122 constitucional) es un concepto constitucional que traduce una garantía institucional, como bien establece la actual Ley del Notariado del Distrito Federal.

4. La competencia notarial sobre inmuebles se explica también por razones de orden histórico como factor de evolución del derecho en el proceso de sustitución del sistema de título y modo (tradición), por el sistema simple y desregulado de autonomía de la voluntad, en el que, para distinguir la verdadera y seria voluntad jurídica de la voluntad no formada, lograda o emitida precipitadamente se necesita de la conformación por medio de la asesoría, redacción y fe pública notarial para pasar de la mera voluntad empírica a la voluntad jurídica cierta en la transmisión inmobiliaria y algunos otros actos.

5. Sin embargo, más que meras razones de tipo histórico como mera narración, las razones de conformación de la intervención no-

tarial son las ventajas de la asesoría notarial que ha desarrollado el sistema de titulación formal y asesoría material que se corresponde a la confianza del título identificado en la escritura que contiene el precipitado de diversas ventajas y funciones de eficiencia y también de seguridad y asesoría añadidas y prácticamente corporalizadas en él. Una escritura parece muy sencilla y puede ser que uno no se imagine las funciones y ventajas que incorpora. Enumerarlas puede ayudarnos a superar una visión plana de la documentación jurídica proporcionándonos una dimensión de su profundidad de sentido y de la misma historia jurídica que como legado presente de muchos esfuerzos humanos valiosos se manifiesta en el documento notarial. Entre dichas ventajas pueden indicarse las siguientes:

- Datación de fecha cierta de las firmas de la celebración del contrato;
- Datación de fecha cierta de la celebración del acto;
- Fe de identidad de las partes (Fe de conocimiento);
- Fe del hecho de las firmas;
- Fe del acto de la firma y de la conexión de ésta con la fe de identidad, de capacidad y la calificación de legitimación jurídica;
- Fe de capacidad de las partes, en fecha y acto preciso;
- Calificación de la legitimación jurídica de las partes con relación al objeto-cosa del contrato entendida como la idoneidad jurídica concreta de tipo subjetivo-objetivo para el acto sujeto a forma notarial para garantizar la eficacia jurídica del mismo, y cuya inobservancia produce la ineficacia traducida en nulidad ya absoluta o relativa del mismo;
- Matricidad del documento manifestada en la cuádruple utilidad de:
 - a) Seguridad (No falsificación);
 - b) Identificabilidad del documento y sus copias;
 - c) Agilidad de la circulación de documentos de por sí y como base documental para nuevas operaciones;
 - d) Archivo del original y posibilidad de obtener copias auténticas personales del mismo por conservar el notario el original bajo su responsabilidad;

- Protección penal de declaraciones de partes y de la profesión misma del notario;
- Característica de fuerza ejecutiva como título (más allá de la mera forma legal);
- Característica presunción procesal, salvo demostración concreta en contrario;
- Unidad de tramitación (una especie de ventanilla única civil para trámites fiscales y administrativos, así como la inscripción registral que corresponda);
- La intervención notarial ayuda a una clara, cierta, reflexiva y asesorada asignación en la firma de contratos que ayuda a distinguir entre actos preliminares y contratos definitivos;
- La intervención notarial es obligada en contratos que por su importancia requieren que exista para los contratantes un espacio de reflexión y de maduración de la voluntad, para que ésta se exprese como voluntad jurídica seria de la celebración formal del contrato;
- Una protección del periodo de negociaciones precontractuales mediante el aviso preventivo notarial al Registro;
- Asimismo protección del periodo de formalización del contrato mediante el aviso notarial registral y del periodo de trámite de inscripción, dado que reserva la prioridad registral de la operación evitando fraudes y dobles ventas;
- Análisis profesional del título de adquisición;
- Análisis profesional de la situación registral del objeto-cosa del contrato;
- Conformación profesional del negocio jurídico en función del objeto-fin o motivo determinante de ambas partes o de una de ellas;
- Protección específica de la subsistencia de garantías en caso de las denominadas "reestructuras" crediticias;
- Identificación fedataria del contenido del contrato;
- Asesoría e información jurídica sobre la operación;
- Especialidad de conocimiento y práctica jurídica;
- Imparcialidad del notario;
- La actividad notarial se exige como requisito de forma, además que por la función de fe pública, por la función de conformación del documento mediante una asesoría especializada e imparcial a las partes en contratos de efectos *erga omnes* (contra

- terceros), de tal manera que no se trata de una fe pública simple sino de una fe pública conformadora;
- En virtud de lo anterior constituye una desregulación civil y procesal de la regla "*Testis unus testis nullus*" para proporcionar una confianza cualificada en el único testimonio profesional del notario proporcionando un derecho preventivo ágil y seguro;
- La tradición (entrega de la cosa-objeto del contrato) se presume en virtud de la fe notarial;
- La especial protección jurídica que otorga la intervención notarial se justifica precisamente por los efectos del acto inmobiliario contra terceros;
- En sentido jurídico para esa protección es necesario un documento lo más perfecto posible (que reúna todas las anteriores características) para acceder al registro (para que éste cuente una información lo más perfecta posible con base en documentos difícilmente impugnables), lo que hace ideal inclusive la constitución de transmisiones y garantías reales o empresariales, para las cuales no exista forma legal requerida;
- La intervención notarial multiplica las posibilidades de acceso a asesoría jurídica a bajo costo pues está obligado a darla de forma imparcial a las diversas partes de un negocio jurídico, multiplicando la asesoría de un único profesional en virtud de esa característica necesaria del objeto y del ejercicio de su profesión;
- La asesoría jurídica notarial cumple en México un importante papel en la aplicación a la vida legal de la garantía de igualdad proporcional (asesoría a pobres o a personas que concurriendo como partes a una escritura no pueden pagar cada una un abogado). Esta protección se enfoca bajo el rubro de derechos humanos en la procuración de justicia;
- La escritura pública es un requisito de conformación del negocio jurídico que al tiempo que da seguridad jurídica al adquirente y al acreedor tiene una función de protección al deudor y lo libra de indefensión que en la confección de títulos ejecutivos sería muy grave;
- Se trata de una función técnica, personal, libre y especificada;
- Dicha función es desempeñada como posición y vocación permanente por el notario, como lo muestra la efectiva permanencia notarial, lo que no se daría si el notario fuera empleado o

funcionario de una burocracia privada en el cual como en toda empresa habría una rotación de puestos o salida de la persona fedante de la empresa y sustitución por otra, lo que afectaría necesariamente a la base de permanencia de la fe pública;

- Adicionalmente se encuentra su función fiscal que por su conocida importancia y transcendencia no es el caso detallarla en este espacio;
- Como culmen de lo anterior el notario cumple su cometido de derecho preventivo, pues a través de la asesoría fedante proporciona al sistema jurídico mexicano un importante control de legalidad a través de una función que implica:

- a) La Asesoría a las partes y consecuentemente la eliminación privada interpartes de documentos y proyectos no precisos o confusos o bien ilegales, injustos, inseguros o violatorios de disposiciones civiles, mercantiles administrativas o fiscales;
- b) La conformación privada y administrativa correcta únicamente de actos jurídicos que en virtud de la apariencia jurídica y su trascendencia para terceros lo requieren (exclusivamente propiedad inmobiliaria, personas jurídicas, sucesiones y poderes);
- c) La publicización jurídica de esfuerzos y costos privados que de todas maneras tendrían que efectuarse, pero sin las ventajas de la asesoría notarial ya descritas que se resumen en seguridad jurídica estática (atribución segura de titularidades) y seguridad jurídica dinámica (segura transmisión y circulación jurídica de bienes), lo que disminuye costos al sistema de administración de justicia;
- d) La protección del respeto y efectividad de regulación de protección ecológica y de uso del suelo, lo que no podría hacerlo la simple contratación privada;

- Sobre lo anterior, destacamos la función de equidad y justicia en relaciones y casos concretos que debe tener la intervención jurídica notarial, con especial cuidado del contratante más débil.

6. La actividad notarial trata no tanto de una función administrativa sino, sobre todo, una función de derecho civil, ubicada dentro de

la conformación y eficacia de la forma como elemento del negocio jurídico y de este mismo en general; por ello, el derecho notarial forma parte del derecho civil de la eficacia jurídica negocial.

7. Por lo anterior, en síntesis, la función notarial es soporte básico de la seguridad jurídica civil y mercantil en su aspecto negocial proyectivo, es decir, en aquellas operaciones que producen efectos *erga omnes* (contra terceros).

8. Igualmente lo es en los anteriores casos, para la seguridad jurídica civil y mercantil de dichos actos en su proyección interna (interpartes y de cada parte) (inducción, formación de la voluntad, traducción jurídica asesorada de la misma y conformación fedante del acto), para que en dichos negocios jurídicos se cumplan aspectos básicos para la correcta delimitación, asignación y transmisión en el negocio jurídico de lo que se conoce en terminología económica como derechos de propiedad.

9. El sistema anterior es un sistema de derecho preventivo que por economía procedimental unifica dicha conformación con la celebración misma del acto y ha sido la base para que en comparación de costo de sistemas jurídicos la Asociación de Actuarios Americanos haya constatado hace dos años que los países desarrollados (Estados Unidos) que no tienen notariado latino tienen un costo económico de su sistema de administración de justicia de 2 a 8 veces mayor que los países también desarrollados que cuentan con notariado latino (Alemania, Japón, etcétera).

10. Como puede observarse, el notariado es un producto refinado de la evolución jurídica occidental del jurista que ha implicado al tiempo que una trascendente desregulación de principios y normas que dificultaban el negocio jurídico y su valer procesal, la creación de una institución que tiene por objeto el desarrollo de la libertad negocial asesorada con presunciones y defensas de economía procesal seguridad jurídica y justicia.

11. La imparcialidad y la especialidad de las funciones jurídicas del sistema de notariado no pueden ser sustituidas por un sistema de empresa. El notariado es una institución probada, basada en el sistema de profesionistas, libres e independientes con un sistema de incompatibilidades y prohibiciones que constituye una garantía institucional de la imparcialidad que configura su libre y personal profesión de juristas, además de las características anteriores, con una especia-

lidad del objeto que protege el ejercicio notarial de inherencias inconvenientes de intereses jurídicos o económicos que pudieran afectar dicha función.

12. Son igualmente configurantes la responsabilidad profesional y sobre todo la formación y la selección previa mediante examen de aspirante y de oposición que con la colegiación conforman las bases para el desarrollo de un notariado de alto nivel y experiencia profesional con la vocación jurídica y de servicio que requiere la sociedad actual, ante los retos de una transformación jurídica sin precedente.

13. Por último, es necesario indicar que la formación de esta organización profesional está en razón del instrumento público que produce: las necesidades de la práctica han conformado a este documento, las necesidades del mismo han configurado al notario y éste al notariado como un todo organizado que constituye una garantía institucional jurídica.

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, 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 2002, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, Tels. 55-39-51-08. La edición consta de 1,000 ejemplares.