

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 27

MÉXICO, 2003

NÚMERO 27

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

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

Secretarios:

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

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Director*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Jorge Adame Goddard
Lic. Carlos Müggenburg
Lic. Gisela Oscós Said

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

ISSN 0185-1438

© 2003. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

Certificado de licitud del título núm. 6861. Certificado de licitud de contenido núm. 7357. Comisión calificadora de publicaciones y revistas ilustradas. Secretaría de Gobernación. Reserva de Derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

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

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

FELIPE ALAMILLA RAMOS

La Unión Europea, proceso de ampliación y principales modificaciones introducidas por el Tratado de Niza 9 27

LUIS NORBERTO CACHO PÉREZ

La pena de muerte en el Código Penal cubano de 1987 29 67

LUIS MIGUEL CANO LÓPEZ

Algunas incertidumbres en el derecho 69 110

FERNANDO ISRAEL ESPINOSA OLIVERA

Testimonio radiofónico de Hans Kelsen (en el 30 aniversario de su fallecimiento) 111 147

JOSÉ ANTONIO ESTRADA SÁMANO

San Isidoro de Sevilla y la legislación gótico-hispánica 143 167

XAVIER GINEBRA Y SERRABOU

La ley mexicana para regular las agrupaciones financieras 169 210

LUIS GÓMEZ ROMERO

Algunas consideraciones en torno a los derechos sociales en materia del trabajo en México 211 246

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

Medidas precautorias en arbitraje 245 303

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN El principio <i>dolus propossessione est</i> en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano.....	305 361
PAULINA MARTÍNEZ YOUN Inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México.....	363 413
MANUEL MOGUEL CABALLERO La definición justinianea de obligación civil, aumentada, concordada y puesta al día.....	415 429
MARÍA DEL CARMEN PLATAS PACHECO Axiología del acto justo.....	431 466
GARBIÑE SARUWATARI ZAVALA Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional.....	467 496
CÉSAR SERRANO Consideraciones sobre la responsabilidad penal del Jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado.....	497 535
JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL Tradición hispanoamericana de los derechos humanos.....	537 579
ANTONIO CARLOS WOLKMER Fundamentos de la crítica en el pensamiento político y jurídico latinoamericano.....	581 613

SECCIÓN MONOGRÁFICA

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO Las carpetas de <i>dictámenes, cartas y opiniones</i> <i>constitucionales</i> de don Manuel Herrera y Lasso.....	615 637
--	------------

ROSA MARÍA ÁVILA FERNÁNDEZ Hacia un nuevo federalismo: el federalismo cooperativo y las leyes marco.....	639 672
EBER OMAR BETANZOS TORRES Discordia constitucional: Benito Juárez y la Constitución de 1857.....	673 722
ÁNGELA FIGUERUELO Significado y funciones del derecho constitucional.....	723 739
RICARDO J. SEPÚLVEDA I. El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución.....	741 780
MISCELÁNEA	
JAIME DEL ARENAL FENOCHIO Bienvenida al prof. Paolo Grossi.....	781 783
IN MEMORIAM	
Javier Fernández del Castillo (1935-2003).....	785 786
Rafael Montesinos Casas (1976-2003).....	787 788
DISCURSOS	
Discurso del señor Lic. don Mario A. Becerra Pocaroba, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2003-2004.....	789 791
Discurso del señor Lic. don Cecilio González Márquez, profesor de la Escuela Libre de Derecho en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2003-2004.....	793 796

LA UNIÓN EUROPEA, PROCESO DE AMPLIACIÓN Y PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL TRATADO DE NIZA

Felipe ALAMILLA RAMOS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Evolución comunitaria a partir de la Conferencia Intergubernamental de Niza.* 1. *Euro, moneda única oficial en circulación.* 2. *Expiración del Tratado CECA.* 3. *Proceso de ampliación de la UE.* III. *Principales modificaciones introducidas por el Tratado de Niza.* 1. *El Parlamento Europeo.* 2. *La Comisión de la Unión Europea.* 3. *Ponderación de votos en el Consejo de Ministros.* 4. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia.*

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo intitulado “La Unión Europea: origen, instituciones y ámbito competencial”, publicado en el número 25 de esta Revista, dentro del apartado relativo al “Origen y evolución de la Unión Europea” se efectuó una mención general sobre los acuerdos alcanzados por la Conferencia Intergubernamental celebrada en la ciudad de Niza en el año 2000, cuyos trabajos concluyeron el 11 de diciembre del mismo año. Al respecto se mencionó que, como resultado de tales trabajos, los quince Estados miembros de la Unión Europea (UE) adoptaron un acuerdo político sobre un proyecto de nuevo Tratado que introduciría modificaciones en el Tratado de la Unión Europea, en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y en el Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea, las cuales entrarían en vigor una vez que todos los Estados miembros hubieran ratificado el nuevo instrumento, de acuerdo con sus normas constitucionales respectivas.

Así, de conformidad con lo establecido por el artículo 12 de las Disposiciones Transitorias y Finales del "Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos"¹ (Tratado de Niza), éste entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado miembro que cumpliera dicha formalidad. Lo que sucedió el 1 de febrero de 2003, una vez que Irlanda depositó el instrumento de ratificación respectivo ante el gobierno de la República Italiana el 18 de diciembre de 2002.

Entre las modificaciones más relevantes introducidas por el Tratado de Niza destacan aquéllas que, considerando la próxima adhesión e integración de doce Estados a la UE, prevén un nuevo reparto de escaños en el Parlamento Europeo, una nueva composición de la Comisión, así como la nueva definición de la mayoría cualificada en el Consejo de Ministros, incluyendo además la reforma a una serie de disposiciones que, en lo sucesivo, establecerán que para la adopción de diversos actos comunitarios se requerirá la mayoría cualificada.

Si bien algunas de estas modificaciones iniciaron su vigencia de forma simultánea a la entrada en vigor del Tratado de Niza, considerando que los aspectos relacionados con la ampliación requerirán de una adecuación gradual de los tratados fundacionales, diversas reformas han sido previstas en los protocolos anexos a tales tratados, estableciéndose en éstos los periodos de vigencia correspondientes. No obstante lo anterior, la congruencia de las modificaciones y previsiones referidas dependerá, en buena medida, de los términos y condiciones que sean acordados en los tratados de adhesión que suscriba cada uno de los nuevos Estados miembros.

En este contexto, el objeto del presente trabajo consiste en exponer, de manera sucinta, aquellas modificaciones que se han estimado más relevantes en cuanto a la distribución de escaños en el Parlamento Europeo, la composición de la Comisión, la ponderación de votos en el Consejo de Ministros y las competencias atribuidas tanto al Tribunal de Justicia como al Tribunal de Primera Instancia. Al efecto, se ha considerado oportuno efectuar primeramente una breve narración de los acontecimientos más trascendentes ocurridos en el

¹ Suscrito en la ciudad de Niza el 26 de febrero de 2001.

ámbito comunitario, particularmente de aquellos relacionados con la ampliación.

De manera similar a lo que ocurrió con el Tratado de Ámsterdam,² distintas modificaciones introducidas por el Tratado de Niza respecto del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea³ (TCE) son extrapolables, *mutatis mutandis*, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁴ (TEURATOM), sin embargo, en esta ocasión, dada la expiración de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en términos de su Tratado constitutivo,⁵ las previsiones sobre esta Comunidad contenidas en el Tratado de Niza resultan especiales y actualmente sólo cobra relevancia lo dispuesto en el "Protocolo sobre las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA y el fondo de investigación del carbón y del acero", al que se hará referencia más adelante. En tal virtud y sin perjuicio de las modificaciones que en diversos ámbitos de cooperación se han efectuado al Tratado de la Unión Europea,⁶ en adelante las menciones relativas al denominado Pilar Comunitario se efectuarán respecto de la Comunidad Europea y su Tratado constitutivo.

II. EVOLUCIÓN COMUNITARIA A PARTIR DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE NIZA

1. Euro, moneda única oficial en circulación

El 1 de enero de 2002, mientras que España asumía la Presidencia del Consejo de la UE, la moneda única "euro" entró en circulación en los doce países miembros de la denominada "zona euro", a saber: Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y España. El 28 de febrero del mismo año concluyó el periodo de doble circulación del "euro" y

² Suscrito en la ciudad de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

³ Originalmente Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, suscrito en la ciudad de Roma el 25 de marzo de 1957.

⁴ Suscrito en la ciudad de Roma el 25 de marzo de 1957.

⁵ Suscrito en la ciudad de París el 18 de abril de 1951.

⁶ Suscrito en la ciudad de Maastricht el 7 de febrero de 1992.

las distintas monedas nacionales, convirtiéndose la primera en la única moneda oficial de los doce Estados miembros participantes.

2. Expiración del Tratado CECA

Tras una vigencia de cincuenta años a partir del 23 de julio de 1952, fecha de su entrada en vigor, el 23 de julio de 2002 expiró el Tratado constitutivo de la CECA, el cual materializó los objetivos de la denominada “Declaración Schuman”, al establecer un sistema de mercado común sobre la producción y comercialización del carbón y del acero entre los Estados participantes.

En tal virtud, mediante el “Protocolo sobre las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA y el fondo de investigación del carbón y del acero”, anexo al TCE, los Estados miembros acordaron que todos los elementos del patrimonio activo y pasivo de la CECA al 23 de julio de 2002 serían transferidos a la Comunidad Europea a partir del 24 de julio del mismo año. Durante la liquidación de la CECA este patrimonio se destinará a la investigación en los sectores relacionados con la industria del carbón y del acero, designándosele “CECA en liquidación”, y, tras el cierre de dicha liquidación, se denominará “Activos del Fondo de Investigación del Carbón y del Acero”, previéndose que los ingresos que éste genere —“Fondo de Investigación del Carbón y del Acero”— se utilizarán exclusivamente con fines de investigación en tales sectores, al margen del programa marco de investigación.

3. Proceso de ampliación de la UE

El cambio en el orden geopolítico internacional que motivaron tanto el desmembramiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas como el final de la denominada “Guerra Fría” supuso, entre otros aspectos, un nuevo contexto europeo caracterizado por la concurrencia de intereses políticos y económicos por parte de diversos países de Europa central y oriental respecto del proceso de integración europeo, así como de la UE hacia tales países. El proceso de ampliación de la Unión ha entrañado un largo y complejo proceso de negociaciones y acuerdos que, como se expondrá a continuación, permitirán en un fu-

turo próximo la incorporación de doce nuevos Estados miembros. Al respecto, vale la pena hacer una mención sobre los acuerdos primigenios que permitieron sentar las bases para las adhesiones respectivas.

En su momento, diez países de Europa central y oriental, así como Chipre, Malta y Turquía celebraron los denominados “acuerdos de asociación” o “acuerdos europeos”, los cuales configuraron un marco jurídico para la creación de una zona de libre comercio entre los países de Europa central y oriental respecto de las Comunidades Europeas, mientras que los acuerdos suscritos con Chipre, Malta y Turquía, que con excepción del diálogo político abarcaban los mismos ámbitos que los anteriores, fueron tendentes a la creación de una unión aduanera entre estos países y las Comunidades Europeas.

A continuación se señalan las fechas de suscripción de los “acuerdos de asociación” referidos.

<i>Estados</i>	<i>Suscripción del Acuerdo de Asociación</i>
Bulgaria	1 de marzo de 1993
Chipre	19 de diciembre de 1972
Eslovaquia	6 de octubre de 1993
Eslovenia	10 de junio de 1996
Estonia	12 de junio de 1995
Hungría	16 de diciembre de 1991
Letonia	12 de junio de 1995
Lituania	12 de junio de 1995
Malta	5 de diciembre de 1970
Polonia	16 de diciembre de 1991
República Checa	6 de octubre de 1993
Rumania	8 de febrero de 1993
Turquía	12 de septiembre de 1973

Como se recordará, desde junio de 1993 en el Consejo Europeo celebrado en Copenhague se habían enunciado las condiciones necesarias para la eventual integración de nuevos Estados miembros.⁷

⁷ Actualmente, el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea dispone que cualquier Estado europeo que respete los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho puede solicitar su ingreso como miembro en la Unión.

Así, como parte de los acuerdos adoptados en Copenhague se aprobó emprender el proceso de incorporación de trece “países asociados”, a saber: Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Rumania y Turquía.⁸

En este contexto, en diciembre de 1994 en la cumbre de Essen se estableció una estrategia de “preadhesión” con el objeto de proporcionar asistencia y fomentar la inversión en los países candidatos, especialmente en los ámbitos del medio ambiente, infraestructura de transportes y modernización agrícola, así como promover la armonización de su legislación y un diálogo institucional estructurado. Incluyendo también acuerdos comerciales bilaterales, diálogo político y mecanismos para aproximar las normativas y los sistemas jurídicos de los países candidatos a los de la UE.

Más adelante, en junio de 1997 los dirigentes de la UE adoptan en Ámsterdam diversas modificaciones que impulsan cambios políticos significativos aunque no permiten realizar las reformas internas consideradas necesarias para que la Unión pueda abordar una ampliación de gran envergadura. Un mes más tarde, la Comisión publica planes detallados para la futura financiación de la UE y el comienzo de las negociaciones de adhesión. Con el Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo en diciembre de 1997 inicia el proceso de ampliación que, a través de un desarrollo por etapas siguiendo los ritmos de cada Estado candidato en función de su grado de preparación, permitiría emprender en marzo de 1998 las negociaciones con Chipre, Estonia, Hungría, Polonia, República Checa y Eslovenia.

Durante la cumbre de Berlín celebrada en marzo de 1999 se adoptan las disposiciones financieras para la ampliación, considerando las cifras para la adhesión de una “primera serie”, de seis países, en 2004, mientras que en diciembre del mismo año comienzan negocia-

⁸ Al respecto, el Consejo definió los criterios que debían satisfacer los candidatos con anterioridad a la adhesión, a saber: i) la existencia de instituciones estables garantes de la democracia, la primacía del derecho, el respeto de las minorías y su protección (criterio político); ii) el contar con una economía de mercado viable y con la capacidad de hacer frente a la presión de la competencia y a las fuerzas de mercado en el interior de las Comunidades Europeas (criterio económico), y iii) la capacidad de asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión y, en concreto, la de suscribir los objetivos de la unión política, económica y monetaria (criterio de asimilación del acervo comunitario).

ciones simultáneas con una “segunda serie”⁹ de países bajo la premisa de que éstos puedan recuperar su retraso respecto del primer grupo.

El 26 de febrero de 2001 los representantes de los quince Estados miembros de la UE suscribieron el Tratado de Niza, el cual, conforme a sus disposiciones transitorias, entraría en vigor el primer día del segundo mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpliera con dicha formalidad. En tal virtud, toda vez que el último instrumento de ratificación fue depositado por Irlanda ante el gobierno de la República Italiana el 18 de diciembre de 2002,¹⁰ la vigencia del Tratado de Niza inició el 1 de febrero de 2003. Sin perjuicio de la importancia de algunos de sus acuerdos institucionales y en materias inherentes a la actividad comunitaria, la mayor relevancia que se atribuye al Tratado de Niza consiste en los avances y previsiones que, con vistas a la ampliación de la UE, acordaron los quince Estados miembros.

En el mes de junio de 2001 el Consejo Europeo celebrado en Gotemburgo estableció, con el propósito de que la ampliación se produzca en 2004 y de que los países recién integrados puedan presentar candidatos a las elecciones al Parlamento Europeo, que las negociaciones de adhesión concluyan a finales de 2002 respecto de aquellos países que se encontraran preparados para ello, así como una estrategia de desarrollo sostenible y las Orientaciones Generales de Política Económica. En este sentido, en el mes de octubre de 2001 la Comisión Europea recomendó que para finales de 2002 concluyeran las negociaciones de adhesión con los países siguientes: Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Eslovaca y Eslovenia; estimando que dichos países estarán en condiciones de formar parte de la UE a principios de 2004.

Más tarde, en la cumbre de Laeken de diciembre de 2001 el Consejo Europeo sugirió que diez países candidatos parecían estar listos para la adhesión en 2004, mientras que Bulgaria, Rumania y Turquía

⁹ Bulgaria, Eslovaquia, Letonia, Lituania, Malta y Rumania.

¹⁰ Cabe destacar que el 7 de junio de 2001 tuvo lugar un referéndum con el objeto de que los ciudadanos irlandeses se pronunciaran sobre la ratificación, habiendo obtenido mayoría la negativa (53.87 por ciento) lo que originó un debate nacional. Posteriormente, en un nuevo referéndum, la ratificación obtuvo el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos irlandeses (62.89 por ciento), por lo que se efectuaron los trámites de ratificación correspondientes ante sus distintas instancias constitucionales.

deberían aplazar sus aspiraciones. Asimismo, adoptó una declaración sobre el futuro de la UE preparando el camino para la gran reforma y convocando a una Convención previendo la próxima Conferencia Intergubernamental.

En octubre de 2002 la Comisión Europea confirmó que Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Eslovaca y Eslovenia avanzaban positivamente hacia su integración, mientras que el plazo estimado para las adhesiones de Bulgaria y Rumania era el 2007 y que la adhesión de Turquía continuaba como una aspiración.¹¹

El Consejo Europeo reunido en diciembre de 2002 en Copenhague concluyó las disposiciones presupuestarias y acogió oficialmente, mediante la aprobación de su adhesión en 2004, a Hungría, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, los estados bálticos de Estonia, Letonia y Lituania, así como las islas mediterráneas de Malta y Chipre, a reserva de la ratificación de la adhesión en sus respectivos referendos nacionales.¹²

En abril de 2003 los jefes de Estado o de gobierno de los quince Estados miembros de la UE, así como sus homólogos de Polonia, Hungría, la República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Chipre y Malta, suscribieron en la ciudad de Atenas los tratados de adhesión correspondientes, previendo que estos diez Estados se incorporarán formalmente a la Unión el 1 de mayo del 2004, sujeto a la aprobación de tales instrumentos por los parlamentos respectivos.

De esta forma, la fecha establecida para la próxima ampliación histórica de la UE es el 1 de mayo de 2004, lo que permitirá que los nuevos Estados miembros participen en las elecciones de junio al Parlamento Europeo.

Por lo que respecta a los nuevos Estados miembros, dentro de las obligaciones principales que conlleva su adhesión destaca la adop-

¹¹ Aún no se ha establecido una fecha definitiva para el inicio de las negociaciones de adhesión con el decimotercer aspirante, Turquía, pero puede ser que comiencen en diciembre de 2004 si el Consejo Europeo considera que cumple los criterios políticos de Copenhague relativos al respeto de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la protección de las minorías.

¹² Con excepción de Chipre, todos los países candidatos tendrán que celebrar un referéndum de ratificación del Tratado de Adhesión.

ción de un acervo comunitario de aproximadamente 80,000 páginas de legislación, la transposición de distintas disposiciones comunitarias en los ordenamientos jurídicos nacionales, así como la adecuación de sus estructuras gubernamentales administrativas y la consolidación de sus sistemas judiciales.

Ampliada a veinticinco Estados miembros, la UE constituirá el mayor bloque comercial del mundo con un mercado único de aproximadamente 500 millones de ciudadanos, una cuarta parte más de la población actual, sin embargo, en un primer momento el producto interno bruto de la Unión no aumentará más allá de un 5 por ciento.

III. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL TRATADO DE NIZA

Con vistas a la ampliación de la UE, el Tratado de Niza previó un nuevo reparto de escaños en la conformación del Parlamento Europeo, una nueva integración de la Comisión y la redefinición de la mayoría cualificada en el Consejo de Ministros. Adicionalmente, en Niza se acordaron una serie de nuevas disposiciones relativas a la conformación y funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. A continuación se exponen los aspectos más relevantes de las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, así como los plazos acordados para el inicio de su vigencia.

1. El Parlamento Europeo

A partir del 1 de enero de 2004, atendiendo a las próximas elecciones europeas de 2004 que conformarán la legislatura 2004-2009, el número de representantes a elegir en cada Estado miembro para la integración del Parlamento Europeo será modificado y considerará la representación de aquellos Estados que se vayan incorporando a la UE mediante la suscripción de los tratados de adhesión respectivos.

Así, por lo que respecta a los actuales quince Estados miembros, el número de escaños pasará de 626 a 535, conforme al detalle siguiente:

<i>Legislatura 1999-2004</i>		<i>Legislatura 2004-2009</i>	
<i>Estado miembro</i>	<i>Número de representantes</i>	<i>Estado miembro</i>	<i>Número de representantes</i>
Bélgica	25	Bélgica	22
Dinamarca	16	Dinamarca	13
Alemania	99	Alemania	99
Grecia	25	Grecia	22
España	64	España	50
Francia	87	Francia	72
Irlanda	15	Irlanda	12
Italia	87	Italia	72
Luxemburgo	6	Luxemburgo	6
Países Bajos	31	Países Bajos	25
Austria	21	Austria	17
Portugal	25	Portugal	22
Finlandia	16	Finlandia	13
Suecia	22	Suecia	18
Reino Unido	87	Reino Unido	72
Total	626	Total	535

Tratándose de los nuevos Estados miembros, una vez que éstos suscriban los tratados de adhesión correspondientes gozarán de la representación siguiente:

<i>Nuevos Estados miembros</i>	<i>Número de representantes</i>
Polonia	50
Rumania	33
República Checa	20
Hungría	20
Bulgaria	17
Eslovaquia	13
Lituania	12
Letonia	8
Eslovenia	7
Estonia	6
Chipre	6
Malta	5
Total	197

Para tales efectos y previendo que la adhesión de los nuevos Estados miembros se producirá en forma gradual, se ha considerado que el número total de representantes al Parlamento Europeo para la legislatura 2004-2009 sea igual a aquél actualmente establecido por el apartado 2 del artículo 190 del TCE, añadiéndosele el número de representantes de los nuevos Estados miembros que se adhieran a más tardar el 1 de enero de 2004. En tal virtud, conforme a lo dispuesto por el párrafo segundo del apartado 1 del citado artículo 190, el número de representantes elegido en cada Estado miembro deberá garantizar una representación adecuada de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad.

En caso de que el número total de miembros que resulte del mecanismo señalado en el párrafo anterior sea inferior a 732, al número de representantes a elegir en cada Estado miembro se aplicará una corrección proporcional que permita que el número total sea lo más próximo posible a 732, sin que por ello el número de representantes a elegir en cada Estado miembro pueda ser superior a aquél previsto por el apartado 2 del artículo 190 del TCE para la legislatura de 1999-2004. El Consejo de Ministros adoptará una "decisión"¹³ relativa a este supuesto.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 189 del TCE, conforme al cual, una vez iniciada la vigencia del Tratado de Niza, el número de miembros del Parlamento Europeo no excederá de 732, si con posterioridad a la adopción de la "decisión" del Consejo de Ministros mencionada en el párrafo anterior entra en vigor el tratado de adhesión de alguno de los Estados candidatos, transitoriamente el número de miembros del Parlamento Europeo podrá superar los 732. En este caso será aplicable la corrección proporcional referida en el párrafo inmediato anterior.

2. La Comisión de la Unión Europea

El 1 de enero de 2005 y con efecto a partir de la entrada en funciones de la primera Comisión posterior a esa fecha, en el apartado 1

¹³ Como se recordará, en el derecho comunitario la "decisión" constituye una especie de acto legislativo que obliga en todos sus términos a quienes se encuentra dirigida, ya sean Estados miembros, personas morales o personas físicas.

del artículo 213 del TCE se derogarán las provisiones relativas a la composición de la Comisión por 20 miembros, así como la referente a que el número de miembros en posesión de la nacionalidad de un mismo Estado no podrá ser superior a dos.¹⁴

Una vez que la UE cuente con 27 Estados miembros y a partir de la entrada en funciones de la primera Comisión posterior a la fecha de adhesión del vigésimo séptimo Estado miembro, el apartado I del artículo 213 se sustituirá por el texto siguiente:

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos en razón de su competencia general y deberán ofrecer garantías plenas de independencia.

El número de miembros de la Comisión será inferior al número de Estados miembros. Los miembros de la Comisión serán elegidos con arreglo a una rotación igualitaria cuyas modalidades adoptará el Consejo por unanimidad.

El Consejo fijará, por unanimidad, el número de miembros de la Comisión.

En tanto no se actualice el supuesto previsto en el párrafo anterior, todo Estado que se adhiera tendrá derecho a un nacional como miembro de la Comisión.

Conforme a lo antes expuesto, tras la firma del tratado de adhesión del vigésimo séptimo Estado miembro, el Consejo, por unanimidad, adoptará: a) el número de miembros de la Comisión, y b) la modalidades de rotación igualitaria que contengan la totalidad de criterios y de normas necesarios para la fijación automática de la composición de los sucesivos cuerpos colegiados; para tal efecto, el Consejo tomará como base los principios siguientes: i) los Estados miembros serán tratados en un estricto pie de igualdad en lo que se refiere a la determinación del orden de turno y del periodo de permanencia de sus nacionales en la Comisión; por lo tanto, la diferencia

¹⁴ Conforme al texto aún vigente del artículo 213 del TCE, su apartado I establece lo siguiente:

La Comisión estará compuesta por veinte miembros, elegidos en razón de su competencia general y que ofrezcan garantías plenas de independencia.

El Consejo podrá modificar, por unanimidad, el número de miembros de la Comisión.

Solamente los nacionales de los Estados miembros podrán ser miembros de la Comisión.

La Comisión deberá comprender al menos un nacional de cada uno de los Estados miembros, sin que el número de miembros en posesión de la nacionalidad de un mismo Estado pueda ser superior a dos.

entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos determinados Estados miembros nunca podrá ser superior a uno, y ii) cada uno de los sucesivos colegios se constituirá de forma que refleje de manera satisfactoria la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados miembros.

Por lo que respecta a la presidencia de la Comisión, anteriormente el TCE establecía que los gobiernos de los Estados miembros designarían de común acuerdo con la personalidad que propondrían para ocupar dicho cargo, correspondiendo al Parlamento Europeo aprobar tal designación. Asimismo, los gobiernos de los Estados miembros, de común acuerdo con el presidente designado, elegirían a las demás personalidades que propondrían como miembros de la Comisión. Así, el presidente y los demás comisarios elegidos debían someterse colegiadamente al voto aprobatorio del Parlamento Europeo y, una vez obtenida tal aprobación, procedía su nombramiento de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros.

A partir de la entrada en vigor de las reformas introducidas por el Tratado de Niza, corresponde al Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de gobierno y por mayoría cualificada, la designación de la personalidad a proponer como presidente, así como de aquéllas que de común acuerdo con éste serán propuestas como comisarios, manteniéndose la competencia del Parlamento Europeo para aprobar tal designación, en cuyo caso el Consejo, por mayoría cualificada, realizará los nombramientos respectivos.

Adicionalmente, con el Tratado de Niza se han atribuido al presidente de la Comisión facultades para decidir sobre la organización interna de ésta con el objeto de garantizar la coherencia, eficacia y colegialidad de su acción, así como para estructurar y repartir entre los comisarios las responsabilidades que incumben a la Comisión y para nombrar, previa aprobación del Colegio, a los vicepresidentes que corresponda de entre los miembros de la propia Comisión.

3. Ponderación de votos en el Consejo de Ministros

Como se recordará, a diferencia de la Comisión de la UE que representa el interés comunitario, en el Consejo de la UE o Consejo de Ministros son representados los intereses de los Estados miembros, constituyendo un cuerpo que reúne las características tanto de una

organización supranacional como intergubernamental, cuyas decisiones son adoptadas por unanimidad, por mayoría simple o por mayoría cualificada, según la materia de que se trate.

A partir del 1 de enero de 2005, el apartado 2 del artículo 205 del TCE será sustituido, modificándose la ponderación de los votos y el umbral para la adopción de los acuerdos que requieran mayoría cualificada.

Cabe destacar que el número de votos adjudicado a cada Estado miembro se incrementará con base en su población, por lo que los cinco Estados más poblados tendrían, en una Unión aún de quince miembros, el 60 por ciento de los votos.¹⁵

Conforme tenga verificativo cada una de las adhesiones, el umbral previsto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 205 del TCE se calculará de tal manera que el umbral de la mayoría cualificada expresada en votos no supere el que resulta del cuadro contenido en la "Declaración relativa a la ampliación de la Unión Europea", incluida en el Acta Final de la Conferencia que adoptó el Tratado de Niza.

Con el objeto de facilitar la comprensión de las modificaciones referidas y considerando que éstas serán vigentes hasta el 1 de enero de 2005, en el primer cuadro de la página siguiente se señala la ponderación aún vigente, así como el umbral y características necesarias para la adopción de acuerdos por mayoría cualificada.

En este contexto, los acuerdos del Consejo de Ministros requieren cuando menos: a) sesenta y dos votos (71.26 por ciento) cuando se trate de asuntos cuya propuesta compete a la Comisión, o b) sesenta y dos votos que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo en los demás casos.

Ahora bien, atendiendo a la nueva ponderación que entrará en vigor el 1 de enero de 2005, la adopción de los acuerdos por el Consejo de Ministros se puede ver en el segundo cuadro de la página siguiente.

¹⁵ Se emplea el pospretérito toda vez que el umbral ha sido fijado para una Unión de quince miembros en razón de 169 votos sobre un total de 237, esto es el 71.31 por ciento, sin embargo, considerando que la nueva ponderación entrará en vigor el 1 de enero de 2005, y estimándose que en esa fecha la UE contará con más de quince Estados miembros, tal umbral no tendrá aplicación práctica sino que deberá adecuarse en función de las adhesiones correspondientes.

<i>Estados miembros</i>	<i>Número de votos</i>
Bélgica	5
Dinamarca	3
Alemania	10
Grecia	5
España	8
Francia	10
Irlanda	3
Italia	10
Luxemburgo	2
Países Bajos	5
Austria	4
Portugal	5
Finlandia	3
Suecia	4
Reino Unido	10
Total	87

<i>Estados miembros</i>	<i>Número de votos</i>
Bélgica	12
Dinamarca	7
Alemania	29
Grecia	12
España	27
Francia	29
Irlanda	7
Italia	29
Luxemburgo	4
Países Bajos	13
Austria	10
Portugal	12
Finlandia	7
Suecia	10
Reino Unido	29
Total	237

Tratándose de asuntos cuya propuesta compete a la Comisión, los acuerdos requerirán cuando menos 179 votos (71.30 por ciento) que

representen la votación favorable de la mayoría de los miembros. Mientras que, en los demás casos, se requerirán al menos ciento sesenta y nueve votos que representen la votación favorable de dos tercios de los miembros como mínimo.

Conforme a este nuevo régimen, cuando el Consejo de Ministros adopte una "decisión" por mayoría cualificada, cualquiera de sus miembros podrá solicitar que se compruebe que los Estados que constituyen la mayoría cualificada representan como mínimo el 62 por ciento de la población total de la UE. Si esta condición no se cumpliera, la "decisión" de que se trate no será adoptada.¹⁶

De acuerdo con la ponderación prevista para los nuevos Estados miembros que se adhieran, la cual se establece en la "Declaración relativa a la ampliación de la Unión Europea" antes citada, el umbral se calculará de tal manera que no supere aquél que, considerando el número de votos asignado a cada uno de los quince Estados miembros conforme al cuadro anterior, resulta de lo siguiente:

<i>Nuevos Estados miembros</i>	<i>Número de votos</i>
Polonia	27
Rumania	14
República Checa	12
Hungría	12
Bulgaria	10
Eslovaquia	7
Lituania	7
Letonia	4
Eslovenia	4
Estonia	4
Chipre	4
Malta	3
Total	108

En una Unión de 27 Estados miembros, lo que supondrá un total de 345 votos, los acuerdos del Consejo de Ministros requerirán cuan-

¹⁶ La misma prerrogativa corresponderá a los miembros que, en virtud de la adhesión de los Estados candidatos respectivos, vayan incorporándose al Consejo de Ministros hasta alcanzar una Unión de veintisiete Estados miembros.

do menos 258 votos (74.78 por ciento) que representen la votación favorable de la mayoría de los miembros en asuntos cuya propuesta compete a la Comisión, o bien, 258 votos que representen la votación favorable de dos tercios de los miembros en los demás casos.

4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia

Considerando la integración de nuevos Estados miembros, el TCE actualmente establece que el Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por cada Estado miembro, mientras que su actuación, la cual anteriormente suponía su reunión en sesión plenaria pudiendo constituir Salas con el objeto de proceder a determinadas diligencias de instrucción o conocer determinadas categorías de asuntos, se efectuará en Salas o en Gran Sala, de conformidad con las normas establecidas al efecto en el Estatuto del Tribunal de Justicia. Adicionalmente, se ha establecido la posibilidad de crear Salas jurisdiccionales para que conozcan en primera instancia de determinados recursos en materias específicas.

En virtud de las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, diversas previsiones anteriormente contenidas en el texto del TCE han sido reguladas en el Estatuto del Tribunal de Justicia, el cual se incorpora en un Protocolo que, en virtud del Tratado de Niza, constituye un anexo del Tratado de la UE, del TCE y del TEURATOM, habiéndose derogado los Protocolos anteriores.

Por otra parte, en el TCE han quedado incorporadas las disposiciones fundamentales relativas al Tribunal de Primera Instancia, destacando aquéllas que establecen su competencia. Anteriormente, el TCE únicamente señalaba que se agregaba al Tribunal de Justicia un Tribunal encargado de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos que, a instancia del propio Tribunal de Justicia y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, determinaría el Consejo de Ministros por unanimidad. Lo anterior, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de derecho y conforme a las condiciones establecidas por el Estatuto. Asimismo, el TCE expresamente disponía que el Tribu-

nal de Primera Instancia no sería competente para conocer de las cuestiones prejudiciales.¹⁷

De manera similar a lo que ocurre respecto del Tribunal de Justicia, diversos aspectos relacionados con la organización y con el procedimiento del Tribunal de Primera Instancia han quedado regulados en el Estatuto del Tribunal de Justicia, lo que supone una mayor flexibilidad para adaptar el sistema jurisdiccional en el futuro, ya que el Estatuto podrá ser modificado por el Consejo, por unanimidad, a petición del Tribunal de Justicia o de la Comisión, mientras que la aprobación de los reglamentos de procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia corresponderá igualmente al Consejo, en este caso bastando la mayoría cualificada.

En cuanto a las competencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, en el TCE se ha establecido el reparto correspondiente, sin embargo, la delimitación podrá ajustarse mediante disposiciones que se incorporen al Estatuto del Tribunal de Justicia. En términos generales, el Tribunal de Primera Instancia será competente para pronunciarse sobre los recursos directos, con excepción de los que se asignen a una Sala Jurisdiccional y aquellos que conforme al Estatuto se encuentren reservados al Tribunal de Justicia. Por su parte, el Tribunal de Justicia continuará siendo competente para los demás recursos, así como para conocer de las cuestiones prejudiciales, no obstante que, de acuerdo con el TCE, el Estatuto podrá otorgar al Tribunal de Primera Instancia competencia prejudicial en materias específicas.

En términos generales contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia podrá interponerse ante el Tribunal de Justicia un recurso de casación limitado a cuestiones de derecho conforme a las condiciones y límites fijados por el Estatuto, sin embargo, en virtud de las nuevas atribuciones conferidas al Tribunal de Primera Instancia, el TCE prevé que cuando éste considere que un asunto requiera de una resolución de principio que pueda afectar la unidad o coherencia del derecho comunitario, podrá remitirlo para

¹⁷ Como se recordará, las cuestiones prejudiciales son aquéllas que plantean los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con el objeto de obtener un pronunciamiento sobre una cuestión de derecho comunitario que les permita dictar una resolución en el asunto que estén conociendo.

su resolución al Tribunal de Justicia. Por otra parte, las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia respecto de cuestiones prejudiciales podrán ser excepcionalmente reexaminadas por el Tribunal de Justicia, de conformidad con lo que al efecto establezca el Estatuto, siempre y cuando exista un riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del derecho comunitario.

Así, como lo señaló el Secretario General de la Comisión de la UE en la nota intitulada “Síntesis del Tratado de Niza”,¹⁸ dirigida a la atención de los miembros de la propia Comisión, el objetivo es mantener en el Tribunal de Justicia, órgano jurisdiccional supremo de la Unión y responsable de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario, el contencioso relativo a las cuestiones esenciales para el orden comunitario.

Por lo que respecta a las Salas jurisdiccionales anteriormente mencionadas, su creación corresponderá al Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Tribunal de Justicia, o bien, a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión. Las decisiones por las que se creen esta Salas fijarán las normas relativas a su composición y al alcance de las competencias que les sean atribuidas.

Las Salas jurisdiccionales establecerán su reglamento de procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia, requiriéndose la aprobación del Consejo por mayoría cualificada.

Contra las resoluciones dictadas por las Salas jurisdiccionales podrá interponerse ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso de casación limitado a cuestiones de derecho o, cuando la “decisión” por la que se haya creado la Sala de que se trate así lo prevea, un recurso de apelación que considerará también cuestiones de hecho. A su vez, las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia con motivo de los recursos de casación ante él interpuestos podrán ser excepcionalmente reexaminadas por el Tribunal de Justicia, de conformidad con lo que al efecto establezca el Estatuto, siempre y cuando exista un riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del derecho comunitario.

¹⁸ La cual puede consultarse en el sitio de Internet: http://europa.eu.int/comm/nice_treaty/summary_es.pdf.

LA PENA DE MUERTE EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO DE 1987

Luis Norberto CACHO PÉREZ

“Cuando se castiga a alguien no se hace por vengarse de nadie, el castigo no es la venganza contra ningún ciudadano; es la necesidad de defender al pueblo, defender al trabajador, a su familia, a sus hijos, a sus padres. Nadie siente placer al castigar a alguien. Hay que castigar a los irresponsables, sencillamente no queda otro remedio, y hay que castigar a los incorregibles, no queda otro remedio, hay que castigar a los que atentan contra los intereses, la tranquilidad y el bienestar del pueblo”.¹

Fidel Castro

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. El Código de 1987. IV. Pena de muerte. V. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho es la expresión del grupo político en el poder. Y el derecho penal es el medio para que ese grupo político se conserve en el poder. Ningún sistema jurídico, por definición y por lógica, puede suponer ser transitorio. Todos aspiran a la continuidad y a la permanencia. Reflejo de los valores imperantes en una sociedad, el derecho penal, como ninguna otra rama de la ciencia jurídica, sirve para detectar aquello en lo que se cree y aquello que se debe defender.

¹ CASTRO, Fidel, en *Ley núm. 62, Código Penal. República de Cuba*, s. I., Ministerio de Justicia, 1989, contraportada.

El concepto de delito tiene su origen en el Estado mismo. Sólo es delito lo que el Estado quiere que sea. Las demás acciones reprobables, desde el punto de la moral, la religión o la convivencia social, serán faltas, pecados o incorrecciones, pero sólo serán delitos cuando el Estado así lo quiera.

El derecho, como expresión de poder, refleja los valores del grupo dominante. Sin embargo, el Estado necesita allegarse elementos que le permitan crear los tipos. De esta manera, capta valores medios e impone valores propios.

El valor, como ente axiológico que tiene mayor entidad que otro, es el aprecio o la cualidad que se le reconoce a una cosa. Al darle más valor a unas cosas que a otras se está creando una escala de valores, algo que toda sociedad tiene. Así, se construye un orden jerárquico, como característica de los valores.

En una escala de valores, se distinguen los valores medios, compartidos por la mayoría de los miembros de la sociedad, los cuales son defendidos por la misma, con el objeto de asegurar su permanencia. Cuando alguien contradice un valor medio, su conducta hiere los sentimientos de los demás y provoca un rechazo social, motivando una sanción de la sociedad, pero sin que se le aplique una pena por parte del Estado.

Hasta que el Estado capta ese valor medio y crea un tipo penal, la conducta de quien atacó ese valor, cobra trascendencia para el derecho, al hacerse acreedor de una pena, entendida como el reproche del Estado al individuo por haberse apartado de los lineamientos impuestos, al contradecir la prohibición implícita en el tipo.

Por otro lado, los valores propios que impone el Estado cuando crea los tipos, son consideraciones que se hace respecto de él mismo, constituyendo bienes que al tutelarlos jurídicamente, se protegen los intereses estatales y, por lo mismo, pueden no coincidir con los valores medios de la sociedad. En estos valores, los individuos pueden suponer que no es necesaria su protección o, por lo menos, no de la manera como se hace. La sociedad no necesariamente participa con el Estado de la idea de que esos valores deben protegerse penalmente.

La sociedad considera que la contradicción a esos valores, no lastima los sentimientos medios de la misma, no hiere los valores medios y, como consecuencia, el grupo no resiente el ataque y no tiene una respuesta contra el delincuente.

Estado y sociedad no son lo mismo, ni debe entenderse que ésta se subsume en aquel. El Estado, en su acepción de gobierno, es el depositario del poder y de la autoridad. El poder es la capacidad de imponer nuestra voluntad a otros y controlar sus actos, es la facultad de mandar y exigir obediencia a nuestras órdenes, afectando la esfera de actuación de los demás. En el poder está implícita la idea de fuerza, como medio para obtener y conservar aquel.

Cuando el poder se legitima, se convierte en autoridad, o sea, que se tiene el derecho de ejercer el poder. La principal autoridad es el Estado, como organización jurídica de mando en un grupo humano con pretensiones de permanencia.

El derecho cubano, y en especial el derecho penal, no escapa a las consideraciones anteriores. Resultado, como todo orden jurídico, de procesos históricos y sociales, tiene características especiales que lo diferencian del resto de las legislaciones latinoamericanas. Heredero del derecho romano, francés y español, resultado de las codificaciones del siglo XIX, a partir del triunfo de la Revolución comparte los elementos de los sistemas jurídicos socialistas.²

Es así, que este artículo lo hemos dividido en tres partes. En una primera, mencionamos los antecedentes codificados de la regulación penal de 1987. De esta forma, mencionamos al Código Penal español de 1870, que tuvo aplicación en la isla por Real Decreto del 23 de mayo de 1879, hasta la entrada en vigor del Código de Defensa Social el 10 de octubre de 1938, el cual se había aprobado el 4 de abril de 1936. Fue hasta la década de los setenta que se reformó todo el sistema penal cubano, con la expedición de la Ley de Organiza-

² Vid. ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Luisa, *et al.*, *El aborto en Cuba*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1994; DÖHRING, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso* (trad. Tomás A. Banzhaf, del original en alemán publicado por Duncker & Humblot), La Habana, Minjus, 1986; FERNÁNDEZ PEREIRA, Julio A., *Apuntes de criminalística para estudiantes de derecho*, La Habana, Universidad de La Habana, 1989; GALPERIN, I. M., *La sanción. Funciones sociales y práctica de su aplicación* (trad. Ernesto López Aparicio, del original en ruso, publicado por Literatura Jurídica, Moscú, 1983), La Habana, Ciencias Sociales, 1988; LUGONES CHÁVEZ, Óscar, *La delincuencia. Problemas teóricos y metodológicos*, La Habana, Ciencias Sociales, 1985; STELZAR, Ehrenfried, *Criminalística socialista. Teoría y metodología criminalística general* (trad. Fernando Carr Parúas, del original en alemán, publicado por VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, Berlín, 1977), La Habana, Ciencias Sociales, 1989; VIERA HERNÁNDEZ, Margarita (comp.), *Lecturas complementarias sobre criminología*, La Habana, Universidad de La Habana, 1988.

ción del Sistema Judicial, Ley núm. 1250 del 25 de junio de 1973³ y posteriormente con la Ley número 21, Código Penal, del 15 de febrero de 1979.

En la segunda sección abordamos la Ley número 62, Código Penal de la República de Cuba, expedido en 1987, a menos de 10 años de la anterior regulación en la materia.

En la parte tercera nos referimos a los delitos contra la seguridad del Estado, que tienen como característica esencial que la mayoría de ellos son castigados con la pena de muerte, caso contrario a las legislaciones penales como la mexicana, que siguen un sistema de privilegio para el delincuente político. Además, incluimos las demás conductas que se sancionan con la misma severa pena. La intención es hacer un análisis comparativo entre los bienes jurídicamente tutelados y concluir a cuáles el derecho penal cubano les concede mayor entidad.

El tema es enorme. Puede, en efecto, incluir tratados enteros.⁴ El carácter socialista del delito (como defensa de los trabajadores), la desaparición futura de las conductas delictuosas (al desaparecer la lucha de clases y formarse una conciencia común en la sociedad), y el origen de las conductas delictuosas (con base en razones básicamente económicas, derivadas de la propiedad de los medios de producción), son algunos de los aspectos que el derecho penal socialista, y en concreto el cubano, tienen. Podemos no estar de acuerdo con estas concepciones, pero su interés académico y valía en la aplicación real ahí están.

³ Para un panorama sobre el derecho procesal penal puede consultarse: BODES TORRES, Jorge, *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, La Habana, Ciencias Sociales, 1988; LLACA Y ARGUDÍN, Francisco, *El procedimiento correccional en Cuba*, 2a. ed., La Habana, Rambla, Bonza y Ca., 1929; MERINO BRITO, Eloy G., *Las costas procesales. Estudio doctrinal y jurisprudencial de los gastos y costas del proceso civil, contencioso administrativo, penal y otros*, La Habana, Jesús Montero, 1945; PORTUONDO Y DE CASTRO, José, *Curso de derecho procesal criminal*, t. I, 2a. ed., La Habana, Martí, 1947; PRIETO MORALES, Aldo, *Derecho procesal penal. Primera parte*, La Habana, Orbe, 1976; PRIETO MORALES, Aldo, *Derecho procesal penal. Segunda parte*, La Habana, Orbe, 1977; SERROCHA FERNÁNDEZ PÉREZ, Serafín, AMARO POTTS, Raúl y REGALADO SALAZAR, Juan Manuel, *Ley de Procedimiento Penal. Edición actualizada, anotada y concordada*, La Habana, SIMAR, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 1997.

⁴ Sólo a manera de ejemplo, *Cfr.* MORALES COELLO, Julio, *Criminología*, 3a. ed., La Habana, Universidad de La Habana, 1948; y PRIETO MORALES, Aldo, *Lo circunstancial en la responsabilidad penal*, La Habana, Ciencias Sociales, 1983.

El derecho penal no puede agotarse, de ninguna forma, en el Código Penal. Sin embargo, éste es el eje rector y la base del mismo. Su estudio nos lleva a lograr un acercamiento, así sea pequeño, a la mentalidad y valores del legislador cubano y sus juristas.

El derecho penal socialista consiste en el sistema de normas instituidas por el Estado socialista, que configuran las definiciones conceptuales de determinadas formas de comportamiento humano prohibidas por su carácter peligroso para las exigencias y el desarrollo del régimen de relaciones sociales socialistas, así como las previsiones de los medios y modos de lucha contra esas acciones.⁵

Renén Quirós Pérez

II. ANTECEDENTES

El primer Código Penal que tuvo Cuba, siendo parte del Imperio español,⁶ fue el Código español de 1870, extensivo a la Isla por Real Decreto del 23 de mayo de 1879, comunicado por Real Orden de la misma fecha, siendo el "cúmplase" de 17 de junio del mismo año, ordenándose su publicación en la *Gaceta* el 20, apareciendo el Código y el Real Decreto en los números del 11 de julio al 2 de agosto de 1879, y del 3 al 6 de agosto la Ley Provisional para su aplicación y una rectificación del artículo 506.⁷

Por Real Orden del 28 de mayo de 1879 se remitieron al Gobernador General los números de la *Gaceta de Madrid* del 25, 26 y 27

⁵ QUIRÓS PÉREZ, Renén, *Introducción a la teoría del derecho penal*, La Habana, Ciencias Sociales, 1987.

⁶ Para un recorrido sobre los procesos históricos cubanos *Vid.* LE RIVEREND, Julio, *Breve historia de Cuba*, 1a. ed., 2a. reimp., La Habana, Ciencias Sociales, 1992.

⁷ Para las referencias al Código de 1870 hemos seguido a BETANCOURT, Ángel C., *Código Penal*. Esta obra contiene el texto del Código español, en la forma en que se hizo extensivo a Cuba por R. D. de 23 de mayo de 1879, con las modificaciones introducidas en el mismo por disposiciones posteriores y con las enmiendas que la nueva situación política del país ha hecho prácticamente necesarias y las indirectamente producidas por leyes de otro orden, con notas aclaratorias y concordancias con otros cuerpos legales vigentes, redactadas por. 2a. ed., La Habana, Rambla, Bouza y Ca., 1922.

del mismo mes y año, en que se publicó el Real Decreto y el correspondiente al 28 en el que se publicó la rectificación del artículo 506. Las erratas que se contenían en las publicaciones mencionadas, fueron corregidas en la publicación oficial que apareció con el sello del Ministerio de Ultramar, en la *Gaceta de La Habana* el 11 de julio de 1879.

Por Real Orden del 8 de junio de 1879 (publicada en la *Gaceta* del 3 de julio), se dispuso que por equidad se aplicaran las disposiciones del Código Penal que fueran más benignas al reo, por los delitos cometidos antes de la promulgación de dicho ordenamiento. Esta disposición, que a los ojos modernos y conforme al estado de nuestras legislaciones actuales es algo lógico, en el siglo XIX hizo obligatorio lo que entonces era simple doctrina.

El 18 de julio de 1879 se publicó en la *Gaceta* la Real Orden del 30 de mayo del referido año, sobre protección a los niños, que en realidad fue un complemento al Código Penal y que se le llegó a considerar parte del mismo. Poco después, por Real Decreto del 17 de octubre de 1879, se promulgó la Ley del 8 de enero de 1879, para reprimir el bandolerismo.

El 6 de agosto de 1879 se publicó en la *Gaceta de La Habana*, el artículo 506 del Código Penal, debidamente corregido, toda vez que apareció con erratas en la *Gaceta de Madrid*. De igual forma, por Real Decreto del 20 de agosto de 1880, aparecido en la *Gaceta* del 3 de octubre, se rectificaron los artículos 232, 244, 460 y 616, que también habían sido publicados con erratas.

Como complementarias al Código Penal se hicieron a Cuba las disposiciones siguientes: los artículos 12, 14, 582 y 583 del Código de la Península, según Real Decreto del 20 de julio de 1882, publicado en la *Gaceta* del 26 de agosto del mismo año; y la ley del 10 de julio de 1894 sobre represión de los atentados con explosivos, según Real Decreto del 17 de octubre de 1895, publicado en la *Gaceta* del 3 de noviembre del mismo año.

Cuando termina la dominación española en Cuba, el 1 de enero de 1899, se inicia la ocupación de la isla por el ejército de Estados Unidos. Entonces, el comandante de las fuerzas de ocupación publicó ese mismo día una proclama señalando que el Código Criminal y el Código Civil, existentes antes de finalizar la soberanía española, quedaban en vigor y que se modificarían, cuando fuera necesario, para

el mejor gobierno. Esto provocó que en la *Gaceta* aparecieran, en los siguientes años, diversas órdenes y decretos que modificaban el Código Penal.

Al cesar la intervención de Estados Unidos, se pretendió sistematizar y armonizar la regulación penal, puesto que el Código fue reformado y adicionado, en ocasiones, conservando la armonía en su estructura, pero en muchas fueron modificaciones que rompieron la unidad del Código y aun preveían situaciones contradictorias entre sus preceptos.

Es así, que en los primeros días de la República, el 10 de junio de 1903 se presentó a la Cámara de Representantes, por parte de Felipe González Sarraín, Rafael M. Portuondo, J. L. Castellanos, Alfredo Betancourt, Juan Antonio Garmendía, A. Nodarse y Juan R. Xiqués, una propuesta derogando, salvo algunas leyes especiales, todas las órdenes, decretos, leyes y reglamentos dictados desde el 1 de enero de 1899 al 20 de mayo de 1902, que contuvieran disposiciones penales o modificaciones al Código Penal el cual, se proponía, fuera sustituido por uno nuevo. Dicha iniciativa no prosperó y en enero de 1908, el Gobernador Provisional nombró por Decreto núm. 13, del 6 de enero de 1908, una Comisión encargada de redactar un proyecto de Código Penal.

La Comisión redactora estuvo formada por Antonio Govín y Torres, José I. Travieso y López, Arturo Hevia y Díaz, José A. González Lanuza, Ricardo Dolz y Arango, José A. del Cueto y Pazos, y Manuel Landa y González. Su encargo fue, entre otros, redactar un informe sobre las modificaciones, reformas o sustituciones que se necesitara hacer al Código Penal y presentarlo, junto con el proyecto de Ley, al Departamento de Justicia para que éste lo sometiera al Congreso de la República, en cuanto se reuniera, o al Gobernador Provisional, en su caso. La Comisión publicó, como folleto, el primer libro y parte del segundo del Código, pero se disolvió al cesar en sus funciones el gobierno que la integró.

Cabe mencionar que por Real Decreto del 28 de mayo de 1879 se prohibió toda autorización para publicar el Código Penal tal como apareció en la *Gaceta*. Y en la *Gaceta* del 24 de julio de 1879 se hizo obligatoria para los tribunales y funcionarios judiciales la adquisición del Código, publicado oficialmente con el sello del Ministerio de Ultramar, y que como dijimos, estaba libre de erratas.

El Código Penal español, con sus respectivas reformas hechas en Cuba, estuvo vigente hasta el 10 de octubre de 1938, cuando entró en vigor el Código de Defensa Social, promulgado por Decreto-Ley número 802, del 4 de abril de 1936 y publicado en la *Gaceta Oficial* del 11 de abril del mismo año.⁸

Como principales características de este segundo Código están un arbitrio judicial más amplio, la introducción de la remisión condicional y de la libertad condicional, y la creación de las medidas de seguridad. La remisión condicional de la privación de la libertad obliga a evaluar las circunstancias concurrentes, siendo potestativo para el tribunal conceder este beneficio. Por otro lado, el fundamento científico de la libertad condicional es el examen de la conducta del reo, sólo aplicable cuando existe buena conducta.

El concepto mismo del Código de Defensa Social está tomado de los positivistas italianos, como Lombroso, Ferri y Garofalo, quienes consideraron a la pena no como un mal sino como un medio de defensa social. Además, otros conceptos previstos en el Código, como el considerar como objeto principal de estudio al delincuente y no al delito, y buscar una sanción proporcional al estado peligroso, son claramente positivistas. Esta Escuela ha influido, en su momento, en gran parte de las legislaciones penales de América Latina.

A pesar de que la Revolución triunfa en 1959, han de pasar varios años para que, acordes a las políticas del gobierno socialista, se elabore un nuevo Código Penal. Aun cuando durante varios años se fueron haciendo reformas al Código de 1936, llegó un momento en que debió sistematizarse la regulación penal, para responder a las nuevas condiciones económicas, sociales y políticas.

En 1969 se inician los trabajos de una Subcomisión dentro de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido Comunista, que concluyen en 1973 con un anteproyecto, el cual, en los años siguientes, fue enriquecido con las aportaciones de dirigentes políticos y administrativos, instituciones estatales y sociales y organizaciones de masas, hasta finalizar con la expedición de la Ley núme-

⁸ Vid. Ley número 62, Código Penal de 27 de diciembre de 1987. República de Cuba. Modificada por el Decreto Ley número 140 de 13 de agosto de 1993, y el Decreto Ley número 150, de 6 de junio de 1994, La Habana, Ciencias Sociales, 1996, pp. IX a XVI.

ro 21, Código Penal, del 15 de febrero de 1979, que entró en vigor el 1 de noviembre del mismo año.

El objeto de las revisiones efectuadas entre 1974 y 1977, fue ajustar el anteproyecto a lo previsto en la Constitución de la República de Cuba (en vigor a partir del 24 de febrero de 1976, según Proclama del Consejo de Ministros publicada en la *Gaceta Oficial* el mismo día), y a lo señalado en la Ley de Organización del Sistema Judicial y la Ley de Procedimiento Penal, expedidas en 1977, uniformar su sistemática y técnica legislativa, revisar sus previsiones más importantes y mejorar su estilo.

La Asamblea Nacional del Poder Popular acordó, en diciembre de 1977, someterlo a consulta pública, conforme a lo previsto en el artículo 73, inciso b) de la Constitución, discusión que se llevó a cabo en los primeros meses de 1978. En diciembre de ese año, la Asamblea aprobó el Proyecto de Código Penal y lo envía, convertido en ley, a una comisión de estilo para una revisión final. Después de esto, el Código es publicado, en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, el 1 de marzo de 1979.

Las principales características del Código de 1979 son: la finalidad de la sanción es la reeducación; se aumentan las clases de sanciones, a efecto de individualizar mejor la pena; se establecen sanciones que no privan de la libertad ni del contacto con el medio social y familiar de los sancionados; cabe la posibilidad de reducir la sanción cuando los infractores son menores de 20 años de edad; se regulan la remisión condicional y la libertad condicional; se fortalece la lucha contra la reincidencia previendo penas agravadas para los que incurrir en nuevos delitos; se establece una mejor atención pospenitenciaria para los reclusos que abandonan los establecimientos donde se cumple una sanción privativa de libertad; se incorporan figuras delictivas repudiadas por la "conciencia jurídica internacional" y condenadas en convenciones internacionales de las cuales Cuba es parte, como el mercenarismo, el genocidio y el *apartheid*; se incluyen delitos laborales y contra el patrimonio cultural; se refuerza la protección al patrimonio de propiedad socialista; se mantiene la pena de muerte, para los delitos más graves y siempre en forma alternativa a la pena de prisión; y se eliminan las contravenciones, que pasan a ser, en unos casos, delitos leves, y en

otros, infracciones que la legislación no penal castiga con multas administrativas.⁹

El Código Penal de 1979 dejó sin efectos, además del Código de Defensa Social (exceptuando el tratamiento penal de los menores y la Ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad) los siguientes preceptos y disposiciones: artículos 234 a 239, 241, 243 al 248, 254 y 260 del Decreto-Ley número 805, del 4 de abril de 1936 (*Gaceta Oficial* del 11 del mismo mes y año), relativo a sanciones por delitos contra la propiedad industrial; artículos 110 al 129 de la Ley-Decreto número 2037, de 27 de enero de 1955 (*Gaceta Oficial* del 5 de febrero), Código de Tránsito; artículos 13 al 18, de la Ley-Decreto número 2074, de 27 de enero de 1955 (*Gaceta Oficial* del 7 de febrero), sobre sanciones por infracción a la Ley de Hotelaría; Ley número 425, de 7 de julio de 1959 (*Gaceta Oficial* del 9 del mismo mes y año), sobre delitos contrarrevolucionarios; artículos 10 y 11 de la Ley número 499, del 19 de agosto de 1959 (*Gaceta Oficial* del 24 de agosto), que estableció una sanción penal para quienes obstaculizaran la campaña para erradicar el mosquito *Aedes aegypti*; Ley número 568, del 23 de septiembre de 1959 (*Gaceta Oficial* del 29 de septiembre), sobre delitos de contrabando monetario; artículo 44 de la Ley de Reforma Urbana, del 14 de octubre de 1960 (*Gaceta Oficial* del mismo día); artículo 6 de la Ley número 915, del 31 de diciembre de 1960 (*Gaceta Oficial* del 4 de enero de 1961), sobre infracciones por el no uso del sistema métrico decimal; Ley número 966, del 23 de agosto de 1961 (*Gaceta Oficial* del 24 de agosto), sobre ocupación de vehículos; Ley número 988, del 29 de noviembre de 1961 (*Gaceta Oficial* del mismo día), sobre delitos contrarrevolucionarios; Ley número 993, del 19 de diciembre de 1961 (*Gaceta Oficial* del día siguiente), sobre explotación de la prostitución como índice de peligrosidad; el artículo 5 de la Ley número 1096, del 25 de marzo de 1963 (*Gaceta Oficial* del 29 de marzo), sobre infracciones por desarme de vehículos de motor; Ley número 1231, del 16 de marzo de 1971 (*Gaceta Oficial* de 26 de

⁹ Vid. *La legislación penal y algunas regulaciones administrativas*, La Habana, Ciencias Sociales, 1984, pp. 39 y 40.

marzo), sobre la vagancia como índice de peligrosidad y como delito; artículos 12, 13, 14 y 16 de la Ley número 1246, del 14 de mayo de 1973 (*Gaceta Oficial* del 17 del mismo mes y año), sobre delitos por infracción del secreto estatal; Ley número 1248, del 23 de junio de 1973 (*Gaceta Oficial* del mismo día), sobre delitos sancionables con pena de muerte; artículos 40 al 45 de la Ley número 1255, del 2 de agosto de 1973 (*Gaceta Oficial* del mismo día), sobre delitos por la infracción de la Ley del Servicio Militar General; artículo 15 de la Ley número 1278, del 11 de septiembre de 1974 (*Gaceta Oficial* del 13 de septiembre), que estableció sanciones penales por la infracción de normas relacionadas con el Carné de Identidad; artículos 41, 47 y 50 de la Ley número 1279, del 9 de octubre de 1974 (*Gaceta Oficial* del 12 de octubre), que sancionó el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el Registro Pecuuario; y la Ley número 1262, del 5 de enero de 1974 (*Gaceta Oficial* del mismo día), que adicionó figuras delictivas al Código de Defensa Social y estableció la competencia para su conocimiento.

Los artículos y leyes derogados (las disposiciones finales del Código sólo hablan de derogación, más no de abrogación) son el resultado de los años y las circunstancias que pasaron entre uno y otro Código. Se fueron creando disposiciones para cubrir las necesidades del momento, pero que dieron origen a una gran dispersión de regulaciones penales y a poca sistematización en la materia. Se hizo necesario conjuntar en un solo cuerpo legal, ese vasto universo de previsiones penales.¹⁰

¹⁰ En México siempre ha existido gran interés por el derecho penal cubano. Sirven como breve referencia los siguientes artículos aparecidos en *Criminalia*: BERNALDO DE QUIROS, Constancio, "Criminología y derecho penal en Cuba y México", en *Criminalia*, mayo de 1947, año XIII, núm. 5, pp. 182 a 204; DE CÓRDOVA, JR., Federico D., "La libertad condicional en Cuba", en *Criminalia*, noviembre de 1940, año VII, núm. 3, pp. 167 a 179; GIMÉNEZ LANIER, Manuel, "El delito de usura en el Código de Defensa Social", en *Criminalia*, diciembre de 1941, año VIII, núm. 4, pp. 248 a 252; GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, "El Consejo Superior de Defensa Social de la República de Cuba", en *Criminalia*, octubre de 1938, año V, núm. 2, pp. 117 a 118; HERNÁNDEZ, Enrique, "El trastorno mental transitorio en el Código y la jurisprudencia de Cuba", en *Criminalia*, febrero de 1949, año XV, núm. 2, pp. 63 a 87; TIJERA, Diego Vicente, "La definición del delito político en Cuba", en *Criminalia*, abril de 1940, año VI, núm. 8, p. 406.

Ustedes ni nadie pueden actuar a la libre. Existen tribunales revolucionarios. Si alguno actúa por sí, ordenaré que lo encierren y le formen juicio, también revolucionario.¹¹

Ernesto "Che" Guevara

III. EL CÓDIGO DE 1987

A pocos años de estar vigente el Código de 1979, el gobierno cubano considera que algunas de las instituciones en él reguladas no son consecuentes con el desarrollo del país, ni con la modernización del derecho penal, por lo que la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su sesión del 29 de diciembre de 1987, aprueba la Ley número 62, Código Penal, siendo publicado en la *Gaceta Oficial*, el 30 de diciembre del mismo año.

Dicha Asamblea consideró que el derecho socialista tiene que desarrollarse para servir con eficacia a los fines de la sociedad cubana, y que la política penal acordada por el Estado debe reflejar, con esencia, las formas de lucha contra el delito y la delincuencia, atendiendo a las condiciones sociales, políticas y económicas, de la República de Cuba. Por lo tanto, el Estado socialista ha establecido y desarrollado vías distintas para prevenir y enfrentar las infracciones a la ley, lo que implica un progreso en la estructuración del sistema de lucha contra el rompimiento de la legalidad y para la formación de una cultura de respeto a la ley, lo cual permite extraer de la esfera penal las conductas que por su naturaleza no constituyen propiamente delitos y, que por su carácter, deben pasar a otras ramas jurídicas.¹²

De esta forma, la Asamblea resolvió que no era conveniente expedir una ley modificativa del Código Penal, sino promulgar uno nuevo, a efecto de facilitar su consulta y aplicación.

La Ley número 62, Código Penal, del 29 de diciembre de 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988 y derogó el Código Penal, Ley

¹¹ Ernesto "Che" Guevara, dirigiéndose a un grupo de milicianos, durante los procesos que se efectuaron en la fortaleza de La Cabaña, en La Habana, los primeros meses de 1959, al triunfo de la Revolución. Citado por Paco Ignacio Taibo II, *Ernesto Guevara, también conocido como el Che*, 1a. ed., 1a. reimp., México, Joaquín Mortiz, Planeta, 1996, p. 344.

¹² *Ley número 62. Código Penal. República de Cuba*, 2a. ed., s.l., Ministerio de Justicia, 1989, pp. 3 y 4.

número 21, del 15 de febrero de 1979; el Decreto Ley número 28, del 27 de octubre de 1979; y el Código Postal promulgado por la Orden número 115, del 21 de julio de 1899, durante la intervención de Estados Unidos.

Entre las nuevas sanciones se estableció la de trabajo correccional con internamiento y la de trabajo correccional sin internamiento. Estos supuestos parten de que la esencia de la pena radica en la rehabilitación del comisor del delito y su incorporación a la sociedad. Esas sanciones son subsidiarias de la privación de libertad, implicando no recluir a los sancionados en establecimientos penitenciarios o cárceles cerradas, así como que éstos perciban salario idéntico al del trabajador común.¹³

Otras adiciones significativas son que en varios delitos se estableció como sanción alternativa la multa, y el perfeccionamiento de la sanción conjunta, que hasta 1979 no existió en la codificación penal cubana, según la cual los sancionados sólo extinguen una pena, aun cuando hubieran sido juzgados por varios delitos o que al ser condenados por un nuevo delito se encontraran cumpliendo una sanción anterior. Este último supuesto para la aplicación de la sanción conjunta (que alguien se encuentre extinguiendo una sanción en un establecimiento penitenciario y cometa un nuevo delito), se derogó por virtud de la Ley número 87, Modificativa del Código Penal, de fecha 16 de febrero de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* el 15 de marzo del mismo año y en vigor al día siguiente de su publicación.

El límite máximo de la privación de libertad es de 30 años,¹⁴ pudiendo extenderse cuando así lo autorice la propia ley hasta llegar a ser perpetua. La privación perpetua de libertad también puede imponerse como sanción principal en los delitos en que expresamente se halle establecida o alternativamente en los delitos que tienen prevista la sanción de muerte. Considerando el carácter reeducativo de la sanción, algunas sanciones no constituyen antecedentes penales, y cabe la posibilidad de cancelar el antecedente penal, cuando se cumplen adecuadamente las sanciones subsidiarias de la privación de libertad, como el trabajo correccional de internamiento, el trabajo correccional sin internamiento y la limitación de libertad.

¹³ *Ley número 62, modificada...*, *op. cit.*, pp. XII y siguientes.

¹⁴ Reforma al Código Penal, publicada en la *Gaceta Oficial* el 15 de marzo de 1999.

Siguiendo con el carácter reeducativo de la sanción, se prevé el beneficio de otorgar la libertad condicional a los sancionados a privación de la libertad, en caso de existir razones para suponer que el reo ha enmendado su conducta, sin necesidad de ejecutar totalmente la sanción, y se establecen plazos reducidos de cumplimiento cuando el sancionado no ha cumplido 20 años de edad al extinguir la pena, beneficio que puede otorgarse cuando se ha cumplido la tercera parte de la sanción.

Otro de los beneficios aplicables a los sancionados con privación de la libertad, consistente en la facultad del tribunal para conceder, por causa justificada y previa solicitud, licencia extrapenal durante el tiempo que se considere necesario, abonándose este término al de la duración de la sanción, siempre que el sancionado en el disfrute de la licencia haya observado buena conducta.

En 1993, 1994, 1997 y 1999 el Código Penal ha sido reformado. En el primer año, se produjo la despenalización de la tenencia ilegal de divisas. En 1994 se reformularon algunas figuras delictivas para incluir circunstancias de lugar, las consecuencias de daños materiales a determinados bienes y los comportamientos delictivos relacionados con el tráfico y tenencia de drogas tóxicas. De igual forma, considerando la reforma hacendaria que instrumentó Cuba, gravando la actividad laboral de los cubanos, se establecieron delitos contra la Hacienda Pública.

Una reforma que debe destacarse es la de reprimir el proxenetismo, como resultado de los cambios en las áreas económica y del turismo, que ha llevado a sanciones a quien favorezca que un hombre o mujer se prostituyan con un extranjero o con un cubano. Durante años, a partir del triunfo de la Revolución, la prostitución fue erradicada y es, hasta fechas recientes, sobre todo en el auge del turismo, que el fenómeno de la "jinetera", o sea, la persona que comparte su tiempo y favores sexuales con un turista extranjero, por bienes o por dinero, aparece y se incrementa. El Código no castiga a la prostituta, sino que reprime al que favorece esa prostitución y al que se aprovecha de esa situación, en diversas modalidades que en el propio ordenamiento se prevén.¹⁵

¹⁵ Cfr. ELIZALDE, Rosa Miriam, *Flores desechables. ¿Prostitución en Cuba?*, La Habana, abril de 1996; y ELIZALDE, Rosa Miriam, *Jineteros en La Habana*, La Habana, Pablo de la Torriente, 1996.

La reforma de 1999 estableció la sanción de privación de libertad perpetua, modificó el sistema de multas, el de la reincidencia, el concurso, la libertad condicional, la desobediencia, la evasión de establecimiento penitenciario, los delitos en materia de drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas, adquisición o portación de un arma de fuego, sacrificio de ganado mayor, extracción del país de un bien integrante del patrimonio cultural, el asesinato, la violación, la pederastia, el proxenetismo,¹⁶ la corrupción de menores y otros actos contrarios al normal desarrollo del menor,¹⁷ la venta y tráfico de menores, el hurto,¹⁸ introdujo el lavado de dinero y el tráfico de personas, como delito independiente de la entrada y salida ilegal del territorio nacional, y derogó la previsión de que la sanción conjunta también es aplicable cuando una persona que se encuentre en un establecimiento penitenciario extinguiendo una sanción, comete un nuevo delito.

Su estructura está dividida en dos libros, el I conteniendo la parte general y el II con la parte especial de los delitos. A su vez, la parte general contiene: disposiciones generales; eficacia de la Ley penal; ejecución de sentencia extranjera; concepto de delito; delitos intencionales y por imprudencia; unidad y pluralidad de acciones y delitos; delito consumado, tentativa y actos preparativos; delito imposible; lugar y tiempo de la acción; responsabilidad penal; edad; participación; eximentes de la responsabilidad penal (enfermedad mental, legítima defensa, estado de necesidad, error, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, miedo insuperable); fines de

¹⁶ Consiste en inducir a otro, o cooperar o promover a que otro ejerza la prostitución o el comercio carnal; poseer, dirigir, administrar, hacer funcionar o financiar un local establecimiento o vivienda o parte de ellos, en el que se ejerza la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal; obtener beneficios del ejercicio de la prostitución, promover, organizar o incitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución o el comercio carnal (artículo 302 del Código Penal cubano). Por comercio carnal se entiende toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa.

¹⁷ La actividad cada vez mayor del turismo y con el objeto de evitar que Cuba se convirtiera en paraíso del turismo sexual, como determinados países asiáticos, llevó al legislador a reprimir estos actos con severa energía.

¹⁸ Es el equivalente al robo en el derecho penal mexicano. Aun cuando la denominación de ciertos tipos sea diferente a la mexicana, el contenido es el mismo, como en este caso y en el del homicidio calificado (para el derecho mexicano) y de asesinato (para el Código Penal cubano).

la sanción, clases de sanciones (muerte, privación de libertad, trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento, limitación de libertad, multa, amonestación); sanciones accesorias (privación de derechos, privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela, prohibición del ejercicio de una profesión o cargo, suspensión de la licencia de conducción, prohibición de frecuentar medios o lugares determinados, destierro, comiso,¹⁹ confiscación de bienes, sujeción a la vigilancia de los órganos y organismos que integran las comisiones de Prevención y Atención Social, expulsión de extranjeros del territorio nacional), adecuación de la sanción (disposiciones generales, delitos por imprudencia, actos preparatorios y tentativa, autores y cómplices, incomunicabilidad de las circunstancias atenuantes o agravantes, atenuación y agravación extraordinaria de la sanción, reincidencia y multirreincidencia, sanción conjunta), remisión condicional de la sanción, libertad condicional, extinción de la responsabilidad penal, antecedentes penales, obligaciones civiles provenientes del delito, estado peligroso, advertencia oficial, medidas de seguridad (predelictivas, posdelictivas).

Los delitos contra la seguridad del Estado son: contra la seguridad exterior (actos contra la independencia o la integridad territorial del Estado, promoción de acción armada contra Cuba, servicio armado contra el Estado, ayuda al enemigo, revelación de secretos concernientes a la seguridad del Estado, espionaje); contra la seguridad interior del Estado (rebelión, sedición, infracción de los deberes de resistencia, usurpación del mando político o militar, propaganda enemiga, sabotaje, terrorismo); contra la paz y el derecho internacional (actos hostiles contra un Estado extranjero, violación de la soberanía de un Estado extranjero, actos contra jefes y representantes diplomáticos de estados extranjeros, incitación a la guerra, difusión de noticias falsas contra la paz internacional, genocidio, piratería, mercenarismo, *apartheid*).

Los delitos contra la administración y la jurisdicción son: la violación de los deberes inherentes a una función pública (revelación de secreto administrativo, de la producción o de los servicios, revelación de pruebas para la evaluación docente, abuso de autoridad, desobediencia, abandono de funciones, prevaricación, actos en perjui-

cio de los planes económicos o de la contratación estatal, ejecución indebida de sanciones o medidas de seguridad); violencia, ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes (atentado, resistencia, desacato, denegación de auxilio y desobediencia); ejercicio fraudulento de funciones públicas (usurpación de funciones públicas, usurpación de capacidad legal, enriquecimiento ilícito); cohecho; denuncia o acusación falsa; perjurio; simulación de delito; ejercicio arbitrario de derechos; encubrimiento; incumplimiento del deber de denunciar; quebrantamiento de sanciones y de medidas cautelares privativas de libertad (evasión de presos o detenidos, ayuda a la evasión de presos o detenidos e infidelidad en su custodia, desórdenes en los establecimientos penitenciarios o centros de reeducación, incumplimiento de sanciones accesorias y de medidas de seguridad no privativas de libertad); infidelidad en la custodia de documentos u otros objetos (sustracción y daño de documentos u otros objetos en custodia oficial, infracción de las normas de protección de documentos clasificados); incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones; violación de los deberes inherentes al servicio militar general.

Los delitos contra la seguridad colectiva son: estragos; inutilización de dispositivos de seguridad; contra la seguridad del tránsito (cometidos en ocasión de conducir vehículos por las vías públicas, cometidos en ocasión del tránsito ferroviario, aéreo y marítimo); infracción de las normas referentes al uso y conservación de las sustancias radiactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes; contra la salud pública (propagación de epidemias; exhumaciones ilegales; adulteración de medicinas; producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia ilícitas de drogas estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras de efectos similares; contaminación de las aguas y de la atmósfera; otras conductas).

Los delitos contra el orden público son: desórdenes públicos; instigación a delinquir; ultraje a los símbolos de la patria; difamación de las instituciones, organizaciones y de los héroes y mártires; ultraje a los símbolos de un Estado extranjero; abuso de la libertad de cultos; asociación para delinquir; asociaciones, reuniones y manifestaciones ilícitas; clandestinidad de impresos; portación y tenencia ilegal de armas o explosivos; entrada y salida ilegal del territorio nacional; actos que afectan el derecho de inviolabilidad diplomática; juegos prohibidos.

¹⁹ Consiste en el decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito.

Los delitos contra la economía nacional son: el incumplimiento de obligaciones en unidades económicas estatales; incumplimiento de normas de seguridad en unidades económicas estatales; incumplimiento del deber de preservar los bienes de unidades económicas estatales; ocultación u omisión de datos; uso indebido de recursos financieros y materiales; abuso en el ejercicio de cargo o empleo en entidad estatal; difusión ilegal y uso no autorizado de invento; engaño o perjuicio a los consumidores; actividades económicas ilícitas; especulación y acaparamiento; ocupación y disposición ilícitas de edificios o locales; contrabando; tráfico ilegal de moneda nacional, divisas, metales y piedras preciosas; infracción de las normas para prevenir y combatir enfermedades y plagas de animales y plantas; contaminación de las aguas; sacrificio ilegal de ganado mayor y venta de sus carnes, y actividades ilícitas con respecto a los recursos naturales de las aguas territoriales y la zona económica de la República (explotación ilegal de la zona económica de la República y pesca ilícita).

Los delitos contra el patrimonio cultural son: daños a bienes del patrimonio cultural; extracción ilegal del país de bienes del patrimonio cultural; transmisión y tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural; falsificación de obras de arte, y exploración arqueológica ilegal.

Los delitos contra la fe pública son: falsificación de moneda; falsificación de sellos y efectos timbrados; falsificación de documentos (falsificación de documentos públicos; falsificación de documentos bancarios y de comercio, falsificación de Carné de Identidad, la Tarjeta del Menor y el Documento de Identificación Provisional; falsificación de despachos de los servicios postales y telegráficos o de los transmitidos por las redes de comunicaciones; falsificación de certificados facultativos; falsificación de documentos de identificación; falsificación de pruebas de evaluación docente; falsificación de documento privado; falsificación de documentos usados oficialmente para la distribución a la población de los artículos de uso y consumo sujetos a regulación, y fabricación, introducción o tenencia de instrumentos destinados a falsificar).

Los delitos contra la vida y la integridad corporal son: homicidio; riña tumultaria, asesinato; disparo de arma de fuego contra determinada persona, auxilio de suicidio; aborto ilícito; lesiones, y abandono de menores, incapacitados y desvalidos.

Los delitos contra los derechos individuales son: contra la libertad personal (privación de libertad, amenazas, y coacción); violación de domicilio y registro ilegal; violación y revelación del secreto de la correspondencia, contra la libre emisión del pensamiento; contra los derechos de reunión, manifestación, asociación, queja y petición; contra el derecho de propiedad; contra la libertad de cultos, y contra el derecho de igualdad.

Los delitos contra los derechos laborales son: incumplimiento de normas de protección e higiene del trabajo, y la imposición indebida de medidas disciplinarias.

Los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud son: contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales (violación, pederasta con violencia, abusos lascivos, y escándalo público); contra el normal desarrollo de la familia (incesto, estupro, bigamia, matrimonio ilegal y sustitución de un niño por otro), y contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud (corrupción de menores, otros actos contrarios al normal desarrollo del menor, y venta y tráfico de menores).

Los delitos contra el honor son: difamación, calumnia, y la injuria.

Los delitos contra los derechos patrimoniales son: hurtos; sustracción de electricidad, gas, agua o fuerza; sustracción de vehículos de motor para usarlos; robo con violencia o intimidación en las personas; robo con fuerza de las cosas, tenencia, fabricación y venta de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo; extorsión y chantaje; usurpación; defraudaciones (estafa, apropiación indebida, y malversación); receptación, y daños.

Los delitos contra la hacienda pública son: evasión fiscal, y lavado de dinero.

Los delitos contra el normal tráfico migratorio son: tráfico de personas.

Con el objeto de contemplar en su conjunto el Libro II del Código y tener una idea general del mismo, su contenido puede esquematizarse de la siguiente manera:

Título I.	Contra la seguridad del Estado.
Capítulo I.	Contra la seguridad exterior del Estado.
Capítulo II.	Contra la seguridad interior del Estado.
Capítulo III.	Contra la paz y el derecho internacional.
Capítulo IV.	Otros actos.

- Título II. Contra la administración y la jurisdicción.
 Capítulo I. Violación de los deberes inherentes a una función pública.
 Capítulo II. Violencia, ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes.
 Capítulo III. Ejercicio fraudulento de funciones públicas.
 Capítulo IV. Cohecho.
 Capítulo V. Denuncia o acusación falsa.
 Capítulo VI. Perjurio.
 Capítulo VII. Simulación de delito.
 Capítulo VIII. Ejercicio arbitrario de derechos.
 Capítulo IX. Encubrimiento.
 Capítulo X. Incumplimiento del deber de denunciar.
 Capítulo XI. Quebrantamiento de sanciones y de medidas cautelares privativas de libertad.
 Capítulo XII. Infidelidad en la custodia de documentos u otros objetos.
 Capítulo XIII. Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones.
 Capítulo XIV. Violación de los deberes inherentes al servicio militar general.
- Título III. Contra la seguridad colectiva.
 Capítulo I. Estragos.
 Capítulo II. Inutilización de dispositivos de seguridad.
 Capítulo III. Contra la seguridad del tránsito.
 Capítulo IV. Infracción de las normas referentes al uso y conservación de las sustancias radiactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes.
 Capítulo V. Contra la salud pública.
- Título IV. Contra el orden público.
 Capítulo I. Desórdenes públicos.
 Capítulo II. Instigación a delinquir.
 Capítulo III. Ultraje a los símbolos de la patria.
 Capítulo IV. Difamación de las instituciones y organizaciones y de los héroes y mártires.
 Capítulo V. Ultraje a los símbolos de un Estado extranjero.
 Capítulo VI. Abuso de la libertad de cultos.
 Capítulo VII. Asociación para delinquir.
 Capítulo VIII. Asociaciones, reuniones y manifestaciones ilícitas.
 Capítulo IX. Clandestinidad de impresos.
 Capítulo X. Portación y tenencia ilegal de armas o explosivos.
 Capítulo XI. Entrada y salida ilegal del territorio nacional.

- Capítulo XII. Actos que afectan el derecho de inviolabilidad diplomática.
 Capítulo XIII. Juegos prohibidos.
- Título V. Contra la economía nacional.
 Capítulo I. Incumplimiento de obligaciones en unidades económicas estatales.
 Capítulo II. Incumplimiento de normas de seguridad en unidades económicas estatales.
 Capítulo III. Incumplimiento del deber de preservar los bienes de unidades económicas estatales.
 Capítulo IV. Ocultación u omisión de datos.
 Capítulo V. Uso indebido de recursos financieros y materiales.
 Capítulo VI. Abuso en el ejercicio de cargo o empleo en entidad estatal.
 Capítulo VII. Difusión ilegal y uso no autorizado de invento.
 Capítulo VIII. Engaño o perjuicio a los consumidores.
 Capítulo IX. Actividades económicas ilícitas.
 Capítulo X. Especulación y acaparamiento.
 Capítulo XI. Ocupación y disposición ilícitas de edificios o locales.
 Capítulo XII. Contrabando.
 Capítulo XIII. Tráfico ilegal de moneda nacional, divisas, metales y piedras preciosas.²⁰
 Capítulo XIV. Infracción de las normas para prevenir y combatir enfermedades y plagas de animales y plantas.
 Capítulo XV. Contaminación de las aguas.
 Capítulo XVI. Sacrificio ilegal de ganado mayor y venta de sus carnes.
 Capítulo XVII. Actividades ilícitas con respecto a los recursos naturales de las aguas territoriales y la zona económica de la República.
- Título VI. Contra el patrimonio cultural.
 Capítulo I. Daños a bienes del patrimonio cultural.
 Capítulo II. Extracción ilegal del país de bienes del patrimonio cultural.
 Capítulo III. Transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte.
 Capítulo IV. Exploración arqueológica ilegal.
- Título VII. Contra la fe pública.
 Capítulo I. Falsificación de moneda.

²⁰ La tenencia ilegal de divisas dejó de ser delito en 1993.

- Capítulo II. Falsificación de sellos y efectos timbrados.
 Capítulo III. Falsificación de documentos.
- Título VIII. Contra la vida y la integridad corporal.
 Capítulo I. Homicidio.
 Capítulo II. Riña tumultuaria.
 Capítulo III. Asesinato.
 Capítulo IV. Disparo de arma de fuego contra determinada persona.
 Capítulo V. Auxilio al suicidio.
 Capítulo VI. Aborto ilícito.
 Capítulo VII. Lesiones.
 Capítulo VIII. Abandono de menores, incapacitados y desvalidos.
- Título IX. Contra los derechos individuales.
 Capítulo I. Contra la libertad personal.
 Capítulo II. Violación de domicilio y registro ilegal.
 Capítulo III. Violación y revelación del secreto de la correspondencia.
 Capítulo IV. Contra la libre emisión del pensamiento.
 Capítulo V. Contra los derechos de reunión, manifestación, asociación, queja y petición.
 Capítulo VI. Contra el derecho de propiedad.
 Capítulo VII. Contra la libertad de cultos.
 Capítulo VIII. Contra el derecho de igualdad.
- Título X. Contra los derechos laborales.
 Capítulo I. Incumplimiento de normas de protección e higiene del trabajo.
 Capítulo II. Imposición indebida de medidas disciplinarias.
- Título XI. Contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud.
 Capítulo I. Contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales.
 Capítulo II. Contra el normal desarrollo de la familia.
 Capítulo III. Contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud.
- Título XII. Contra el honor.
 Capítulo I. Difamación.
 Capítulo II. Calumnia.
 Capítulo III. Injuria.
- Título XIII. Contra los derechos patrimoniales.
 Capítulo I. Hurto.
 Capítulo II. Sustracción de electricidad, gas, agua o fuerza.
 Capítulo III. Sustracción de vehículos de motor para usarlos.
 Capítulo IV. Robo con violencia o intimidación en las personas.

- Capítulo V. Robo con fuerza en las cosas.
 Capítulo VI. Tenencia, fabricación y venta de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo.
 Capítulo VII. Extorsión y chantaje.
 Capítulo VIII. Usurpación.
 Capítulo IX. Defraudaciones.
 Capítulo X. Receptación.
 Capítulo XI. Daños.
- Título XIV. Contra la Hacienda Pública.
 Capítulo I. Evasión fiscal.
 Capítulo II. Lavado de dinero.
- Título XV. Contra el normal tráfico migratorio.
 Capítulo I. Tráfico de personas.

Tanto el delito político como el delito contrarrevolucionario son categorías históricas. La causa primordial de que se realicen delitos políticos es la existencia de la explotación del hombre por el hombre. Esta causa desaparece con el surgimiento del Estado socialista y con la desaparición del delito político aparece el delito contrarrevolucionario.²¹

Abel Enrique Hart Santamaría

IV. PENA DE MUERTE

Cuando el derecho penal crea los tipos, establece una prohibición implícita. No prevé, por ejemplo, "se prohíbe matar" o "se prohíbe robar", sino que al establecer una pena para el que roba o el que mata, está prohibiendo esa conducta de manera indirecta, a través de la sanción que se impone el que adecua su conducta a lo previsto en el tipo. De esta forma, la acción o la omisión que se castiga es lo que está prohibido.

Cada tipo, al ser la descripción de una conducta como acreedora de pena, contiene un bien jurídicamente tutelado, cuya seguridad y permanencia se protegen a través de la imposición de la sanción. Así, cuando en el Código Penal Cubano se pune al homicidio, im-

²¹ Abel Enrique Hart Santamaría, *Delitos contra la seguridad del Estado*, La Habana, Ciencias Sociales, 1988, p. 167.

niendo la sanción de privación de libertad al que mate a otro, se está protegiendo la vida, como el bien jurídicamente tutelado en ese delito.

Entonces, en una escala de valores, para saber qué bienes jurídicamente tutelados son más valiosos que otros, debe acudirse a la sanción que se impone en cada delito que ataque esos bienes. Mientras mayor sea la pena, mayor será la protección que el Estado le otorga, toda vez que considera el legislador que merece mayor castigo quien ataca bienes más valiosos. Así, si el homicidio (cuyo bien jurídicamente tutelado es la vida) se le impone una mayor pena que al robo (que tutela la propiedad o la posesión), puede considerarse que es más valiosa la vida que la propiedad.

De esta forma, puede hacerse un estudio comparativo de los delitos que son castigados con mayor vigor en el Código Penal cubano y atendiendo a los bienes jurídicamente tutelados, saber cuáles son los que el legislador considera más valiosos, y como consecuencia, más dignos de ser protegidos por la norma penal. Toda vez que en la legislación cubana se castigan diversos delitos con la muerte, que es la sanción más severa, toda vez que priva el hombre del bien más valioso, que es la vida, puede considerarse que estos delitos son los más graves y que los bienes jurídicamente tutelados en esos tipos, son los más valiosos. Los delitos que se sancionan con muerte son:

Contra la seguridad exterior del Estado.

Actos contra la independencia o la integridad territorial del Estado (artículo 91).

El que, en interés de un Estado extranjero, ejecute un hecho con el objeto de que sufra detrimento la independencia del Estado cubano o la integridad de su territorio, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

Promoción de acción armada contra Cuba (artículo 92).

El que ejecute un hecho dirigido a promover la guerra o cualquier acto de agresión armada contra el Estado cubano, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

Servicio armado contra el Estado (artículo 93).

El cubano que tome las armas contra la patria, bajo las banderas enemigas, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

En igual sanción incurre el extranjero residente en Cuba que tome las armas contra el Estado cubano, bajo las banderas enemigas.

Ayuda al enemigo (artículo 94).

Incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte el que:

- a) facilite al enemigo la entrada en el territorio nacional, o la toma o destrucción de instalaciones de defensa, posiciones, armamentos y demás medios de guerra y de defensa, o buque o aeronave del Estado cubano;
- b) suministre al enemigo caudales, armas, municiones, embarcaciones, aeronaves, efectos, provisiones u otros medios idóneos o eficaces para hostilizar al Estado cubano;
- c) suministre al enemigo planos, croquis, vistas o informes de campamentos, zonas, instalaciones o unidades militares, obras o medios de defensa o cualquier otro documento o noticia que conduzca eficazmente al fin de hostilizar al Estado cubano o de favorecer el progreso de las armas enemigas;
- ch) impida que las tropas nacionales, en situación de guerra, reciban los medios expresados en el inciso b), o la información con respecto al enemigo a que se refiere el inciso c);
- d) realice cualquier actividad encaminada a seducir tropa nacional o que se halle al servicio del Estado cubano, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas;
- e) reclute gente en el territorio nacional o fuera de él, para el servicio armado del enemigo;
- f) favorezca el progreso de las armas enemigas de cualquier otro modo no especificado en los incisos anteriores.

En igual sanción incurre el que cometa cualquiera de los hechos previstos en el apartado anterior, contra un Estado extranjero aliado al Estado cubano, en el caso de hallarse realizando acciones militares contra un enemigo común.

Espionaje (artículo 97).

El que, en detrimento de la seguridad del Estado, participe, colabore o mantenga relaciones con los servicios de información de un Estado extranjero, o les proporcione informes, o los obtenga o los

procure con el fin de comunicárselos, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

En igual sanción incurre el que proporcione a un Estado extranjero datos de carácter secreto cuya utilización pueda redundar en perjuicio de la República, o los obtenga, reúna o guarde con el mismo fin.

Contra la seguridad interior del Estado.

Rebelión (artículo 98).

Incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte el que se alce en armas para conseguir por la fuerza alguno de los fines siguientes:

- a) impedir en todo o en parte, aunque sea temporalmente, a los órganos superiores del Estado y del gobierno, el ejercicio de sus funciones;
- b) cambiar el régimen económico, político y social del Estado socialista;
- c) cambiar, total o parcialmente, la Constitución o la forma de gobierno por ella establecida.

En igual sanción incurre el que realice cualquier hecho dirigido a promover el alzamiento armado, de producirse éste.

Sedición (artículo 100).

Los que, tumultuariamente y mediante concierto expreso o tácito, empleando violencia, perturben el orden socialista o la celebración de elecciones o referendos, o impidan el cumplimiento de alguna sentencia, disposición legal o medida dictada por el gobierno, o por una autoridad civil o militar en el ejercicio de sus respectivas funciones, o rehúsen obedecerlas, o realicen exigencias, o se resistan a cumplir sus deberes, son sancionados:

- a) con privación de libertad de diez a veinte años o muerte, si el delito se comete en situación de guerra o que afecte la seguridad del Estado, o durante grave alteración del orden público, o en zona militar, recurriendo a las armas o ejerciendo violencia.

Usurpación del mando político o militar (artículo 102).

Incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte el que:

- a) tome el mando de tropas, unidades o puestos militares, poblaciones, o barcos o aeronaves de guerra, sin facultad legal para ello ni orden del gobierno;
- b) usurpe, a sabiendas, el ejercicio de una función propia de cualquiera de los órganos constitucionales del poder estatal.

Sabotaje (artículos 104 y 105).

El que con el propósito de impedir u obstaculizar su normal uso o funcionamiento, a sabiendas de que puede producirse este resultado, destruya, altere, dañe o perjudique en cualquier forma los medios, recursos, edificaciones, instalaciones o unidades socioeconómicas o militares siguientes:

- a) fuentes energéticas, obras hidráulicas, servicios de transporte terrestre, de comunicaciones y de difusión;
- b) talleres, frigoríficos, depósitos, almacenes u otras instalaciones destinadas a guardar bienes de uso o consumo;
- c) centros de enseñanza, edificaciones públicas, comercios, albergues o locales de organizaciones administrativas, políticas, de masas, sociales o recreativas;
- ch) centros industriales o agropecuarios, cosechas, bosques, pastos o ganados;
- d) instalaciones portuarias o de aeronavegación, naves o aeronaves;
- e) centros de investigación, cría o desarrollo de especies animales;
- f) campamentos, depósitos, armamentos, construcciones o dependencias militares en general.

El que con el propósito de afectar la economía nacional, dañe o destruya bienes de uso o consumo depositados en almacenes o en otras instalaciones o a la intemperie.

La sanción es de privación de libertad de diez a veinte años o muerte, si en la realización de los hechos descritos:

- a) se ocasionan lesiones graves o la muerte de alguna persona;
- b) se utiliza el fuego, sustancias, materias o instrumentos inflamables, explosivos, agentes químicos o biológicos u otros medios capaces de producir graves daños o perjuicios;
- c) se producen graves daños o perjuicios, cualquiera que sea el medio utilizado;
- ch) se pone en peligro la seguridad colectiva.

Terrorismo (artículos 106, 107 y 108).

El que con el fin de afectar la seguridad del Estado, fabrique, facilite, venda, transporte, remita, introduzca en el país o tenga en su poder, en cualquier forma o lugar, materias, sustancias o instrumentos inflamables, explosivos, asfixiantes, tóxicos, o agentes químicos o biológicos, o cualquier otro elemento de cuya combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita, o cualquier otra sustancia similar o artefacto adecuado para producir consecuencias de la naturaleza de las descritas en el sabotaje, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

El que, con el propósito de afectar la seguridad del Estado, ejecute un acto contra la vida, la integridad corporal, la libertad o la seguridad personal de un dirigente del Partido Comunista de Cuba, del Estado o del gobierno, o contra sus familiares, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

Si el acto ejecutado se dirige a destruir o dañar gravemente los bienes de que dispongan las personas mencionadas en el párrafo anterior, cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte:

- a) se ocasionan lesiones graves o la muerte de alguna persona;
- b) se utiliza el fuego, sustancias, materias o instrumentos inflamables, explosivos, agentes químicos o biológicos u otros medios capaces de producir graves daños o perjuicios;
- c) se producen graves daños o perjuicios, cualquiera que sea el medio utilizado;
- ch) se pone en peligro la seguridad colectiva.

El que, con el propósito de afectar la seguridad del Estado, adultere sustancias o productos alimenticios o de otro tipo, destinados al consumo de la población, de modo que resulten capaces de causar la muerte o graves trastornos a la salud de las personas, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

Actos hostiles contra un Estado extranjero (artículo 110).

Si, como consecuencia de los hechos previstos en el párrafo siguiente, resultan medidas de represalias contra Cuba, o vejaciones o represalias contra sus ciudadanos, o alteración de las relaciones diplomáticas, o guerra, la sanción es de privación de libertad de veinte años o muerte.

El que, sin autorización del gobierno, efectúe alistamientos u otros actos hostiles a un Estado extranjero, que den motivo al peligro de una guerra o a medidas de represalias contra Cuba, o expongan a los cubanos a vejaciones o represalias en sus personas o bienes o la alteración de las relaciones amistosas de Cuba con otro Estado.

Genocidio (artículo 116).

Incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte el que, con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) someta a este grupo a condiciones de existencia que constituyan una amenaza de exterminio del grupo o de alguno de sus miembros;
- b) tome medidas para impedir u obstaculizar los nacimientos en el seno del grupo;
- c) ejecute el traslado forzoso de los niños de ese grupo a otro;
- ch) produzca la matanza o lesione gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo.

En igual sanción incurre el que, violando las normas del derecho internacional, bombardee, ametralle o ejerza sevicia sobre la población civil indefensa.

Piratería (artículos 117 y 118).

Incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

- 1) el que, utilizando una nave o aeronave, artillada o no, cometa actos de violencia o amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación u hostilidad contra otro navío o aeronave con el propósito de:
 - a) apoderarse del navío o de la aeronave, o de los bienes a bordo;
 - b) dañar o destruir el navío o la aeronave, desviarlo de su ruta, o impedir su circulación o actividades normales;
 - c) secuestrar, lesionar o dar muerte a los tripulantes o pasajeros;
- 2) el que por cualquier medio, sustraiga, aprese o se apropie de una nave o aeronave, la desvíe de su ruta o interfiera sus

actividades normales, o ponga en peligro la seguridad de las mismas;

- 3) el que, desde dichas naves o aeronaves, ataque objetivos ubicados en el territorio cubano;
- 4) el que, sin autorización del gobierno, tripule o viaje en naves o aeronaves artilladas por el espacio territorial, marítimo o aéreo cubano;
- 5) el que, portando armas, penetre ilegalmente en el territorio marítimo o aéreo cubano, en naves o aeronaves no artilladas, con el fin de realizar cualquiera de los actos descritos en los apartados anteriores;
- 6) el que coloque o haga colocar en una nave o aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal nave o aeronave o de causarle daños que la inutilicen o que, por su naturaleza, constituya un peligro para su seguridad;
- 7) el que comunique, a sabiendas, informes falsos en relación con una nave o aeronave, poniendo con ello en peligro su seguridad.

En igual sanción incurre el que entregue a piratas una nave o aeronave cubana.

Mercenarismo (artículo 119).

El que, con el fin de obtener el pago de un sueldo u otro tipo de retribución material, se incorpore a formaciones militares integradas total o parcialmente por individuos que no son ciudadanos del Estado en cuyo territorio se proponen actuar, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.

En igual sanción incurre el que colabore o ejecute cualquier otro hecho encaminado directa o indirectamente a lograr el objetivo señalado en el apartado anterior.

Contra la paz y el derecho internacional

Crimen del apartheid (artículo 120).

Incurren en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte, los que, con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial sobre otro, y de acuerdo con políticas de exterminio, segregación y discriminación racial:

- a) denieguen a los miembros de este grupo el derecho a la vida y la libertad mediante el asesinato; los atentados graves contra la integridad física o síquica, la libertad o la dignidad; las torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o denigrantes, la detención arbitraria y la prisión ilegal;
- b) impongan al grupo medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir su participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que obstaculicen su pleno desarrollo, rehusándoles a sus miembros los derechos y libertades fundamentales;
- c) dividan a la población según criterios raciales, creando reservas y ghettos, prohibiendo los matrimonios entre miembros de distintos grupos raciales y expropiándoles sus bienes;
- ch) exploten el trabajo de los miembros del grupo, en especial sometiendo al trabajo forzado.

La responsabilidad por los actos previstos en los apartados anteriores es exigible con independencia del país en que los culpables actúen o residan y se extiende, cualquiera que sea el móvil, a los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado.

Otros actos contra la seguridad del Estado (artículo 124).

Incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte el que:

- a) viole el espacio territorial tripulando o viajando a bordo de nave o aeronave, para cometer cualquiera de los delitos contra la seguridad del Estado.
- b) penetre clandestinamente en el territorio nacional para cometer cualquiera de los delitos siguientes: actos contra la independencia o la integridad territorial del Estado; promoción de acción armada contra Cuba; servicio armado contra el Estado; ayuda al enemigo; espionaje; rebelión; sedición; usurpación del mando político o militar; propaganda enemiga; sabotaje; actos hostiles contra un Estado extranjero; violación de la soberanía de un Estado extranjero; actos contra jefes y representantes diplomáticos de estados extranjeros, y difusión de noticias falsas contra la paz internacional.

- c) Organice o forme parte de grupos armados para cometer cualquiera de los delitos contra la seguridad del Estado.

Encubrimiento (artículo 160).

El que, con conocimiento de que una persona ha participado en la comisión de un delito o de que se le acusa de ello y, fuera de los casos de complicidad en el mismo, la oculte o le facilite ocultarse o huir o altere o haga desaparecer indicios o pruebas que cree que puedan perjudicarla o en cualquier otra forma la ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal, incurre en igual sanción que la establecida para el delito encubierto rebajadas en la mitad sus límites mínimo y máximo.

En igual sanción incurre el que, conociendo el acto ilícito o debiendo haberlo presumido, ayude al culpable a asegurar el producto del delito.

Producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia ilícitos de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras de efectos similares (artículo 190).

Incurre en sanción de privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

- a) Los funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o auxiliares que cometan los siguientes actos, o que faciliten su ejecución, aprovechándose de esa condición o utilizando medios o recursos del Estado:
- sin estar autorizado, produzca, transporte, trafique, adquiera, introduzca o extraiga del territorio nacional o tenga en su poder con el propósito de traficar o de cualquier modo procure a otro drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares;
 - mantenga en su poder u oculte sin informar de inmediato a las autoridades, los hallazgos de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares;
 - cultive la planta *Cannabis indica*, conocida por marihuana, u otras de propiedades similares o a sabiendas posea semillas o parte de dichas plantas. Si el cultivador es propietario, usufructuario u ocupante por cualquier concepto legal de tierra se le impone, además, como sanción acce-

- soria, la confiscación de la tierra o privación del derecho, según el caso;
- b) si el inculcado en la transportación o tráfico ilícito internacional de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares, penetra en territorio nacional por cualquier circunstancia, utilizando nave o aeronave u otro medio de transportación;
- c) si el inculcado participa de cualquier forma en actos relacionados con el tráfico ilícito internacional de drogas o estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares;
- ch) si en la comisión de los hechos previstos en los apartados anteriores se utiliza persona menor de 16 años.

Asesinato (artículo 263 y 264).

Se sanciona con privación de libertad de quince a treinta años o muerte, al que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o beneficio de cualquier clase, u ofrecimiento o promesa de éstos;
- b) cometer el hecho utilizando medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar su ejecución sin riesgo para la persona del ofensor que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido;
- c) ejecutar el hecho contra una persona que notoriamente, por sus condiciones personales o por las circunstancias en que se encuentra, no sea capaz de defenderse adecuadamente;
- ch) aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causándole otros males innecesarios para la ejecución del delito;
- d) obrar el culpable con premeditación, o sea, cuando sus actos externos demuestran que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente para considerarlo con serenidad y que, por el tiempo que medió entre el propósito y su realización, ésta se preparó previendo las dificultades que podrían surgir y persistiendo en la ejecución del hecho;
- e) ejecutar el hecho a sabiendas de que al mismo tiempo se pone en peligro la vida de otra u otras personas;
- f) realizar el hecho para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito;

- g) obrar por impulsos sádicos o de brutal perversidad;
- h) haberse privado ilegalmente de libertad a la víctima antes de darle muerte;
- i) ejecutar el hecho contra la autoridad o sus agentes, cuando éstos se hallen en el ejercicio de sus funciones;
- j) cometer el hecho con motivo u ocasión o como consecuencia de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o pederastia con violencia.

El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurre en las sanciones mencionadas.

Violación (artículo 298).

Se sanciona con privación de libertad de ocho a veinte años o muerte, al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) si la víctima es una menor de 12 años de edad;
- b) si, como consecuencia del hecho, resultan lesiones o enfermedad graves.

Pederastia con violencia (artículo 299).

El que cometa actos de pederastia activa empleando violencia o intimidación, o aprovechando que la víctima esté privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir, es sancionado con privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

- a) si la víctima es un menor de 14 años de edad, aun cuando no concurren en el hecho las circunstancias mencionadas.
- b) si como consecuencia del hecho, resultan lesiones o enfermedad graves.
- c) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el mismo delito.

Corrupción de menores (artículo 310).

El que induzca a un menor de 16 años, de uno u otro sexo, a ejercer el homosexualismo o la prostitución o a concurrir a lugares en

que se practique el vicio o actos de corrupción, o a realizar cualquier otro acto deshonesto de los previstos en el Código Penal, incurre en sanción de privación de libertad de veinte a treinta años o muerte en los casos siguientes:

- a) si el autor emplea violencia o intimidación para el logro de sus propósitos;
- b) si como consecuencia de los actos, se ocasionan lesiones o enfermedad al menor;
- c) si se utiliza más de un menor para la realización de los actos previstos;
- ch) si el hecho se realiza por quien tenga la potestad, guarda o cuidado del menor;
- d) si la víctima es menor de doce años o se encuentra en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa o incapacitada para resistir;
- e) cuando el hecho se ejecute por dos o más personas.

Resumiendo, los delitos por los cuales se aplica la sanción de muerte y el bien jurídicamente tutelado, en cada caso, son los siguientes:

1. Delitos cuyo bien jurídicamente tutelado es la seguridad exterior del Estado.
 - a) Actos contra la independencia o la integridad territorial del Estado.
 - b) Promoción de acción armada contra Cuba.
 - c) Servicio armado contra el Estado.
 - d) Ayuda al enemigo.
 - e) Espionaje.
2. Delitos cuyo bien jurídicamente tutelado es la seguridad interior del Estado:
 - a) Rebelión.
 - b) Sedición.
 - c) Usurpación del mando político o militar.
 - d) Sabotaje.

- e) Terrorismo.
 - f) Actos hostiles contra un Estado extranjero.
 - g) Genocidio.
 - h) Piratería.
 - i) Mercenarismo.
 - j) Crimen del *apartheid*.
 - k) Otros actos contra la seguridad del Estado.
3. Delito cuyo bien jurídicamente tutelado es la administración y la jurisdicción.
- a) Encubrimiento (se aplica la sanción que para el delito encubierto).
4. Delito cuyo bien jurídicamente tutelado es la salud pública:
- a) Producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia ilícitos de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras de efectos similares.
5. Delito cuyo bien jurídicamente tutelado es la vida:
- a) Asesinato.
6. Delitos cuyo bien jurídicamente tutelado es el normal desarrollo de las relaciones sexuales:
- a) Violación.
 - b) Pederastia con violencia.
7. Delito cuyo bien jurídicamente tutelado es el normal desarrollo de la infancia y la juventud:
- a) Corrupción de menores.

Atendiendo a lo anterior, los bienes jurídicamente tutelados y, en consecuencia, los valores que más protege el Código Penal son:

1. La seguridad del Estado.
2. La administración y la jurisdicción.
3. La salud pública.

4. La vida.
5. El normal desarrollo de las relaciones sexuales.
6. El normal desarrollo de la infancia y la juventud.

Siguiendo con este razonamiento, el mayor número de conductas típicas que se castigan con muerte, son los actos contra la seguridad del Estado, por lo que podemos considerar que ese es el mayor valor que el legislador cubano protege a través de la regulación penal.

El establecimiento de la propiedad social sobre los medios de producción valida el aumento de los bienes materiales y su utilización por las grandes masas del pueblo. La elevación de la conciencia jurídica de los trabajadores, la cultura y la educación se presentan como formas nuevas que se relacionan inversamente con el aumento de la criminalidad.²²

Margarita C. Viera Hernández

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

He aquí la ley suprema, legislador de legisladores, y juez de jueces: la conciencia humana".²³

José Martí

La pena de muerte es la mayor sanción que el Estado puede imponer al hombre. Es cierto que ese castigo puede acompañarse de sufrimientos, torturas y decomiso de los bienes del culpable,²⁴ pero eso no quita la esencia del acto: privar de la vida.

²² VIERA HERNÁNDEZ, Margarita C., *Criminología*, La Habana, Pueblo y Educación, 1987, p. 7.

²³ MARTÍ, José, citado por ESTRALGO CANCIO, Alberto, *Martí ante el proceso de Jesús*, La Habana, La Verdad, 1956, p. 39. Para una biografía del libertador cubano Cfr. TOLEDO SANDE, Luis, *Cesto de llamas. Biografía de José Martí*, La Habana, Instituto Cubano del Libro, Ciencias Sociales, 1996.

²⁴ Vid. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (trad. Aurelio Garzón del Camino), 6a. ed., México, Siglo XXI, 1981, pp. 11 a 13 (Colección nueva Criminología y Derecho).

Sanción extrema, para algunos justificada y necesaria, para otros excesiva y símbolo de la prepotencia estatal, su validez, desde el punto de vista del derecho positivo, no puede estar sujeta a ninguna duda: es derecho lo que el Estado quiere que sea derecho.

El Estado, en su facultad exclusiva de decidir sobre la existencia de un ser humano, considera, al imponer la pena de muerte, que los actos de esa persona son de una naturaleza tan grave y trascendente, que no puede seguir viviendo en la sociedad, que no es sujeto de readaptación y que la única sanción comparable a su actuar es la pena de muerte. Además, el objetivo es enviar un mensaje a otros posibles delincuentes y hacerles saber, para inhibirlos, que su conducta provocará la máxima reacción estatal.

La legislación penal cubana impone esta sanción, en la mayoría de supuestos, por delitos contra la seguridad del Estado. Algunos de estos actos podrían considerarse, desde el punto de vista de sistemas jurídicos liberales, como delitos políticos. En otro lugar hemos hablado de este tema²⁵ y llegado a la conclusión, en una opinión que tomamos de nuestro maestro Javier Alba Muñoz, que “el delito político es el ataque o la contradicción al Estado como estructura de mando”.

El que roba o el que mata, agota su conducta en el hecho de robar o matar. Pero el que ataca al Estado como estructura de mando, su conducta va a buscar la destrucción del Estado o, al menos, su grave afectación. Es así, que aquí podemos entender la justificación de la reacción estatal contra el delincuente que contradice al Estado de esta forma: el Estado cuida su propia existencia, tiende a la conservación y permanencia y debe defenderse contra el que ataca su existencia. En una persona física, es válido que cause la muerte cuando se le agrede con peligro mortal, en una legítima defensa. Entonces, igualmente debe serlo en el Estado, que es la máxima expresión del derecho. El Estado tiene el derecho y, aún más, la obligación de defender su propia existencia.

Los conceptos de peligrosidad y temibilidad cobran aquí especial relevancia. Entendiendo a la primera como la tendencia o la inclinación de un individuo a delinquir, y a la segunda como el miedo o el temor que despierta en la sociedad un individuo por su peligrosidad,

²⁵ CACHO PÉREZ, Luis Norberto, *El delito político*, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1986 (laureada por el jurado examinador).

vemos lo que representa una persona que atenta contra la seguridad del Estado. El delincuente que comete esta clase de delitos no va a agotar, en un orden lógico, su conducta en robar o matar, sino que tiende a un objetivo específico, o sea, afectar a la estructura estatal o, aun más, destruirla. No debe verse la acción única del sujeto activo en estos delitos, sino que debemos atender a lo que se subsume y está implícito en esta clase de conductas. Cuando alguien se decide a atentar contra el Estado, ha alcanzado el nivel máximo de peligrosidad, y seguramente de temibilidad, puesto que atenta contra la misma sociedad.

El sistema jurídico cubano, y en especial el penal, es motivo de diversos cuestionamientos.²⁶ El régimen que lo ha impuesto responde, como cualquier otro en el mundo, a necesidades históricas, políticas, culturales, sociales y económicas, que no es este el lugar para explorar y comentar. Baste decir que un Estado que defiende su existencia tiene derecho a utilizar todos los medios a su alcance, y que el Estado cubano no es la excepción. La frecuente alusión a la pena de muerte en el Código Penal de la República de Cuba, con especial referencia a los delitos contra la seguridad del Estado, es reflejo y resultado de la intención del legislador de asegurar la permanencia y estabilidad de la sociedad y de la estructura estatal.

En cuanto a mí, sé que la cárcel será dura como no lo ha sido nunca para nadie, preñada de amenazas, de ruín y cobarde ensañamiento, pero no la temo, como no temo la furia del tirano miserable que arrancó la vida a setenta hermanos míos. Condenadme, no importa, la Historia me absolverá.²⁷

Fidel Castro

²⁶ Cfr. BERNAL, Beatriz, *Cuba y sus leyes. Estudios histórico-jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

²⁷ Fidel Castro, *La historia me absolverá*, La Habana, Política, 1984, p. 191 (parte final del alegato presentado como conclusión, en el proceso que se le siguió por el asalto al Cuartel Moncada, en 1953).

ALGUNAS INCERTIDUMBRES EN EL DERECHO

Luis Miguel CANO LÓPEZ

SUMARIO: I. *Un buen pretexto*. II. *De política y cosas peores*. III. *La principal ilusión sobre derechos humanos*. IV. *Constitucionalismos alternativos*. V. *Otras discusiones pendientes*.

I. UN BUEN PRETEXTO

Para alguien que se encuentra lejos no hay mayor privilegio que comunicarse con los seres amados. Al menos, ese es mi caso. Por ese motivo permítame el lector expresarme como lo haría en una conversación entre amigos y concédame no confundirlo con ausencia de rigor intelectual, que ya puede faltar por el contenido mas no por la forma, pues lo que deseo reflexionar en adelante me parece de la mayor seriedad posible.

En ciertas ocasiones, lo único que se necesita para iniciar una plática es un buen pretexto, en este caso en particular lo he encontrado mientras leía un pequeño libro de un viejo conocido, un autor del que escuché por primera vez hace unos seis años cuando aún paseaba alegremente en calidad de alumno por los pasillos de nuestra escuela. Se trata de Paolo Grossi y no puedo dejar de mencionar que el estudio de una de sus obras permitió que aumentara el cúmulo de sospechas que desde ese entonces ya me invadían al pensar sobre las relaciones entre el derecho y el poder, hoy y siempre. Pues bien, recientemente se ha publicado un libro suyo que reúne un trío de ensayos donde de nueva cuenta arremete contra las ilusiones jurídi-

cas heredadas de la modernidad y que tanto influyen en los que al derecho nos dedicamos en la actualidad.¹

No es mi intención comentar exhaustivamente este trabajo, sino relacionarlo con un tema del que confieso que en mi opinión es uno de los principales retos para el derecho y nuestra sociedad contemporánea en su conjunto. Me refiero a los derechos humanos. Mis expectativas quedan satisfechas si logro transmitir ciertas dudas sobre la presencia en esta área del conocimiento jurídico, de una “mitología” abundante, donde también, lamentablemente, la influencia que el poder ejerce sobre el derecho no es cosa que sea posible ignorar en estos días.

II. DE POLÍTICA Y COSAS PEORES

Antes de continuar, una advertencia, ignoro si hay nociones absolutas que puedan abarcar y condicionar nuestras formas de percibir, comprender y vivir la realidad, aunque cada día me convengo más de que no es así. De cualquier manera, convengamos que una de las principales aspiraciones del derecho es regular las conductas con las que se desenvuelve la sociedad humana. No obstante, en el derecho lo común es encontrar posiciones enfrentadas sobre cualquiera de sus tópicos, desde su objeto de estudio hasta su función. En lo que aquí trasciende, conviene observar que esa pretensión básica del derecho se puede creer satisfecha tanto si se le entiende como instrumento de dominación, de control o de convivencia social, así como que es posible explicar como su presupuesto la fuerza o el poder y además entender que su meta es el control de ambos.

En mis circunstancias actuales no vacilo en defender la separación del derecho y la fuerza. Esa sola aseveración basta para que se me califique de soñador, cuando menos, porque bien podría llamárame ingenuo, de plano negar toda seriedad a mis palabras porque no percibo bien la realidad, o bien, lo que es peor, tacharme de encubridor, mas no es mi deseo que se me malinterprete apenas comenzado este diálogo. Soy perfectamente consciente de que el derecho no es creado por todos, porque a pesar de que intuyo más agradable la democracia

¹ GROSSI, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003.

que otras formas de gobierno, no puedo conceder que la representatividad de nuestros gobernantes electos los convierta inmediatamente en buenos empleados, razón por la que acepto la existencia de vastos espacios de interés, de poder, que orientan al derecho.

Sin embargo, es mi decisión no conformarme con tal enfoque, pues el que las cosas sean de una forma no implica que deban ser de ese modo. Incluso puede ser mejor que no participemos todos realmente en la creación del derecho, pero lo que no es posible conceder es que el derecho no sea algo distinto de la fuerza. Para que dominen los más fuertes no hace falta el derecho. Hay que aceptar que a los privilegiados en este sistema sí les resulta más cómodo no estar en una lucha perpetua y el derecho como instrumento de opresión es de utilidad, pero me refiero a la mayoría de los seres humanos.

Tan sencillo principio, que el derecho no es igual a la fuerza, en realidad conlleva bastantes exigencias, una de gran actualidad es la búsqueda de la convivencia pacífica, lo que se traduce en la contraposición entre la guerra y el derecho. Evidentemente las personas que comparten y patrocinan la visión de un autor como Robert Kagan son susceptibles de manifestar que la paz no se presenta sin seguridad y que ésta únicamente es posible a través de la fuerza.² No obstante, repasar sus ideas ilustra claramente el valor de la autonomía del derecho, porque los encargados de la seguridad, militares o policías, no mandan sino que obedecen al derecho, pues de lo contrario se establece una dictadura.

Se podría mostrar una fugaz curiosidad por los gobernantes dispuestos a honrar la “generosidad” estadounidense y que buscan aliarse en su misión, de no caer en cuenta inmediatamente en lo patética y peligrosa que resulta tal actitud. Armarse no parece la solución idónea, desde luego no para las personas que nos preocupamos por la continuidad de la vida humana. Si puede esperarse que algunos europeos recuperen peso en el manejo de la política internacional en proporción al incremento de la cantidad de armamento que posean, se necesitan importantes dosis de ilusión para creer que con ello les será

² No se pierde demasiado tiempo, pero sí conviene evitar creer sin cuestionar las aseveraciones que ahí se apuntan, leyendo un libro aparecido convenientemente a principios de este año, KAGAN, R., *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, trad. Moisés Ramírez Trapero, Taurus, Madrid, 2003.

posible oponerse en el ámbito militar a los designios de ciertos líderes norteamericanos, además de que no se gana nada en esta empresa. Más preocupante aún es que tan nefastas apreciaciones sean utilizadas para enfrentar a “occidente” con las otras potencias nucleares que compiten por las peculiares responsabilidades de los países elegidos.³

Siempre se puede acusar a los débiles de demandar el derecho por carecer de la fuerza militar suficiente para ignorarlo, de buscar el acuerdo porque la unilateralidad les está vedada, pero concédanme ser un desagradecido con Kagan y lo que su visión representa y permítanme confiar mi futuro en el derecho más que en los designios de los más fuertes.⁴ Denunciar la falta de realismo de los que pensamos que el derecho importa para ordenar y cambiar nuestra sociedad, tomando de pretexto ese supuesto infortunio para abandonar de plano la discusión en el terreno jurídico y centrarse únicamente en la órbita de la fuerza, es una cuestión que no conviene adoptar sin asumir todas las consecuencias.

En este contexto, obviamente pensando en la plena identificación de lo político con la fuerza de las armas y sin olvidar la influencia que al respecto despliegan los intereses económicos, es tan ordinaria la estrategia de atribuir la resolución de estos problemas a criterios políticos, así como afirmar la absoluta desvinculación de ese espacio a cualquier límite jurídico, ignorando la tradicional función de control que justifica la existencia del derecho, que no debe sorprender que estas cuestiones reconduzcan a Carl Schmitt, al que por supuesto resulta más entretenido leer, pero que pone de manifiesto que la situación contemporánea no ha variado mucho con relación a la época en la que escribió.⁵

³ No es extraño, pero sí preocupante, que KAGAN hable de China (2003, 140-141).

⁴ De todos modos, a los que duden de las bondades de los estados hegemónicos, aun con el riesgo de que la indignación, el coraje y cierta impotencia les borren las ganas de sonreír, si bien estos sentimientos pueden ser reorientados para motivar la búsqueda de argumentos a fin de sostener la relevancia del derecho, no les parecerá un desperdicio la consulta de obras tales como CHOMSKY, N., *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, 4a. ed., trad. Mónica Salomón, Paidós, Barcelona, 2001; CHOMSKY, N., *El terror como política exterior de Estados Unidos*, 6a. ed., trad. Carlos Abousleiman y Octavio Kulesz, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2003; MAILER, N., *¿Por qué estamos en guerra?*, trad. María Luisa Rodríguez Tapia y Jaime Zulaika, Anagrama, Barcelona, 2003, y PILGER, J., *Los nuevos gobernantes del mundo*, trad. Esther Roig, RBA, Barcelona, 2003.

⁵ SCHMITT, C., *El concepto de lo político*. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios, versión Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1999.

El primer consejo de Schmitt es que conviene descartar que lo político se equipara a lo estatal, puesto que tratándose de un “Estado total”, en cuya construcción ayuda su particular concepción de democracia, esa asimilación no aporta ningún criterio de identidad. Acto seguido, afirma que la “autónoma” relación “amigo-enemigo” funciona como base para encontrar la especificidad de lo político,⁶ que no se da por su contenido, sino que refiere un “grado de intensidad”, y que en última instancia se caracteriza por la eventual resolución de los enfrentamientos a través de la fuerza, de la guerra, que le sirve de presupuesto. La postura posee ventajas, pues al descartar que los conflictos políticos así entendidos se confundan con intereses particulares, así como de índole moral, religiosa, económica, estética, se logra apartar las desavenencias en tales ámbitos de un irremediable vínculo *a priori* con las graves consecuencias de la lucha política, a saber, “la posibilidad real de matar físicamente” (1932, 63).⁷

Asimismo, esta comprensión de lo político acota a la soberanía, que sirve para caracterizar a la “unidad política”, negándole un sentido “absolutista” o “totalitario”, toda vez que el soberano no decide cada aspecto de la vida, sólo si se ha de morir y matar por él en una guerra, indudablemente, un alivio poco reconfortante. En esta relación se explica la afirmación con que inicia Schmitt su ensayo, el Estado como unidad que decide quién es amigo o enemigo tiene un fundamento político (1932, 73). Para los que inviertan su tiempo en el repaso de estas obras no les sorprenderá apreciar el inquebrantable ánimo de constancia en las justificaciones que se ofrecen para enaltecer los sacrificios humanos, porque a cambio, en el ámbito interno, el Estado otorga “paz, seguridad y orden” (1932, 75).⁸

Es discutible afirmar que la posición de Schmitt no resulta belicista, porque es evidente su invitación a los “pueblos” para armarse a fin

⁶ Resulta estremecedor, por su semejanza con la situación actual, que para aludir al enemigo, SCHMITT se refiera a la pugna entre el cristianismo y el islam (1932, 59).

⁷ Con todo, debido es reconocer que SCHMITT niega, en diversas ocasiones, una plena identidad entre política y guerra, otra cosa es que tenga éxito en su empeño.

⁸ No puede dejarse pasar la oportunidad para resaltar que la necesidad de paz interior confiere al Estado la posibilidad de ubicar y enfrentar, en ese ámbito, al enemigo, y que tratándose de estados constitucionales, será tal la persona o el grupo que ataque a la ley fundamental, así como que siguiendo los consejos de SCHMITT, esa “lucha ha de decidirse fuera de la constitución y del derecho, en consecuencia por la fuerza de las armas” (1932, 76).

de subsistir, consecuencia última de su especial concepción de lo político (1932, 82), pero tiene un límite, su preocupación por la guerra que niega la humanidad del enemigo. No obstante, siquiera habrá que concederle que no oculta su mensaje principal.

No existe objetivo tan racional, ni norma tan elevada, ni programa tan ejemplar, no hay ideal social tan hermoso, ni legalidad, ni legitimidad alguna que puedan justificar el que determinados hombres se maten entre sí por ellos. La destrucción física de la vida humana no tiene justificación posible, a no ser que se produzca, en el estricto plano del ser, como afirmación de la propia forma de existencia contra una negación igualmente óptica de esa forma. Una guerra no puede justificarse tampoco a base de argumentos éticos y normas jurídicas. Cuando hay enemigos verdaderos, en el sentido óptico al que se está haciendo referencia aquí, tiene sentido, pero sólo políticamente, rechazarlos físicamente, y si hace falta, combatir con ellos [Schmitt, 1932, 78].

El compromiso exigente es retirarle toda legitimidad normativa a la guerra, no hay nada en el derecho que la justifique, pero para ser consecuente y, a su vez, no ser tachado de ingenuo optimista, aceptando su existencia se debe buscar controlarla por cauces jurídicos. Todavía más, no conviene admitir que la política descansa en la referencia a la guerra. La política también requiere ser algo más que la ley del más fuerte. Si puede concebirse que en el debate público se opte por recurrir a la guerra como medio de solución de los problemas de nuestra sociedad, a los resultados que se obtengan no tiene que calificárseles de políticos, sino de violentos. La política como medio que facilita la toma de decisiones es un arte de convivencia y sus criterios deben funcionar para solventar los obstáculos surgidos en el coexistir humano, sin recurrir a su conclusión por la fuerza. Aquí se halla la independencia de lo político.

El esfuerzo que busca proscribir la violencia con mayor entusiasmo nos conduce ahora a un escrito de Norberto Bobbio.⁹ Conviene apreciar qué instrumentos contraponen a toda forma de violencia y a su máxima expresión que es la guerra, se trata del derecho, los derechos humanos y la democracia, que expresamente es señalada como otra forma de saldar los obstáculos que aparecen en la convivencia

⁹ BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982.

social. La razón para defender la alternativa es clara y se reduce a una, evitar el “fin de la historia” por falta de protagonistas (1979, 9-20).

En un discurso especial analiza el abanico de relaciones entre guerra y derecho, donde el enfoque que se le dé a éste determina que la guerra funcione como su negación, su garantía, su objeto o su origen (Bobbio, 1979, 95-116). Me parece que de implantarse la primera acepción quedan necesariamente excluidos el segundo y último de los vínculos para un mismo sistema, porque si el fin del derecho como ordenamiento es la paz, un derecho como pretensión no puede reivindicarse por medios bélicos y, por otra parte, aunque pudiera comprobarse que ese ordenamiento jurídico nació de la imposición violenta y no de la convención o de la iluminación, lo cierto es que una vez establecido como “paz organizada de un grupo”, difícilmente puede permitir su suplantación a través de la guerra.¹⁰

Al reseñar Bobbio la manera en que triunfa la idea de “guerra-fuente” sobre la “guerra-medio”, conviene tomar plena conciencia de que su entendimiento del positivismo jurídico lo asocia con el incumplimiento de las normas previamente establecidas. Esta actitud hay que objetarla, toda vez que las conductas efectivamente realizadas no son derecho positivo si desatienden las normas jurídicas, son su violación. Una cosa es el derecho que debiera ser, por el motivo que se quiera, pero que no es otra diversa, el derecho que se tiene, que es y que impone conductas que debieran ser, pero de no ser, sus contrarias no se convierten en derecho positivo, se trata de comportamientos ilegales, independientemente de su posible inmoralidad o del juicio que merezcan bajo cualquier otro criterio que se argumente.¹¹

¹⁰ Con todo, lo más nocivo es considerarla como fundamento —léase como justificación— del derecho, que es una representación que no resulta inverosímil y que posee una intención diferenciada. Una cosa es constatar el inicio de algo, un hecho, y otra bien distinta es preguntarse por su valía.

¹¹ Su imagen del positivismo jurídico puede identificarse con un “positivismo realista”, en contraposición con un “positivismo normativista”, para utilizar una distinción que se encuentra en OST, F., “Ciencia del derecho”, en PALOMINO MANCHEGO, J. F. (dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, trad. Óscar Luis Sarlo y Enrique P. Haba, Grijley, Lima, 1999, pp. 237-250, específicamente, 244-245. Importa resaltar que el derecho “que de hecho es observado en un determinado grupo social” o “el derecho efectivamente aplicado”, sólo funciona para contrastar sus diferencias con el “derecho válido”, que también existe en la realidad, y así denunciar las incongruencias percibidas. Lo malo es utilizar esa distinción para luego confundir el “derecho que es” con cualquier comportamiento realizado (BOBBIO, 1979, 102-103).

La anterior distinción es básica para captar el nombre correcto atribuible a la actual pretensión de crear derecho a través de la guerra. Aunque desde nuevos ordenamientos jurídicos pueda verse como su origen, no es más que la violación de los ordenamientos suplantados. La guerra como fuente legítima de derecho es algo inconcebible jurídicamente en la sociedad contemporánea, es un contrasentido. Y sin embargo no nos libramos de ella, por esa razón su presencia irremediabilmente vuelve a captarse como la “*antítesis del derecho*” (Bobbio, 1979, 110). Pero en la visión que se ha defendido, donde la guerra es incumplimiento del derecho, recobra importancia verla como “objeto” de las normas jurídicas, porque en ese terreno también pueden aparecer otras violaciones y todas con posibilidades de control por el propio derecho.

A lo mejor me he extendido lo suficiente para que algunos pierdan de vista el sencillo argumento que intento señalar, pero simplemente pretendo dejar constancia de las diferencias más evidentes entre derecho y fuerza, pues las personas que los confundan en este nivel básico no podrán comprender lo que a continuación se propone. Esto es así porque otra de las exigencias que la independencia del derecho demanda es una cuestión más sutil, pues lo que defiende se relaciona con los contenidos del derecho, que conforman el campo idóneo para verificar que no todo ordenamiento jurídico se encuentra exento de los designios del poder.

III. LA PRINCIPAL ILUSIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS

Para ilustrar el escenario adecuadamente es de utilidad retomar la obra de Grossi. Hablar del derecho justo siempre es conflictivo porque no hemos llegado a un acuerdo sobre lo que la justicia significa e incluso existen personas que dudan de su existencia o, al menos, que somos politeístas en la materia y no creemos en una sola “conciencia común” (2003, 22). Intentar percibir los contenidos del derecho por medio de la atenta lectura de la compleja realidad también acarrea más discordia de la que ahora necesitamos, pero aquí conviene rescatar dos ideas centrales, la pluralidad de orígenes del derecho y su autonomía con el poder. Asimismo, dicha actividad implica otra fuente segura de altercados al seleccionar a los intérpretes con tan alta capacidad y responsabilidad (2003, 24-29).

Prevenir es mejor que lamentar y si los que hasta aquí han llegado ya están pensando que les hablo de temas exclusivamente medievales cometen un error que precisa desterrarse. En la actualidad el pluralismo jurídico guarda estrecha relación con la cuestión de la multiculturalidad, que de paso desvela la continuidad, ocultada durante mucho tiempo, del carácter polifacético de la realidad, así como con el panorama que el mismo Grossi pone de manifiesto al plantearse la actualidad de “la idea de Código”, denomínesele o no, globalización (2003, 88-93). Por lo que hace al tema de los intérpretes del derecho, indudablemente evoca una de las discusiones más interesantes del derecho constitucional, en la que con extraña simpatía se contraponen la sabiduría de los jueces con la legitimidad democrática de los legisladores electos. Si no fuera suficiente lo anterior, todavía habría que atender el debate sobre los alcances y compromisos de la disciplina jurídica, en la que describir, criticar y proponer son actividades que no todos quieren asumir. Como puede observarse, concurren lectores suficientes para asegurar un sano entretenimiento.

Si se desea sintetizar en una sola frase el mensaje de Grossi en el ámbito que nos ocupa, puede decirse que los círculos que ostentan el poder en las sociedades contemporáneas, gobierno y multinacionales, o los grupos de presión de nuestra elección, no deben conservar la posibilidad de fijar a voluntad cualquier contenido en el derecho. Con esta idea en mente, resulta aconsejable circunscribir el diálogo a una pequeña pero vital porción de la compleja realidad. Opino que son los derechos humanos, una estricta concepción de los mismos, el elemento que posibilita de forma mínima la distinción entre derecho y poder. En cierto sentido, se trata de una realidad que requiere mantenerse independiente del poder y limitarlo. No obstante, es necesario advertir que son más los implicados en este campo, toda vez que la ley es también constitución, textos internacionales y normas administrativas, que sus creadores no se agotan con los tradicionales legisladores, pues los tribunales constitucionales participan con igual ímpetu, así como que la confianza en la sociedad civil no debe ser tal que olvide el control de algunos imponentes particulares en este mundo globalizado.

Al igual que sucede con el derecho en general, los asuntos motivados por los derechos humanos son inagotables, por lo que se ha de elegir cuidadosamente las discusiones en que empeñar el tiempo. En

este momento, mi intención es apuntar, de forma rápida pero suficiente, los ámbitos indispensables para dejar planteada la visión exigente que profeso acerca de los derechos humanos. Resumidamente, se puede señalar que cualquiera que sea el fundamento que se defienda para tales derechos, la autonomía, la dignidad, las necesidades básicas, existen dos opciones, se predicán de y para todas las personas, o bien, se rompe con la igualdad de cada miembro de la especie humana. Además, si uno se decanta por la segunda vía, la congruencia de la propuesta descansa en la interdependencia de los derechos humanos, es decir, no basta con asegurar la libertad si queda dependiente del grupo que efectivamente adopta las decisiones que gobiernan la sociedad, como tampoco es suficiente participar en esa deliberación si apenas se tiene tiempo de buscar el pan de cada día. Una tercera exigencia es que el lugar de nacimiento no puede romper con los anteriores principios. Es muy fácil vanagloriarse del avance de la civilización e ignorar que los altos niveles de prosperidad se han generado, y continúan sustentándose, en la explotación de la mayoría de los habitantes de la tierra. Vincular el goce de los derechos a la nacionalidad o la ciudadanía como formas de exclusión es, en muchas ocasiones, una discriminación y siempre, un quebrantamiento de la igualdad de las personas que facilita la “desigualdad en derechos”.

Estas aseveraciones posibilitan una oleada de críticas y una bastante predecible es que, en realidad, la caracterización de los derechos humanos recién expuesta puede pasar por mi particular visión de justicia o como un deseo de extrapolar una moral concreta a los ordenamientos jurídicos, pero nada más. Como nadie puede arrogarse la labor de plasmar los contenidos correctos del derecho, pues es imposible demostrar la posesión de la verdad absoluta, otra probable consecuencia es que no crea capacitados a nuestros legítimos representantes para llevar a cabo ese vertido, que quiera suplantar las elecciones de la mayoría por mis personales criterios. Nada más alejado de mi objetivo. No estoy hablando de justicia ni de moral, únicamente propongo “desmitificar” el lenguaje de los derechos humanos, específicamente, la idea de su universalidad. Podrán ser universales siempre que todas las personas gocen de todos los derechos en cualquier lugar, de lo contrario, uno puede reconocer la presencia de palabras vacías. Asimismo, el ordenamiento jurídico concreto que no garantice esa plenitud de los derechos, no es menos justo o más in-

moral que otro, simplemente otorga una mayor preponderancia al poder de algunos de sus creadores y/o destinatarios.

Fácilmente puede percatarse que en esta ocasión evado la responsabilidad de compartir una lista completa y detallada de derechos humanos, pero me parece prudente refrenar mis ambiciones. Previamente importa discurrir sobre un aspecto fundamental en las reflexiones que a partir de este trabajo me interesa inaugurar y que guarda relación con lo que Grossi denomina “el gran misterio del derecho” (2003, 60). Efectivamente, distinguir entre cumplimiento e inobservancia del derecho resulta básico para separar el derecho que existe, del eficaz y del ideal. Entiendo que una breve explicación es de utilidad. Se puede manifestar que la concepción de los derechos humanos que propongo no se sustenta en texto de derecho positivo alguno, razón por la que es posible calificarla de irreal. A mi juicio, la mínima coherencia que demanda el principio de universalidad de los derechos humanos, en armonía con las demás partes de esta construcción jurídico-social, sólo se satisface con las exigencias que he delineado, no obstante lo cual, concedo que la manera usual de interpretar y aplicar el conjunto de normas implicado muestra escasos niveles de congruencia. A pesar de esas carencias, la trascendencia de este asunto es que no son pocas las constituciones, no se diga los documentos internacionales, que reconocen y garantizan una buena cantidad de derechos humanos, normas que sí contarán con altos porcentajes de difusión y respeto bastarían para remediar varias insuficiencias en la materia. El problema es que ese derecho existente es ineficaz y los análisis que este hecho provoca son tan dispares que bien vale la pena detenerse en las disputas entre positivistas y constitucionalistas.

IV. CONSTITUCIONALISMOS ALTERNATIVOS

Obviamente acercarse al debate contemporáneo sobre el constitucionalismo requiere bastante más preparación y espacio del que dispongo, pero me contento con repasar velozmente otro libro reciente y de fácil acceso para cualquiera.¹² Una condición preliminar y bas-

¹² AA. VV. (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, edición Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003. En esta obra se encuentran diversas aportaciones, mayoritariamente críticas con

tante útil para entender los pensamientos que se confrontan sobre el constitucionalismo es la lectura de dos trabajos de Maurizio Fioravanti, en los que se relatan los antecedentes que explican el surgimiento de esta corriente, así como del estado que la origina y se sustenta en ella.¹³ En este sentido, resulta fundamental no pasar por alto que en la actualidad las constituciones procuran mantener un equilibrio entre dos funciones, una de garantía y otra de dirección, siendo la inclinación hacia uno de estos ámbitos determinante para la configuración del ordenamiento jurídico de que se trate y para la forma de concebir los derechos humanos (2000). Asimismo, que en esos documentos normativos se busca la estabilidad del vínculo existente entre democracia y límites al poder político, que comúnmente se traslada al terreno de las tensiones entre órganos legislativos y jurisdiccionales (2001).

Una buena forma de iniciar esta exposición es apreciar el fenómeno de la “constitucionalización” del derecho reseñado por Riccardo Guastini,¹⁴ consistente en la paulatina modificación de un ordenamiento jurídico que concluye en su saturación constitucional, con el correspondiente asedio que la ley fundamental mantiene en todos los ámbitos de la sociedad de que se trate. Por supuesto, siendo un proceso, existen condiciones que se van actualizando y cada uno de los sistemas jurídicos puede situarse en distintos niveles del mismo, es decir, “estar más o menos constitucionalizado”. Son siete las pautas para determinar la presencia de este acontecimiento. Se requiere una constitución escrita y reformable mediante un procedimiento más exigente que el de la legislación común, llegando incluso al caso de la inmutabilidad, un control jurisdiccional de constitucionalidad, sin que trasciendan sus distintas versiones, una fe en la plena obligatoriedad de todos los preceptos constitucionales, una postura interpretativa exagerada que sostiene la plenitud constitucional, una defensa de

el constitucionalismo, que proporcionan una valiosa oportunidad para reflexionar sobre esta corriente y compararla con el positivismo. No obstante, se debe tener cuidado con las opiniones vertidas en tan peculiar libro, porque es posible que confundan más que orienten al lector no suficientemente preparado.

¹³ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 3a. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2000, y FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

¹⁴ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. José María Lujambio, pp. 49-73.

la aplicabilidad directa de la constitución, incluso en las relaciones privadas, una técnica interpretativa que, con base en la ambigüedad del lenguaje normativo, asuma como labor la conservación de las disposiciones ordinarias por medio de su armonización con la ley fundamental, así como un poder de la constitución y sus guardianes sobre la política y, en contrapartida, el uso político de la constitución (2003, 49-58).

Por otra parte, a fin de comprobar la enorme variedad de acepciones del término constitucionalismo, resulta provechoso el esfuerzo de Paolo Comanducci,¹⁵ en el que se postula su separación respecto de la expresión neoconstitucionalismo,¹⁶ debido a que ambas palabras refieren modelos de organización social independientes o porque implican dos diversas metodologías y/o ideologías o toda vez que sólo el segundo intenta funcionar como teoría jurídica. No obstante, aún más notable es la trilogía en la que divide su neoconstitucionalismo, a fin de contraponerla a la ya clásica del positivismo (2003, 75-83).

En primer lugar, el neoconstitucionalismo teórico admite que el proceso de constitucionalización ha conseguido una modificación tan radical en el modelo de organización social, que justifica dejar atrás el positivismo teórico.¹⁷ Asimismo, es posible diferenciar dentro de él, una corriente que desde esa base pugna igualmente por un cambio metodológico. Sin importar esto último, los teóricos neoconstitucionalistas también se identifican por enfocar sus análisis de forma diversa, según aprecien o no a la constitución como valiosa por los contenidos que en ella se reconocen, lo que a su vez, marca su manera de explicar la interpretación constitucional, sin que se olvide que la teoría neoconstitucionalista de corte “axiológico” se convierte más bien en neoconstitucionalismo ideológico (Comanducci, 2003, 83-85). En este último, lo que se enfatiza es la garantía de los derechos

¹⁵ COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Miguel Carbonell, pp. 75-98.

¹⁶ Tan interesante artículo no impide que en este trabajo se prefiera utilizar la denominación constitucionalismo en las explicaciones propias, aunque se tenga plena conciencia de las distintas intenciones que subyacen cuando se recurre a uno u otro concepto por parte de otros autores.

¹⁷ Tal como expone ese proceso GUASTINI, aunque expresamente se acentúa el papel de los derechos fundamentales, el de los principios y lo característico de la interpretación y aplicación constitucionales (COMANDUCCI, 2003, 83).

fundamentales, mientras se es condescendiente con el poder estatal e inclusive se le venera. Debido a que en este esquema todo marcha sobre ruedas y a que el derecho y la moral se interrelacionan en su modelo de Estado neoconstitucional de derecho, cuestión que los acerca al constitucionalismo metodológico, ciertos neoconstitucionalistas ideológicos se pronuncian a favor de la existencia de una debida obediencia moral a la constitución y demás leyes acordes con ella, confundiendo en esencia con los positivistas ideológicos, a los que ya enfrentaba el viejo constitucionalismo ideológico (2003, 82 y 85-86).

Por otra parte, el neoconstitucionalismo metodológico se caracteriza por afirmar que entre derecho y moral, ahí donde el derecho se encuentre constitucionalizado y los principios y derechos atestigüen precisamente el vínculo entre ambos, existe una “conexión necesaria, identificativa y/o justificativa”. En ese entendido, no hay dificultad para presentarlo distante del positivismo metodológico, que posee la ventaja de conocer el derecho que es y separarlo del que debe ser, de comprometerse con “las fuentes sociales” del derecho y la “no conexión necesaria” entre los dos mencionados sistemas normativos, además de presuponer un fácil traslado entre descripción, por un lado, y valoración y prescripción, por otro, sin que le importe, finalmente, la posibilidad de alcanzar o no el cognitivismo moral (Comanducci, 2003, 86-87).¹⁸

Con base en este particular andamiaje conceptual, el despliegue de combinaciones y comentarios críticos no se hace esperar. Antes, en mi opinión, lo más interesante es que se reconoce la posibilidad de que el neoconstitucionalismo teórico puede vincularse con el positivismo metodológico, convirtiéndose en una sólida herramienta para informar de los actuales sistemas jurídicos. De cualquier manera, es muy pobre el peso que se le atribuye a la teoría jurídica si se sustraen sus capacidades críticas y parece discutible que pueda calificarse de ideología el buscar la congruencia del derecho para que no sea un sinsentido, que es lo que se pretende cuando una ciencia que

¹⁸ Es probable que alguien pueda calificar este relato de las ideas de Comanducci como tendencioso, por confuso, pero lo único que deseo ilustrar es la cantidad de precisiones que, como anuncié, despistan más de lo que instruyen a las personas que muestran interés por el constitucionalismo.

estudia normas, describe lo que las normas mandan y si posteriormente constata que se incumplen, denuncia esa inobservancia. Lo que debe quedar claro es que el incumplimiento del derecho no es derecho y ese es el motivo por el que explicar el derecho que existe, funciona tranquilamente para abogar por la eliminación de sus infracciones (Comanducci, 2003, 87-90)

El otro tema que cabe destacar del artículo de Comanducci es el de la cercanía entre derecho y moral, que constituye un cuestionamiento necesario al neoconstitucionalismo metodológico. Generalizar en este ámbito es sumamente debatible y lo fundamental es circunscribir el análisis a aquéllos que efectivamente defiendan que la moral manda en el derecho. Independientemente de ello, es cierto que preguntarse por el último fundamento de validez de las decisiones jurídicas no conduce irremediamente a la moral y que las personas que basan sus elecciones en la moral no pueden aspirar a la objetividad, siquiera sea porque es dudoso que exista una fuente única de corrección en este plano (2003, 93-98).

Las influencias que conlleva la constitucionalización del derecho permanecen en un autor distinto, Alfonso García Figueroa, que con base en ella puede señalar cierta cercanía entre el derecho ideal y el derecho real, además de permitirle calificar al constitucionalismo como una novedosa edición del iusnaturalismo.¹⁹ En concreto, este “neoiusnaturalismo” le parece producto de la unión del “iusnaturalismo débil continental” con el “positivismo débil angloamericano”, donde la intersección se fundamenta, una vez más, en ese proceso de constitucionalización, que encuentra un peculiar símil en la “materialización de la regla de reconocimiento del sistema” (2003, 159-163).²⁰

Aunque provisionalmente, García Figueroa sostiene que el constitucionalismo vuelve inviable “una concepción positivista estricta” del derecho, exactamente lo contrario de lo que pretendo demostrar

¹⁹ GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 159-186.

²⁰ A mi juicio, vincular con las constituciones la regla de reconocimiento resulta especialmente contraproducente. De todos modos, esta figura invariablemente reenvía a dos obras clásicas de obligada consulta previa, a saber, HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, y HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

a partir de este artículo. Entiendo precipitado, aunque ciertamente se manifiesta en forma cautelosa, reconducir el debate entre constitucionalismo y positivismo, hasta los problemas que enfrenta el último con la "materialización" de la referida regla (2003, 161-163). En mi opinión, uno de los puntos clave para tan radical discrepancia es la distinta valoración que se tiene de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la manera en que ésta forja el constitucionalismo. No es indispensable abandonar el positivismo, pues los derechos, con toda la carga moral que se les quiera atribuir, continúan siendo disposiciones positivas. Asimismo, el reconocimiento de principios y la ponderación que para interpretarlos se requiere, si bien vincula la argumentación con una decisión, como sucede siempre que se aplica el derecho, no tiene porque exagerar el peso de las valoraciones ni su carácter moral. Cuestión aparte es el protagonismo de los órganos judiciales en detrimento de los legisladores y, siendo atinado comprender que las limitaciones de poder que la constitución demanda se extienden a ambos, implica ya una toma de postura observar en ello una afrenta a la democracia y acentuar la discrecionalidad judicial para entenderla como incontrolable. En este último aspecto, el rol que juega la creencia en la objetividad deviene trascendental, así como la manera en que pueda arribarse a ella por medio de la argumentación, a fin de obtener una situación equilibrada entre derechos humanos y democracia (2003, 163-170).

Aunque sea brevemente, conviene detenerse para contemplar las especificidades de la tipología sobre el constitucionalismo que maneja García Figueroa, al menos, en dos aspectos.²¹ Dentro del constitucionalismo ideológico coinciden dos orientaciones aparentemente encontradas, pues se distancia del positivismo ideológico al proporcionar razones para no respaldar cualquier derecho, toda vez que apoya únicamente la obediencia del derecho respetuoso de la constitución, pero, al mismo tiempo, eleva el deber de obediencia al plano constitucional, sobre todo al unirse con el constitucionalismo metodológico. La solución esbozada consiste en que, desde este segundo nivel, lo que el constitucionalismo sostiene es una obediencia "*pri-*

²¹ No se debe olvidar que para este autor, constitucionalismo y neoconstitucionalismo son términos intercambiables, aunque en su escrito utiliza el primero (GARCÍA FIGUEROA, 2003, 164-165).

ma facie".²² Por otra parte, respecto del constitucionalismo metodológico, igualmente hay que observar dos versiones, donde la no tradicional, a fin de mantener la generalidad conceptual en la explicación del derecho, requiere establecer las relaciones entre éste y la moral con un carácter tendencial, es decir, resaltando "la disposición a la constitucionalización predicable de todo sistema jurídico", su "constitucionalizabilidad", con una especial referencia a los elementos materiales y los principios que derivan de ellos (2003, 170-176).²³

Todavía pueden resaltarse aportaciones más severas con el constitucionalismo, correspondiendo el turno a Susanna Pozzolo.²⁴ Una vez acentuada la cara moral de esta corriente, de plano se le niega la posibilidad de constituir una teoría descriptiva de los actuales ordenamientos jurídicos, en franca oposición a lo que se supone puede conseguir un planteamiento positivista, condenándola, si bien le va, a exposición de tesis normativas, deseos de cómo el derecho debe ser, o bien, aún peor, atribuyéndole la función servil de justificar *a posteriori* cómo el derecho ha llegado a ser (2003, 195). Pero además, la pleitesía que el constitucionalismo rinde a la moral, no es a cualquiera de sus especies, sino a la "universal", con lo cual aparece claramente el peligro de sus pretensiones totalitarias que defienden una homogeneidad moral (2003, 196-202).²⁵

No conviene dejar escapar la oportunidad de meditar que es muy curioso que una positivista, siendo consciente de que las disposiciones que el constitucionalismo tiene en tan alto concepto correspon-

²² Como puede notarse, se matiza considerablemente la valoración del constitucionalismo ideológico en comparación con la representación ya reseñada de COMANDUCCI.

²³ En este contexto, resulta indispensable retener que afirmar como incuestionable el papel que los principios desempeñan para emparentar derecho y moral, a través de la argumentación que explica la aplicación del derecho, es a su vez utilizado para emprender bastantes de las críticas al constitucionalismo y separarlo del positivismo jurídico. Sin dejar de reconocer las buenas intenciones con las que se pide una mejora en el positivismo, denostar al constitucionalismo comparándolo con un iusnaturalismo vanguardista no le hace bien a ambos (GARCÍA FIGUEROA, 2003, 178-186). No se trata de confundir la realidad con lo que debería ser, con todas sus consecuencias, aquí lo que se debate es el cumplimiento del derecho que ya es, donde observarlo puede ser o no, pero no importa en absoluto, algo que le incumba a la moral.

²⁴ POZZOLO, S., "Un constitucionalismo ambiguo", en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Miguel Carbonell, pp. 187-210.

²⁵ Durante este pasaje del ensayo de Pozzolo, se puede observar la asociación que realiza entre lo positivo y lo efectivo.

den al derecho positivo y no pasando por alto su naturaleza “contextualizada”, de cualquier modo no abandone tan extraña obsesión por sobreestimar, para luego atacar, la moralidad que a esos mismos textos le atribuye, aunque lo haga por boca del propio constitucionalismo. A manera de ejemplo, no se concibe porque la falta de concreción de los preceptos sobre derechos fundamentales, necesariamente impulse a los operadores jurídicos a abrazar la moral y olvidarse de los logros del positivismo. Me parece que si alguien en su labor cotidiana requiere interpretar los artículos constitucionales que reconocen derechos, lo que no puede hacer es ignorar su presencia como si las frases que los enuncian simplemente no existieran. Decidir el cumplimiento de tales normas, no tiene porque vincularse con la moral, es solamente la actitud congruente de quien entiende que cada acción tiene una consecuencia. Por supuesto, queda en entredicho negar el carácter volitivo de esta actividad, pensando que hay una fuerza que guía cada solución hacia la única correcta, pero también es sospechosa la lástima que se profesa por la pérdida de la libertad del poder político (Pozzolo, 2003, 187-194 y 202-205).

En un apartado más específico, no deja de llamar la atención esa extraña defensa de la metodología positivista, que para conservar su adecuación como explicación de los estados constitucionales de derecho, opta por sacrificar la importancia de las labores de “individualización” del derecho reservadas a los “meros” juristas.²⁶ Asimismo, si es posible conceder que detrás de las “individualizaciones” de los jueces existen decisiones, siendo sumamente discutible que se excluya tan rápidamente a los legisladores a los que también puede tentar la moral, lo que no se puede conceder es que se acuse sin más al constitucionalismo de defender que esos actos de voluntad se basan irremediabilmente en valoraciones morales. La campaña que pretende distanciar al constitucionalismo del positivismo es, en este punto, exagerada (Pozzolo, 2003, 187 y 203-205).

El quid de la cuestión estriba en considerar que los contenidos constitucionales poseen un espacio semántico determinable, así como

²⁶ Además es innecesaria esa reducción, porque se supone que un jurista positivista crítico no es un obstáculo sino una ayuda para el avance del derecho y, si en todo caso, se vuelve un jurista predicador, a los poderes políticos, incluidos los judiciales, les es todavía más fácil ignorarlo.

que de ello se deriva un progresivo desarrollo, manteniéndose estas conclusiones independientes de altercados sobre la moral. En todo caso, lo que no se impone como evidente es que la alternativa constitucionalista siempre sea políticamente interesada y la del positivismo, neutral y objetiva, siquiera porque esta creencia esconde conscientemente las inclinaciones políticas de tan peculiar positivismo, que no distingue entre cumplimiento e inobservancia del derecho. Con este panorama, las opciones se reducen a dos, un constitucionalismo “retórico” que, sabiendo que el poder político se impone, no por ello consiente que el derecho no se respete, que “mortifica” a los gobernantes exigiéndoles la adecuación de sus actos a los contenidos constitucionales, que se atreve a cuestionar a los estados constitucionales occidentales porque busca su mejoría, pero que instala un “reino” al cuidado de sus conversos, o bien, un positivismo que encuentra en la fuerza un rasgo “definitorio” del derecho, que es complaciente observador de lo que efectivamente le da la gana a cada poder socialmente relevante considerar derecho, porque así distingue entre derecho “real” e “ideal” al mismo tiempo que conserva milagrosamente capacidades críticas, pero que eso sí, a cambio, defiende a las personas de un “déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política” (Pozzolo, 2003, 191 y 206-210).

Para aumentar el grado de complejidad de este asunto conviene asomarse fugazmente hacia la lucha entre constitucionalismo y democracia, un escenario donde cobra interés el pensamiento de Juan Carlos Bayón.²⁷ El presupuesto de su exposición es la solidez del “coto vedado”, espacio que permanece indiferente a los vaivenes de la política y en el que se suele ubicar tanto a los derechos humanos como a la propia democracia, dotándolos de “sustantividad”. Si desde el constitucionalismo se pretende asociar esa categoría con los contenidos que se establecen en lo más alto del ordenamiento jurídico, reformable por medios más complicados que los de la legislación ordinaria y garantizado comúnmente a través de instrumentos de justicia constitucional, resulta necesario afrontar que esa operación conlleva un detrimento de la fuerza de las decisiones mayoritarias, precisamente la esencia de la democracia que se busca salvaguar-

²⁷ BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 211-238.

dar, por lo que irremediabilmente deviene antidemocrático. Este es el dilema que el constitucionalismo requiere superar y en el que no son convincentes las apelaciones a los mayores índices democráticos de la constitución o del control judicial de la constitucionalidad (2003, 211-216).

Ciertamente, aparecen muchas dudas sobre la naturaleza más democrática de la constitución, así como la de sus medios de protección. Lo primero, porque afirmar sin cuestionar que existen contenidos materiales que deben ser respetados por las mayorías, es olvidar que esos criterios sustantivos no cayeron del cielo, sino que se establecieron por alguien, que a su vez necesitó de una decisión que si no es democrática es impuesta a la mayoría. Lo segundo, porque creer que tales preceptos se aplican solos una vez establecidos, significaría ignorar que ahí también se halla una actividad decisoria en la que aparentemente no hay razones suficientes para no llevarla a cabo democráticamente. En este contexto, generalmente son los derechos humanos los que se contraponen frente a las decisiones mayoritarias, pero en definitiva, en las sociedades en las que no se presente unanimidad al respecto, que son más bien todas, ninguna de las decisiones puede gozar del sello de la infalibilidad, por lo que aquellas soluciones, incluido el reconocimiento de derechos humanos, que se adopten al menos por mayoría, tienen el valor de respetar la igualdad de cada uno de los miembros de esa sociedad, a lo que habría que añadir que la verdad de esta aseveración depende de que efectivamente todos los habitantes encuentren asegurada su igual participación con igualdad de oportunidades, porque de lo contrario la democracia no posee la predicada "calidad moral" (Bayón, 2003, 216-235).

A estas alturas del entretenido discurso de Bayón es patente que el constitucionalismo sale mal parado frente a la democracia, pero igualmente es posible que uno comience a sospechar que la democracia requiere asociarse con los derechos humanos universales e interdependientes, pues son los derechos así entendidos los que le proporcionan a la democracia no su limitación externa, sino su presupuesto de existencia. Si no se entiende lo último, ganarle a la democracia es muy costoso, pues ella no se puede limitar a sí misma, ni para el futuro ni desde el pasado, pero comprendiéndolo, convence más la respuesta "procedimentalista". Lo que sucede es que el re-

querimiento de universalidad de todos los derechos humanos es demasiado exigente para defenderse con un "constitucionalismo débil" (2003, 222-235).

Una vez reseñadas las aportaciones críticas con el constitucionalismo, si se desea obtener algún resultado en un diálogo, lo siguiente es observar los términos en que se desarrolla su defensa, razón por la cual se justifica acudir al planteamiento de Luis Prieto Sanchís, a fin de fijar las coordenadas en las que se prosigue este debate sobre lo que también denomina neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo.²⁸ Este autor le señala tres sentidos, como una clase de Estado de Derecho, como la teoría jurídica que lo expone y como la ideología que lo legitima. Desde el plano ideológico es posible, a su vez, distinguir tres vertientes, la que adopta al Estado constitucional de derecho como la forma más acabada de organización política, sin que se olvide que debe enfrentar la objeción del déficit democrático, la que asumida la supremacía de este Estado de Derecho defiende una relación metodológica o conceptual entre derecho y moral, así como la que utiliza estos elementos para proclamar una teoría del derecho comprometida y/o crítica (2003, 123-124).

Por otra parte, el constitucionalismo como opción política que defiende un particular Estado de Derecho, es relacionado por Prieto Sanchís con una fórmula que conjuga la constitución como garantía y como directiva, de tal manera que prevalecen los elementos normativos orientadores de las decisiones democráticas y un extenso control judicial de constitucionalidad, es decir, una corriente que adopta como modelo a las constituciones "normativas garantizadas". Con este esquema, se pretenden exigentes parámetros materiales, directamente vinculantes, en una palabra "todoterreno", para el legislador (2003, 124-131).²⁹ Finalmente, en el plano teórico es donde el constitucionalismo se enfrenta al positivismo jurídico en cinco campos, a saber, sustitución de la ley por la constitución como fuente principal de derecho, preferencia de las instancias judiciales sobre las legis-

²⁸ PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123-158. Asimismo, conviene revisar otro trabajo suyo sobre el tema, PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

²⁹ Esta caracterización, como se puede observar, se apoya en las ideas de FIORAVANTI (2000).

lativas, pluralismo en vez de una pretendida homogeneidad,³⁰ mayor presencia de principios que de reglas en los puestos estratégicos de los sistemas jurídicos y, como consecuencia, más ponderación que subsunción a la hora de interpretar (2003, 131-137).³¹

En una cuestión relacionada con lo anterior, corresponde a Santiago Sastre Ariza una buena caracterización de los aparentes conflictos surgidos entre positivismo y constitucionalismo en el plano de la ciencia del derecho.³² En particular, interesa sobremanera el análisis de la supuesta disolución de las fronteras entre moral y derecho motivada por la “materialización” de los textos constitucionales, con la consecuente prioridad del punto de vista interno,³³ y la confusión en la ciencia jurídica de funciones que se estiman neutrales y descriptivas, con posturas abiertamente comprometidas, valorativas, prácticas y políticas (2003, 239-245).³⁴

En primer término, para que los defensores de la función exclusivamente descriptiva de la ciencia jurídica estén en lo cierto, previamente deben superar un gran número de evidencias que son contrarias a esta limitación del compromiso teórico y, posteriormente, necesitan responder de la minimización que su posición plantea. En cambio, si lo que buscan es una fórmula ideal, requieren aportar razones

³⁰ Importa retener la reflexión de PRIETO SANCHÍS sobre lo inconveniente que resulta ubicar en las constituciones los mandamientos de una “nueva moral universal” y en los derechos fundamentales, la “verdadera ética” (2003, 134).

³¹ La conveniencia de la ponderación se da porque entre principios contrapuestos no es común encontrar una respuesta adecuada recurriendo a los criterios tradicionales de superioridad, primacía temporal o especialidad. En todo caso, los problemas para aceptar la subsunción como actividad lógica también son notables si se toman en cuenta las ideas expuestas por HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

³² SASTRE ARIZA, S., “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 239-258. Este autor utiliza indistintamente las denominaciones constitucionalismo avanzado, constitucionalismo de principios o neoconstitucionalismo (2003, 239).

³³ El término recuerda su versión más arraigada, en la que se diferencia del punto de vista externo, tal como aparece en HART (1961), pero que requiere completarse con su obra póstuma (1994).

³⁴ Es posible rastrear una relación con lo que anuncia la intervención de Prieto Sanchís como problemas conceptuales o metodológicos del constitucionalismo ideológico, así como las implicaciones de su versión “dogmática” (2003, 124).

para entender que la ciencia del derecho no deviene irrelevante, así como conseguir evadirse de toda sospecha de haber adoptado una neutralidad científica políticamente interesada (Sastre Ariza, 2003, 251-252).

En este contexto, es más fácil darse cuenta de que algunos de los choques metodológicos entre constitucionalismo y positivismo no se mantienen. Sobre todo, es básico entender que el valor de los contenidos constitucionales se puede sostener de forma autónoma de criterios morales, por el simple hecho de que se encuentran positivados. Otra cosa es que determinadas disposiciones constitucionales incorporen elementos propicios a identificarse con la moralidad de cualquiera, porque en ese marco, al no existir un acuerdo unánime sobre lo que la moral significa, la objetividad de la descripción puede ser puesta en duda y vista como una opción de política del derecho. Esta circunstancia no pone fin a la utilidad de los esfuerzos descriptivos, pues debido es reconocer que en no pocos supuestos son viables, pero adicionalmente, permite tomar conciencia de que “no todos los juicios de valor conducen irremediabilmente a la subjetividad” (Sastre Ariza, 2003, 252-254).

Otro de los prejuicios comunes consiste en achacar al constitucionalismo una primacía del punto de vista interno, convirtiéndolo en una peligrosa corriente legitimadora de cualquier régimen. Sucede todo lo contrario, por supuesto que el positivismo que vale la pena destaca la perspectiva externa, pero precisamente el constitucionalismo exigente hace lo propio, sin abandonar la crítica al derecho existente sabiendo que se puede mejorar, pretende que, por lo menos, los insuficientes ordenamientos constitucionales se cumplan y en ello basa su crítica interna. Lo anterior se destaca de la intervención de Sastre Ariza y aunque considera difícil que se presente ese cuestionamiento interno, de acontecer así, se estaría ante un retroceso, al asumir únicamente el punto de vista interno identificándolo con una ciega pleitesía hacia el derecho positivo. Todo esto llevado al terreno de la ciencia jurídica, atestigua la pobreza de su supuesta neutralidad y proporciona argumentos para defender su carácter “garantista” (2003, 254-258).

Continuar con los autores que defienden posturas que favorecen el constitucionalismo, desemboca tarde o temprano en uno de sus máxi-

mos exponentes, Luigi Ferrajoli.³⁵ En este momento sólo basta decir que a partir de una separación de estados de derecho, débil y fuerte, que reconduce a su ya tradicional distinción entre estado legal y estado constitucional,³⁶ se propone revisar una doble vertiente del positivismo como modelo normativo, aunque para él se trata más bien de dos tipos independientes, que reflejan “un triple cambio de paradigma”. El primero aparece respecto de las “normas de reconocimiento”, antes confiadas al principio de legalidad y ahora a las constituciones, que altera los criterios de validez de los ordenamientos jurídicos, de lo formal a lo sustancial. En segundo plano, la especial ciencia del derecho deja la órbita de la neutralidad descriptiva, a fin de encarar una crítica comprometida. En tercer lugar, cabe destacar que la labor jurisdiccional no sólo es aplicación e interpretación mecánica de la ley sino que conlleva una decisión sobre la misma, práctica y responsable.³⁷ En definitiva, el constitucionalismo mejora el positivismo debido a que juridifica las “condiciones de ‘existencia’ y de ‘validez’” del derecho (2003, 13-20).³⁸

Otro de los participantes en la obra colectiva que se reseña, que contribuye con sus reflexiones a una visión favorable del constitucionalismo es Robert Alexy.³⁹ Puede resaltarse a propósito suyo el vínculo entre los derechos fundamentales y aquél, aunque su estudio

³⁵ FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del estado de derecho”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Pilar Allegue, pp. 13-29. No voy a ocuparme aquí de sus trabajos principales, pero si todavía queda alguien en nuestra escuela que no conozca su obra, se hará un favor consultando con carácter introductorio un pequeño libro, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2001.

³⁶ Sin que se identifiquen plenamente ambos pares de términos, como muestra el caso inglés (FERRAJOLI, 2003, 14).

³⁷ Adicionalmente, se expresa una idea reiterada de FERRAJOLI respecto de la democracia, que adquiere una “dimensión sustancial” (2003, 19).

³⁸ El ámbito propiamente neoconstitucional afronta problemas contemporáneos y es interesante para un debate próximo, señala Ferrajoli en los dos apartados finales de su escrito, donde se plantean como obstáculos para la continuidad del Estado de Derecho y la función “garantista” de las constituciones, los retrocesos “neoabsolutistas”. En todo caso, baste con mencionar que la alternativa que propone con el constitucionalismo “supraestatal” parece complementaria con la opción basada en la universalidad de los derechos humanos y que incluso esta “igualdad en derechos”, a mi juicio, posee mayor viabilidad (2003, 20-29).

³⁹ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Alfonso García Figueroa, pp. 31-47.

se circunscriba al panorama alemán.⁴⁰ En concreto, estos derechos gozan de un “rango máximo”, es decir, ocupan la posición jerárquica suprema en el ordenamiento, debido a que se encuentran reconocidos en la constitución.⁴¹ El valor de su “máxima fuerza jurídica”, combinada con la regulación de materias de “máxima importancia”, resulta básico, toda vez que pretende originar como consecuencia una “justiciabilidad plena” y “todoterreno”, en la que se juega el derecho su “obligatoriedad”. Tristemente su “máxima indeterminación” condiciona las posibilidades de las tres características anteriores, porque con base en ella se introducen cualquier tipo de objeciones para su pleno cumplimiento, volviendo indispensable la interpretación, que de todas formas constituye un escenario pletórico de alternativas en “lucha”, donde trasciende el papel que desempeña el órgano de última instancia (2003, 31-37).

En este contexto reaparece la contraposición de los derechos con la democracia, porque aquéllos pueden servir tanto de presupuesto que asegure el desenvolvimiento de ésta, como intentar imponer sus criterios a las decisiones mayoritarias. Para dar una respuesta intermedia, partiendo del derecho positivo, Alexy busca un apoyo en el “consenso por superposición”,⁴² que traduce en el triunfo de la “representación argumentativa” realizada por los tribunales constitucionales. No obstante, siempre subsisten espacios de incertidumbre para arribar al punto de vista “correcto”. Con toda la simpatía que merezca el argumento de que nadie debe ser “juez en su propia causa”, así como la idoneidad de un diálogo entre todos los usuarios del derecho, lo cierto es que no deja de existir un optimismo desmesurado en la creencia en la imparcialidad de los jueces constitucionales al configurar los “límites de la política” (2003, 37-47).

⁴⁰ En mi opinión, es preferible el término derechos humanos, pues en ciertos casos completan el espacio más reducido que se atribuye a los derechos fundamentales.

⁴¹ ALEXY hace bien en matizar su afirmación para la órbita estatal si con ello se quiere aludir a las disposiciones de origen interno, pues tratándose de derechos humanos todavía puede rastrearse un nivel superior al constitucional en las fuentes internacionales, que atribuyen su interpretación y defensa a órganos establecidos en esas mismas sedes (2003, 33).

⁴² Reservando un juicio crítico respecto de esta figura, a la que también puede denominarse “consenso entrecruzado” o “consenso traslapado”, ella puede apreciarse con claridad, bajo esta última denominación, en RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. Sergio René Madero Báez, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Aunque se trate de un apartado más específico del constitucionalismo, como ya ha sido nombrado en los párrafos anteriores es debido comentar un poco el enfrentamiento entre subsunción y ponderación en el ámbito de la interpretación, causado por la presencia de principios, para lo cual resulta adecuado detenerse en el ensayo de José Juan Moreso.⁴³ Una cuestión preliminar para debatir es la naturaleza de la interpretación, que puede entenderse como conocimiento o como decisión. De cualquier manera, el problema central es desvelar el carácter de la ponderación⁴⁴ que, por un lado, se puede comprender como una actividad variable, subjetiva, particularista y esencialmente “no controlable racionalmente”, mientras que, por otro lado, se defiende cierto nivel de control para ella, descartando la ambigüedad en los supuestos obvios, así como a partir de la distinción de “grados de apertura” en la aplicabilidad de los principios y reglas, es posible intentar reconsiderarla como presupuesto de la subsunción, siempre que se logre ubicar las “condiciones de aplicación” de los principios y demostrar que existe una vía para evitar sus conflictos. Con ese objetivo en mente, hay que procurar delimitar un exhaustivo marco de las “propiedades potencialmente relevantes” del asunto correspondiente, de tal forma que se obtenga un “sistema normativo de pautas condicionales pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles” (2003, 99-118).⁴⁵

⁴³ MORESO, J. J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 99-121.

⁴⁴ Conviene recordar que la ponderación se lleva a cabo para resolver, en casos concretos, los choques entre diversos principios, determinando cuál de ellos habrá de prevalecer ocasionalmente, porque atiende mejor las circunstancias del supuesto específico. Intentar la señalización previa de esas circunstancias, a fin de lograr una aplicación estable de estas normas abiertas, constituye el anhelado antídoto contra el “particularismo jurídico” (MORESO, 2003, 113-115). Para percibir claramente las razones por las que se pueden presentar los conflictos entre principios, basta con acudir a un pasaje del trabajo de PRIETO SANCHÍS (2003, 140).

⁴⁵ No se ignora que en dicho contexto todavía se mantiene pendiente la discusión sobre los criterios de “relevancia” adecuados, con lo que se traslada el problema de indeterminación a este segundo nivel. No obstante, en un estadio inferior, como las circunstancias relevantes están definidas, “idealmente” se posibilita “correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas” a través de la ponderación, que finalmente conduce a una aplicación con base en la subsunción (MORESO, 2003, 117-121).

Respecto de la ponderación, es valioso retomar el ensayo de Prieto Sanchís para completar su comprensión. Una distinción inicial se encuentra en los principios, pues no todos son idénticos, ya que forman parte de ellos los “mandatos de optimización”, que poseen notas de aplicación más concretas que las de sus congéneres, pero como contrapartida mandan niveles de observancia con mayor incertidumbre. Otra afirmación interesante es la que sitúa la ponderación entre dos ejercicios de subsunción y que puede propiciar su eventual irrelevancia, “merced al precedente”. Pero es trascendental observar la relación inversamente proporcional, causada por los diversos márgenes de concreción de las propiedades de aplicación en las disposiciones jurídicas, entre ponderación constitucional de la ley y ponderación legal que, a su vez, excluye la ponderación judicial ordinaria.⁴⁶ En palabras sencillas, las leyes con sentidos abiertos son más difíciles de declararse no acordes con la constitución por los tribunales constitucionales, pero igualmente dejan un amplio espacio de maniobra para la discrecionalidad de los operadores ordinarios (2003, 137-149).⁴⁷

Como no puede ser de otra forma, la ponderación es concordante con cierta incertidumbre en el derecho e inclinada hacia posturas valorativas no objetivas, pero se trata de una cuestión diferente llevar la crítica motivada por esa ausencia de infalibilidad hasta la discu-

⁴⁶ Es verdad que PRIETO SANCHÍS no pasa por alto las dudas de constitucionalidad de las leyes que llevan a cabo por sí mismas una estricta ponderación, pero todavía cabe acentuarlo con mayor rotundidad. En mi opinión, la eliminación de conflictos entre principios sigue siendo general tanto si se realiza de forma abstracta como para un caso concreto y en ambas hipótesis es inconstitucional si no se establece previamente en la ley fundamental. Ese es el motivo que aconseja la inviabilidad de la imposición del criterio de especialidad en las decisiones judiciales para resolver los supuestos donde se enfrentan principios y lo mismo sucede para el caso en que desde la ley se busque, de manera general, establecer un criterio de preferencia inmutable (2003, 142-149).

⁴⁷ Adicionalmente, hay que destacar los requisitos de operatividad de la ponderación una vez que se vuelve inevitable su utilización. El presupuesto obvio es que las medidas contrapuestas sujetas a evaluación, como pueden ser actos o normas que condicionan el ejercicio de derechos humanos, gocen del apoyo de principios de igual rango. Posteriormente, lo importante es que ese sustento les venga dado por la idónea representación del principio de que se trate, que se asegure que la actualización de tales medidas funciona como *ultima ratio*, así como que el cálculo que las equilibre se realice por medio de un “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”, es decir, que lo que pierda una posición y su principio guía, lo gane la otra (PRIETO SANCHÍS, 2003, 149-151).

sión acerca del decisionismo judicial que limita la discrecionalidad de los órganos legislativos. En un marco previo a tal debate, debido es reconocer que Prieto Sanchís se pronuncia por la permanencia de la ponderación ordinaria y despreocupado por el mantenimiento de la ponderación constitucional.⁴⁸ Finalmente, es fácil constatar el interés que la ponderación persigue en el constitucionalismo sólido, ya que se convierte en uno más de los elementos para inclinar su adopción, pues contrarresta las desventajas de su activismo judicial, dotándolo de argumentos incluso para preferirlo como modelo teórico frente al positivismo jurídico (2003, 151-158).

Tengo plena conciencia de que seguirme en las consideraciones de este apartado se favorece drásticamente con el conocimiento de los ensayos que estoy comentando, pero asúmanlo los que aún me acompañen como una invitación a su estudio. En todo caso, lo que es prudente retener es que tratándose de derechos humanos es común que actualmente ya se encuentren incorporados en las disposiciones de mayor jerarquía de los diferentes ordenamientos jurídicos, con lo cual, por mucho que quiera interpretárseles como normas de principios ambiguas, debe reconocerse que su inclusión en el derecho positivo posee, como mínimo, una consecuencia, que la exigibilidad que demandan es mayor a la que se tendría si esos mismos ordenamientos carecieran de su presencia. Asimismo, si otra cosa ha quedado clara después de este repaso es que al constitucionalismo se atribuyen significados múltiples, lo que no impide sugerir que, en definitiva, si ser constitucionalista permite defender la plena obligatoriedad de los preceptos “iusfundamentales”, entre ellos los correspondientes a derechos humanos, no se entiende la razón de que tal exigencia de cumplimiento sea confundida invariablemente como la puerta de entrada a una moral determinada, que en este específico punto no

⁴⁸ A fin de ilustrar hipotéticas razones que sustentan una posición distinta, y no sólo relativamente, aquélla que prefiere la eliminación de la ponderación tratándose del control constitucional, pero que le resulta indiferente en los procesos comunes, sirve tener en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos únicamente los pronunciamientos de los tribunales constitucionales derivados de controles abstractos o concretos, da igual, poseen efectos generales, mientras que juicios como el de amparo, ciertamente nada ordinarios, se deben conformar con originar sentencias de alcances particulares. Asimismo, estos últimos pueden tener un campo de protección más reducido, por ejemplo, ceñido a unos pocos derechos humanos y no a la totalidad de los preceptos constitucionales.

realiza ninguna contribución indispensable. Es más, es posible intuir que un positivismo coherente y exigente no tiene motivo para oponerse a esta visión.

Antes de finalizar esta disertación sobre el derecho, concédame el lector la oportunidad de plantear una hipótesis inicial para dilucidar una de las principales imprecisiones que condicionan las relaciones entre positivismo y constitucionalismo. En mi opinión, son dos las cuestiones básicas, una tiene que ver con la fuente última de obligatoriedad del derecho, asunto donde se imputa apresuradamente al constitucionalismo una preferencia por argumentos morales para luego resaltar su distanciamiento con el positivismo. La segunda consiste en aprehender los elementos de identificación de las disposiciones de un ordenamiento jurídico, en la que la acusación al constitucionalismo es que utiliza nuevamente criterios morales. Ambos asuntos versan sobre la característica que separa al derecho de otros ordenamientos como la moral y se vinculan con las “normas de cierre” del sistema, pero lo único que por ahora deseo adelantar es que a una constitución no conviene confundirla con la “norma fundante básica” ni tampoco con la “regla de reconocimiento”.

V. OTRAS DISCUSIONES PENDIENTES

Para defender la concepción de derechos humanos por la que apuesto es fundamental el principio de igualdad de las personas, el cual puede llegar a verse comprometido al circunscribirse exclusivamente al territorio de los diferentes países a causa de las exigencias que se introducen con pretexto del criterio de nacionalidad. Por ello es procedente analizar, siquiera brevemente, cuál es el sentido y las ventajas que el vínculo nacional agrega a la convivencia social. En su nombre, llega incluso a reducirse el espacio de autoridad de los derechos humanos, únicamente para reconocerlos y garantizarlos plenamente dentro de las fronteras de un Estado y solamente para sus ciudadanos, olvidando que para que nadie abuse de su poder, el derecho tiene el compromiso de reconocer que todas las personas son iguales y valiosas por el mero hecho de existir, lo que debiera traducirse en idéntica medida en los documentos jurídicos supremos de los ordenamientos, evitando la “desigualdad en derechos”.

En este orden de ideas, requieren atenderse preliminarmente las peculiaridades de dos alternativas contrapuestas, la del patriotismo y la del nacionalismo. Por ello resulta conveniente detenerse en las explicaciones, con énfasis histórico, que sobre el tema ofrece Maurizio Viroli.⁴⁹ En pocas líneas, puede mencionarse que ambas opciones invocan sentimientos hacia un influyente y particular contexto, que se supone localizable, donde las personas desarrollan su convivencia, aunque las diferencias surgen según se acentúe la libertad republicana o la homogeneidad espiritual. Tanto el patriotismo como el nacionalismo ofrecen razones para preferir la específica sociedad a la que se pertenece por sobre la humanidad en su conjunto. Asimismo, un individualismo exacerbado necesita otorgar importantes concesiones a tales sentimientos, que exigen de sus participantes esfuerzos comunes. El equilibrio entre las dos posturas se rompe por su carácter excluyente o abierto, lo que hace del patriotismo una vía política "realista" para lograr la convivencia en la sociedad contemporánea, en contraposición al panorama cerrado que ofertan los nacionalistas, o bien, frente a proposiciones ideales, morales y racionalistas, poco apasionantes y por lo tanto inviables en el mundo real (1995, 15-34).⁵⁰

El patriotismo que vale la pena destacar es el republicano, donde la libertad igualitaria se obtiene y defiende en común con los conciudadanos, se combate un individualismo que aísla a las personas y desune la sociedad, se busca la satisfacción de necesidades básicas, le resultan extrañas las opciones políticas por el Estado personalizado y opresor, importan las instituciones políticas y el derecho aún

⁴⁹ VIROLI, M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre el patriotismo y el nacionalismo*, trad. Patrick Alfaya MacShane, Acento, Madrid, 1997. Su apuesta confesa es por una "libertad igualitaria", lo que en sus palabras refiere "la posibilidad para todos los ciudadanos de la república de vivir sus vidas como ciudadanos sin ser oprimidos al denegárseles sus derechos políticos, civiles o sociales" y, en conexión con ello, entiende que una república "no necesita unidad cultural, o moral o religiosa; necesita otro tipo de unidad, principalmente una unidad política sustentada por el nexo con el ideal de república", pero no "una república impersonal basada en los valores universales de libertad y justicia", sino "vinculación a una república en particular con su forma particular de vivir en libertad" (1995, 29).

⁵⁰ No se trata de repetir aquí el recorrido histórico de las ideas de patriotismo y nacionalismo realizado por VIROLI, aunque sí debe quedar claro que el lenguaje utilizado por ambos es similar en la forma y muy distinto en el fondo, que el primero aventaja en antigüedad al segundo, apareciendo éste a partir de una época determinada.

más, la educación se vuelve esencial para propagar esta forma de vida virtuosa y, cómo olvidarlo, los deberes juegan un papel fundamental. El quid de la distinción es la amplitud comprensiva de la propuesta, que hace posible aprovechar o desperdiciar los contrastes ofrecidos en otras latitudes, extender o no su órbita de influencia.⁵¹

Al otro lado de una delgada línea se encuentra el nacionalismo, donde lo primordial es lo particular en extremo, la cultura propia comienza por matizar el empuje de la libertad en común hasta subordinarla a la homogeneidad "natural" del pueblo, la unión es ahora uniformidad, las señas de identidad son espirituales, históricas, físicas y/o lingüísticas antes que políticas, aunque posteriormente es posible una evolución de lo político que cambia de sentido y en su significado se impone una combinación de esos rasgos, pero puede ser todavía peor si pasa del aislamiento a una expansión extrañamente cosmopolita, en este terreno hay diversas libertades atribuibles a diferentes naciones y no es inusual que una busque imponerse; asimismo, la educación continúa siendo importante y, finalmente, conviene notar un aumento gradual en la intensidad de la relación que identifica personas y pueblos, que luego serán estados (Viroli, 1995, 122-175).

Ante el escenario descrito, Viroli favorece una interpretación contraria al nacionalismo o a su versión renovada que observa en las tesis comunitaristas, aduce el carácter político de la discusión pero sabe que lo cultural y lo político son lenguajes entremezclados, prefiere, sin entronizarlo, el ámbito concreto frente a las impersonales expresiones cosmopolitas, es decir, a pesar de que cuida valorar en su justa medida los rasgos etnoculturales a fin de no hacerlos determinantes, entre lo universalista y lo particular opta por lo segundo, sin que ello merme la prioridad de su compromiso con la libertad común, protegida por el derecho y para la cual resulta vital la participación que propician los derechos políticos, así como la superación de intereses exclusivamente egoístas, por eso se inclina ante los "conciudadanos" más que ante los connacionales (1995, 202-232).

Si se considera la narración que realiza Viroli, además de encontrarse diferencias claras entre el nacionalismo y el patriotismo, es

⁵¹ Los artífices de este discurso que he elegido resaltar son Maquiavelo, Milton, Toland, Shaftesbury, Freund, los patriotas ingleses de inicios del siglo XIX, Mazzini, tal como aparecen en la narración de VIROLI (1995).

posible estimar en este último una doble vertiente según pondere con mayor o menor ánimo una visión receptiva e inclusiva con otras experiencias localizadas más allá de las fronteras. Con esto en mente, no comparto la propuesta que elige, toda vez que su interpretación carece de la apertura necesaria que exigen la universalidad y la igualdad propias de una concepción exigente de los derechos humanos. De cualquier manera, una vez esclarecidos aquellos términos, requiere debatirse el mantenimiento del criterio de nacionalidad. En su favor puede recordarse que el vínculo que origina permite fundamentar esfuerzos compartidos en aras del bienestar común de una determinada comunidad, que funciona como seña de identidad y además matiza un individualismo extremo, gracias a la inclusión de deberes y responsabilidades. No obstante, siendo apreciables las distancias entre el criterio de nacionalidad respaldado por el nacionalismo y el vínculo de ciudadanía apoyado por el patriotismo, falta comprobar si es mejor opción sustituir el primero por el segundo.

A fin de responder esta interrogante resulta interesante intentar seguir algunos argumentos de Jürgen Habermas.⁵² El planteamiento inicial confirma la insistencia en ciertos sectores por la permanencia del criterio de nacionalidad, representado en el discurso como “etno-nacionalismo”. Asimismo, debe tomarse en cuenta que en el artículo que se analiza la idea de “naciones” puede adquirir un significado que recuerda a una sociedad de ciudadanos de especial talante patriótico (1996, 107-135). Lo importante es retener que, en la práctica, si las naciones se acompañan de lo étnico afirman la membresía a un pueblo con carácter excluyente, mientras que si se mantienen independientes de ello, pretenden agrupar de forma inclusiva a un conjunto de ciudadanos, que en muchos sentidos son personas “extrañas entre sí”, pero que pueden estar unidas en el disfrute de los mismos derechos “republicanos”. Es fundamental destacar que el goce de esos derechos, si adquiere un tono “ambivalente”, hace posible la confusión entre “*ethnos* y *demos*”. No obstante, lo nacionalista resulta dispensable porque la “integración social” puede realizarse por medio del derecho y la democracia (1996, 108-112).

⁵² HABERMAS, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999.

Pero no cualquier democracia, Habermas a propósito de Schmitt, muestra las limitaciones de hacerla dependiente de la idea de nación entendida como pueblo “naturalmente” uniforme, pues con ese atributo se argumenta como una expresión colectiva incontrolable y además, rompe la igualdad únicamente para predicarla entre los miembros de ese pueblo, en tanto que sean personas homogéneas, aunque con ello se pretenda justificar su independencia. En cambio, parece mejor opción que pueblo y nación refieran a la sociedad de ciudadanos sin constituir su antecedente, observando la democracia como resultado de “una praxis constitucional”. En este escenario, “la soberanía popular y los derechos humanos, democracia y Estado de derecho se entrelazan”, pero para que funcionen los enlaces “procedimentales”, deviene indispensable la simetría en el disfrute de tales derechos (1996, 112-116).

No obstante, como requiere sustituirse exitosamente el lazo que la nación uniforme origina, el cual permite la configuración política de una unidad de esfuerzos en la comunidad, así como mantener a las personas “contextualizadas”, Habermas propone en su lugar, que la soberanía popular tenga por base una participación intersubjetiva, deliberativa y comunicativa, como forma de estructurar el discurso público, logrando así la “formación política” de la voluntad social y, asimismo, donde se considere la importancia de los diversos contextos que influyen en las identidades individuales (1996, 117-118). Puede insistirse en que la congruencia de todas las ideas anteriores se gana o pierde al evitar algo que no es casualidad, a saber, la “desigualdad en derechos” entre los ciudadanos. De lo contrario, es posible justificar incluso el derecho de “autodeterminación nacional”.⁵³ En cualquier caso, a la pregunta por la amplitud de la composición de esa comunidad de ciudadanos, hay que responder que cada “extraño” que viva en su seno, para mantener la necesaria igualdad, debe formar parte de ella desde su diferencia, y tal es la opción de este autor (1996, 123-126).

⁵³ Aunque tampoco me parece una verdad absoluta la imposibilidad de secesión dentro de un Estado constitucional y democrático de derecho (HABERMAS, 1996, 121-122). Ni siquiera esa hipótesis resulta infalible, siempre que la decisión correspondiente se adopte en el marco adecuado y respetando todas las garantías que el mismo ordenamiento jurídico acepta. Como sea, distinguiendo entre opciones “nacionalistas”, que no criminales, lo que debe evitarse es que más allá de la unidad estatal, únicamente se encuentre el recurso a la fuerza.

Con lo dicho se revelan los inconvenientes del criterio de nacionalidad. Sin duda uno bastante prescindible es que la homogeneidad nacional requiere para autoafirmarse, su permanente contraste con otras identidades similares. La unión de ese complejo con el imperio de la fuerza, favorece todo tipo de “choques”, léase guerras. Para sustituir la violencia como instrumento de gestión de la convivencia social, la humanidad ha inventado el derecho, pues al final del otro camino no hay más que dominio y destrucción. Por supuesto, no cualquier derecho, nunca uno culturalmente orientado a la uniformidad, más bien uno que reconozca contenidos exigentes que reposan en los derechos humanos, universales e iguales para todas las personas, que siempre son “extrañas” en la mirada de alguien más. En esa medida, se propicia “fomentar una economía autosostenida y condiciones sociales soportables, una participación democrática igualitaria, el Estado de Derecho y una cultura de la tolerancia” (Habermas, 1996, 131). Aunque esta última con reservas, pues comúnmente no se asocia con la universalidad de los derechos humanos que vale la pena defender.

En conclusión, parece obvio que desde el lenguaje nacionalista la colectividad beneficiada es la nación constituida etnoculturalmente, mientras que en el terreno del patriotismo la prioridad está depositada en el conjunto de ciudadanos. A pesar de que ambas nociones se utilizan en el ámbito estatal, donde incluso se combinan, son ciudadanos los nacionales de un Estado, en la actualidad, marcada por la multiculturalidad, es el criterio de ciudadanía sin más el que mejor defiende su relación con el Estado y hasta puede exportarse a las unidades supraestatales. Lo que se quiere decir es que si el criterio de nacionalidad se ha identificado con el de ciudadanía, en las sociedades contemporáneas, considerando esas dos opciones, conviene que prevalezca únicamente el último, definido por notas jurídicas y políticas que se suponen culturalmente “neutrales”. Sin embargo, en este contexto, los cuestionamientos necesitan apuntarse hacia la idea de ciudadanía como límite de los derechos humanos universales e iguales para todos.⁵⁴ Si la ciudadanía es inclusiva y se concede por igual a cada una de las personas que viven en la comunidad de que se trate, no tiene problema, pero si resulta excluyente y favorece una “des-

⁵⁴ Esos derechos son los liberales, los republicanos y los sociales, en idéntica medida. Faltando alguno, irremediablemente se pierde la congruencia del discurso.

igualdad en derechos”, no parece que se distancie en nada del temido vínculo nacionalista.

A fin de esbozar argumentos que permitan una ciudadanía abierta, logrando de mejor manera un vínculo social estable, cobran interés un par de ensayos de Martha C. Nussbaum que se acompañan de varios artículos de otros autores,⁵⁵ que intentan conjuntamente reflexionar sobre el cosmopolitismo y los alcances del patriotismo, aunque igualmente persisten posturas más bien nacionalistas.⁵⁶ Si el patriotismo que vale la pena se decanta por la exaltación de la libertad común, no parece congruente que corte sus esfuerzos al borde de las fronteras, sin que con ello sacrifique sus diferencias con el nacionalismo. Esa es la cuestión fundamental que pretende ser resuelta desde el cosmopolitismo, del que se critica, entre otras cosas, su inoperatividad por falta de arraigo en los sentimientos humanos y la posible pérdida de identidad a la que conduce.

La principal tesis del cosmopolitismo es que se contemple como lo más valioso a la humanidad entera, con lo que puede adquirir relevancia la universalidad e igualdad de los derechos humanos, pues ya no se predicán únicamente para los ciudadanos de un Estado, como defiende el patriotismo o, de manera aún más reducida, para los nacionales, según las pretensiones del nacionalismo. La forma más radical de cosmopolitismo busca que el “accidente” del nacimiento sea tan intrascendente como para que las divisiones estatales sucumban siempre ante las demandas de la humanidad en su conjunto. De todos modos, esta ideología no pide que se olviden las identidades particulares, solamente que se inclinen ante los intereses globales, siempre respetando la individualidad de cada persona (Nussbaum, 1996, 13-22).

Una buena ayuda para matizar esta radicalidad y entender adecuadamente la intención cosmopolita se observa en la contribución de Amartya Sen,⁵⁷ puesto que no se trata de que la humanidad monopo-

⁵⁵ NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Joshua Cohen (comp.), trad. Carme Castells, Paidós, Barcelona, 1999.

⁵⁶ No se pasan por alto las extrañezas de planteamientos donde francamente algunas de las percepciones sobre la realidad estadounidense y la relación de ese país con el resto del mundo son altamente contrastables, pero en esta oportunidad esos comentarios requieren ser puestos, aunque ya he recomendado unos libros para contemplar la otra cara de la moneda.

⁵⁷ SEN, A., “Humanidad y ciudadanía”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 135-143.

lice las lealtades de las personas, sino de que se acepte una "pluralidad de compromisos" para evitar que lo primordial se vuelva excluyente y a fin de que cuenten las "lealtades complementarias". Sin embargo, la importancia del cosmopolitismo se consolida "si convenimos que nuestra común humanidad posee una relevancia moral sustantiva", así como si trasciende el que "ninguna persona quede excluida de nuestra incumbencia moral" (1996, 136-140).

La importancia que la visión cosmopolita tiene para el derecho se manifiesta a través de la influencia que intenta conseguir por medio de la educación. Al respecto, cabe destacar favorablemente la pérdida de las ilusiones de neutralidad, naturalidad o normalidad que propicia, es decir, cuando uno persigue ampliar su discurso al total de las personas, inmediatamente observa las diferencias que reinan entre nosotros, con lo que se generan dudas sobre la creencia en la infalibilidad de las convicciones propias. Asimismo, el valor de la solidaridad es otro beneficiario de esta postura. No obstante, lo que me parece más interesante es que el cosmopolitismo permite tener conciencia sobre los problemas de congruencia de aquellas nociones "que hablan el lenguaje del universalismo pero cuyo universo, por el contrario, tiene un alcance restringido e interesado", sacando a relucir la peculiaridad de esas teorías que favorecen que algunos privilegiados reciban "un respeto especial" (Nussbaum, 1996, 22-26).⁵⁸

Para abordar un cuestionamiento básico sobre el cosmopolitismo, conviene un cambio de autor. Se trata de la sospecha que lo asocia con la homogeneidad, a lo que Kwame Anthony Appiah responde con la complicada pero fructífera combinación entre patriotismo y cosmopolitismo.⁵⁹ Es de utilidad observar que las "responsabilidades ciudadanas" para proteger no sólo la cultura o la política, sino también el derecho o el medio ambiente, se confían a todos los que viven en una sociedad determinada y no exclusivamente a los que nacen en ella, con lo que además se fomenta la diversidad y el progreso. Otra cuestión para recordar es el enriquecimiento que el cosmopolitismo aporta al liberalismo congruente, resaltando su potencial crítico y descartan-

⁵⁸ Importa añadir que la conciencia sobre el "igual valor de las personas", su "igualdad moral", es la reflexión fundamental en el segundo ensayo de NUSSBAUM (1996, 159-173).

⁵⁹ APPIAH, K. A., "Patriotas cosmopolitas", en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 33-42.

do una extrema complicidad estatista. Asimismo, no deja de ser aleccionador que con una posición positivista se señale que los derechos atribuidos a la humanidad "importan en tanto que derechos humanos y que eso sólo es importante si los derechos de los humanos extranjeros también lo son". En suma, corresponde a estos derechos, universales e iguales, ser el lugar de encuentro en las sociedades multiculturales. Por si no fuera poco, de este artículo trasciende que los estados no necesariamente devienen obsoletos desde el cosmopolitismo, porque subsisten como espacios donde florece el pluralismo y porque en ellos transcurre y se condiciona la vida humana (1996, 33-42 y 176).

Un mensaje similar en el que claramente se manifiesta la utilidad instrumental de los estados, se observa en el comentario de Amy Gutmann,⁶⁰ toda vez que continúan siendo espacios adecuados donde los "ciudadanos democráticos disponen de medios institucionales de los que carecen los individuos solitarios o los que sólo son ciudadanos del mundo", que posibilitan en mayor medida la capacidad de presión de esos ciudadanos en los asuntos públicos, como la promoción y el respeto de los derechos humanos (1996, 83-89). A lo que conviene incorporar que la legitimidad de los estados y la influencia de las personas, se conserva siempre y cuando sus fronteras se mantengan abiertas para todo el que quiera establecer en ellos su morada y convertirse en ciudadano.

Me parece que lo más interesante y reiterado en los escritos subsecuentes es precisamente la liga entre cosmopolitismo y patriotismo. En ese entendido, es de utilidad continuar con lo dicho por Charles Taylor, quien francamente se posiciona en la órbita de las identidades patrióticas, pero sin que ello le evite ampliar sus consideraciones.⁶¹ En primer lugar, hace notar la relevancia del sustento que el patriotismo ofrece a la democracia y que puede ser consistentemente exportada al derecho,⁶² pero sobre todo reconoce que el remedio indis-

⁶⁰ GUTMANN, A., "Ciudadanía democrática", en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 83-89.

⁶¹ TAYLOR, C., "Por qué la democracia necesita el patriotismo", en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 145-147.

⁶² "Una democracia ciudadana sólo puede funcionar si la mayoría de sus miembros están convencidos de que su sociedad política es una empresa común de considerable trascendencia, y que la importancia de esta empresa es tan vital que están dispuestos a participar en todo lo posible para que siga funcionando como una democracia" (TAYLOR, 1999, 145).

pensable para corregir las amplias desigualdades de los regímenes democráticos actuales pasa por acciones “redistributivas”, las cuales requieren “un alto grado de compromiso mutuo” (1996, 145-147).

Por otra parte, dos incógnitas que el cosmopolitismo necesita despejar se corresponden con el peligro de que en un mundo globalizado sirva para empujar a las personas a la soledad que generan las ausencias de sentimientos patrióticos, aunque ya no tanto nacionalistas, así como que involuntariamente termine por patrocinar cierta “versión del imperialismo”. Esa es la preocupación de Benjamin R. Barber.⁶³ Al no ignorar los peligros de una “visceral necesidad humana de pertenencia”, el patriotismo más lúcido funciona como fiel de la balanza, siempre que guarde sus distancias con el nacionalismo y, en este panorama, hace su aparición la “fe constitucional”, entre otras recomendaciones, para lograr ese ambicioso objetivo, donde un cosmopolitismo sin desarraigo, también es bienvenido (1996, 43-50).

Este esfuerzo por combinar ambas tendencias, a fin de preservarlas de la parte oscura de la globalización, es el que enmarca la aportación de Richard Falk.⁶⁴ Hay que darse cuenta de que, divididos, caerán, toda vez que el patriotismo presupone un potente Estado soberano que ya no es tal, que falla al procurar el bienestar de sus pobladores y al auxiliar “a los débiles a resistir a los fuertes”, con lo que, en esa medida, pierden interés en respaldarlo, los débiles evidentemente. Al otro lado, el cosmopolitismo tampoco resiste adecuadamente las acometidas “globalistas”, al contrario, mal entendido, parece favorecerlas. Es por ello que debe reorientarse hacia la “globalización-desde-abajo, concebida en función de las necesidades de las personas (y de la naturaleza), que se distingue de la globalización-desde-arriba dirigida por el capital y éticamente neutral”, así como amparar una evolución hacia una “democracia cosmopolita” que contenga a los poderes transnacionales y posibilite “el resurgimiento del Estado humano” (1996, 67-75).⁶⁵

⁶³ BARBER, B. R., “Fe constitucional”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 43-50.

⁶⁴ FALK, R., “Una revisión del cosmopolitismo”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 67-75.

⁶⁵ Dicho sea de paso, es una apuesta arriesgada confiar en Naciones Unidas, como la realidad contemporánea no cesa lamentablemente de demostrar. Esa es la razón por la que reitero que, en mi opinión, un enfoque con mayor viabilidad es el de la defensa de todos los

A mi juicio, la mejor forma de aprovechar lo hasta ahora dicho se muestra en el comentario de Elaine Scarry, en el que se conectan plenamente los planteamientos ideológicos con los problemas reales que deben solucionarse por el derecho, especialmente en sede constitucional.⁶⁶ Está bien que el cosmopolitismo permita “imaginar” una identidad humana universal generando sentimientos de solidaridad entre todos los habitantes del mundo, aunque para ello requiere superar no pocas dificultades antes de tener acceso a la “estrategia de irrelevancia imaginaria”, que finalmente permite que tan complicado esfuerzo trascienda únicamente si queda plasmado en los documentos jurídicos de mayor jerarquía. No obstante, en la medida en que el cosmopolitismo se asocie con el “rechazo del constitucionalismo” tomando como pretexto la supuesta primacía del “internacionalismo”, deviene contraproducente, razón por la que cierto nivel de patriotismo incluyente mantiene un equilibrio idóneo.⁶⁷ Pero el aspecto más interesante de resaltar es que la “paternalista imaginación generosa” no tiene nada que hacer frente al “principio de representación individual” y éste sólo se establece desde el derecho.⁶⁸ En definitiva, es fácil compartir que a fin de “respetar y defender los valores cosmopolitas se necesitan constituciones”, por lo que llegado el debate a este punto, resulta fundamental exigir que sus disposiciones sean cumplidas (1996, 121-134).

Aunque sólo quede enunciado, no hay desperdicio en resaltar ciertas ideas de Judith Butler,⁶⁹ pues debido es reconocer que la confian-

derechos humanos para cada persona en cualquier lugar del mundo, misión en la que los estados, por ser más cercano el control y el cambio de sus autoridades, ofrecen una mejor oportunidad para ganar la contienda. En mi opinión, esa es la unión entre patriotismo y cosmopolitismo en la que “podrán compartir un compromiso común capaz de remodelar las condiciones del Estado humano, la región humana y, en función del éxito de las fuerzas sociales transnacionales, un globalismo decente e incluyente” (FALK, 1999, 73-75).

⁶⁶ SCARRY, E., “La dificultad de imaginar a otras gentes”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 121-134.

⁶⁷ No es el caso de Scarry, pero me rehúso a que esto sea interpretado como evidencia de una supuesta irrelevancia de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, pues eso significa ignorar que tales textos son parte básica de los ordenamientos jurídicos estatales y en ellos cabe su exigencia, garantía y cumplimiento, aunque su origen no sea interno.

⁶⁸ El avance que tal medida fomenta en los ordenamientos jurídicos no hace olvidar que las circunstancias todavía son perfectibles a través de preceptos constitucionales que controlen la acción externa de los gobernantes.

⁶⁹ BUTLER, J., “La universalidad de la cultura”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 59-66.

za en la universalidad de los derechos humanos positivados en las disposiciones de mayor rango en los ordenamientos jurídicos, entre las que obviamente se incluyen las de origen internacional, no puede ser asumida “de una vez por todas”,⁷⁰ como si se tratara de una verdad infalible e inmutable. Queda como otro argumento a favor del perpetuo cuestionamiento de nuestras convicciones propias, a fin de que sea constante la búsqueda de los excluidos, si bien implique arrebatar la ilusión que esconde el carácter provisional y “contextual” de lo universal, algo en interminable reconstrucción, “que todavía ha de lograrse” (1996, 59-66). Adicionalmente, resulta inevitable complicar aún más las cosas, ya que la idea que cada uno tenga de lo universal depende en gran medida de la situación en la que se desarrolla, por lo que está en constante “renegociación”, independientemente del relativo éxito al intentar separar lo “bueno” de lo “justo”. Incluso desde este ámbito, nuevamente se hallan argumentos a favor del vínculo entre patriotismo y cosmopolitismo, lo que me parece constituye una enseñanza central a rescatar de la aportación de Hilary Putnam (1996, 113-120).⁷¹

Conviene hacer una pausa a fin de recapitular y enseguida concluir este diálogo. Desde una concepción fuerte de derechos humanos, en la que resulta básica la igualdad de las personas, el principio de universalidad, para ser coherentemente entendido, demanda una ciudadanía inclusiva. Detrás de ésta, como ideologías, sentimientos u opciones políticas encontradas, es posible hallar al nacionalismo, al patriotismo o al cosmopolitismo. Elegir un equilibrio adecuado entre tales corrientes influye en gran medida en los contenidos del derecho que cada uno de nosotros esté dispuesto a reconocer y, evidentemente, en la cercanía que el derecho mantenga con el poder y la fuerza. Asentado lo anterior, resta dejar constancia de otra de las exigencias que los derechos humanos requieren para ser más que buenas intenciones. Se trata de su interdependencia, que permite el goce real de los mismos. Imagínese una libertad siempre pendiente

⁷⁰ La expresión evoca deliberadamente un pasaje de la obra de RAWLS (1993, 152-153, específicamente, nota 16), aunque también se encuentre en el escrito de BUTLER que motiva mi reflexión y en la que intuyo el mismo recuerdo (1996, 60).

⁷¹ PUTNAM, H., “¿Debemos escoger entre el patriotismo y la razón universal?”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 113-120.

de las decisiones políticas de otros o a la que la precariedad económica pervierte y se comprenderá la trascendencia de lo que expongo.

Es probable que la interdependencia de los derechos humanos inmediatamente evoque uno de los temas de mayor actualidad en el derecho: la exigibilidad de los derechos sociales.⁷² Insisto, si por un momento se piensa en la ausencia de esos derechos y la mayor fragilidad que dicha circunstancia acarrea, es fácil percibir que de esa manera se reducen las probabilidades de gozar de condiciones para reflexionar y construir proyectos de vida y desarrollo sustentables. Asimismo, es una posibilidad que los derechos humanos se comprendan como la victoria de los individuos, pero también es cierto que se puede ser egoísta o fraternal, así como que ello influye en el nivel de congruencia del individualismo, toda vez que si la persona es fundamental, lo es cada una y no sólo algunas privilegiadas. En este contexto, el problema con la igualdad estriba en su aplicación en dos planos, pues por un lado sencillamente refiere la equiparación sin más de las personas, que se predica como valor en un ámbito general, mientras que por otro, constatando las diferencias entre los seres humanos, exige la atención específica a tales particularidades. Abandonar ambas perspectivas condena a la teoría al terreno de la parcialidad, dado que en la igualdad formal no hay “neutralidad”. Hay que repetirlo cuantas veces sea necesario, lo universal es un sinsentido si no implica todos los lugares, todos los derechos, todas las personas.

A pesar de que las teorías de los derechos humanos se moviesen solamente en el mundo del deber ser, no se puede creer que incluso en el plano prescriptivo lo que se busque no sea equitativo. En la opinión de alguien que se confiesa todavía agnóstico, pero que al menos desea ser capaz de defender lo poco que el derecho le ofrece hoy en día, la mínima seriedad que se requiere es nombrar de forma distinta a las opciones. La concepción de los derechos humanos que limite su espacio de aplicación con base en la idea tradicional de nacionalidad y ciudadanía o retire su apoyo a los derechos económi-

⁷² No se asuste el lector que aún continúe a mi lado, pues ya no voy a hablar sobre esto, pero adelantando próximas discusiones y como elemental conocimiento en la materia, bien se invierte el tiempo conociendo un libro más o menos reciente que sintetiza un importante esfuerzo en equipo, ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

cos, sociales y culturales, así como que prohíba la concurrencia de todos, en iguales condiciones, al debate público de cualquier asunto, es muchas veces un incumplimiento del derecho e irremediablemente, aunque en ocasiones inconscientemente, contribuye con una "propaganda" cercana a la órbita del poder y la fuerza.

Me he extendido lo suficiente para enunciar un proyecto de investigación, tal vez de vida, del que añoro ocuparme. Espero que estas líneas, dedicadas a los seres amados que tanto extraño, no los defrauden a ellos ni al que las lea, o bien, que el futuro me permita compensarles.

TESTIMONIO RADIOFÓNICO DE HANS KELSEN

(ÉN EL 30 ANIVERSARIO DE SU FALLECIMIENTO)¹

Fernando Israel ESPINOSA OLIVERA

There are two major apocus for examining Kelsen. One is to recall Kelsen's lectures before the Boalt Hall students. I personally found it very charming to watch Kelsen respond to student questions. He obviously found a familiar and comfortable role for himself in answering student queries and explaining the relevance of what he had to say. The students in turn were quite fascinated by him, his manner and his ideas.

John R. Wilkins, Berkeley, mayo de 1971 en: *Essays in Honor of Hans Kelsen*, The California Law Review.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Testimonios de una entrevista radiofónica*. III. *Kelsen y sus epígonos mexicanos*. IV. *Diálogo con Hans Kelsen, Berkeley, 1958*.

I. INTRODUCCIÓN

En el verano de 1940, con la ocupación de Francia por las fuerzas alemanas, las fronteras de Suiza fueron rodeadas por los ejércitos

¹ El autor desea expresar su agradecimiento al Instituto Hans Kelsen de Viena y a Radio Bremen por el consentimiento para utilizar la entrevista radiofónica del catálogo, misma que se ha reproducido íntegramente.

germano-italianos. Ese año, el profesor Hans Kelsen (1881-1973), considerado como uno de los juristas más renombrados de la historia jurídica, decidió abandonar Europa, y con motivo de una invitación por parte de la prestigiosa *New School for Social Research* de Nueva York. Kelsen era escéptico por lo que toca a las posibilidades de que el carácter neutral de Suiza, donde temporalmente se encontraba, pudiera ser respetado por los beligerantes.²

La decisión de Kelsen de depositar su futuro en los Estados Unidos a la postre significó una nueva y decisiva etapa en el desarrollo de su pensamiento. Elementos de ello fueron el análisis de casos que le proporcionó el *common law*; el contacto con las corrientes de las filosofías analíticas (H. L. Hart y John Austin) y utilitaristas anglosajonas; el carácter pragmático de la formación jurídica del país y, particularmente, su necesidad de desenvolverse en un nuevo idioma, en un entorno donde "...el derecho no es considerado bajo una perspectiva científica sino desde el punto de vista práctico".

Tras su llegada a las Américas, la actividad científica y docente de Kelsen se desarrolló en este continente por un espacio de 30 años comprendiendo fundamentalmente sus compromisos en los Estados Unidos (en las universidades de Harvard y Berkeley), ocasionalmente impartiendo algunas conferencias en México (UNAM), Argentina (Universidad de Buenos Aires) y hasta en Canadá (en ocasión de la reunión del *Canadian Political Science Association* celebrada en Saskatchewan). Tras el fin de la guerra, Kelsen regresaría ocasionalmente a Europa, en calidad de visitante distinguido, pero sin intención de cambiar su residencia establecida en Berkeley, California, donde a decir suyo ya se había "...adaptado y ... encontrado condiciones particularmente agradables".

Los motivos de las migraciones de Kelsen son bien conocidos: su rechazo a los regímenes fascistas e, indirectamente, su origen judío. Si bien esto último no era ni mucho menos un elemento central para el propio Kelsen (agnóstico), quien en 1905 se convirtió al catolicis-

² El gobierno suizo era cuidadoso en sus relaciones con los inmigrantes y refugiados, particularmente judíos u opositores al régimen nazi, procurando así mantener cierta relación cordial con el régimen de Hitler. Del mismo modo que intelectuales como Robert Musil eran invitados a "proseguir su viaje" existen crónicas de deportaciones de judíos a Alemania que, casi invariablemente esperarían la muerte en campos de concentración. La obra clásica de Max Frisch *Andorra*, es una expresión de esta época de la historia de Suiza.

mo para posibilitar su desarrollo profesional, sí era un elemento a considerar en virtud de la percepción externa.

Por lo visto, no era sólo la pertenencia a la religión judía, sino también la mera ascendencia judía, lo que constituía un obstáculo serio para una carrera académica en la Austria de Francisco José. En 1905... Kelsen se había hecho bautizar, tomando tal decisión después de que resolvió intentar una carrera académica. Él creyó que tenía que dar este paso, pues de otra manera, el antisemitismo, no sólo racial sino religioso, que imperaba en las escuelas superiores austriacas, le impediría el progreso en su carrera. No fueron, pues, motivos religiosos los que le movieron a dar este paso, ya que era totalmente indiferente a la religión. Por supuesto que Kelsen no ha disimulado jamás su origen judío, como tampoco lo ha mostrado con insistencia, ni ha tenido ninguna comprensión para un sionismo intolerante. Era y es agnóstico frente a la religión e indiferente frente a la nacionalidad".³

Si bien Kelsen no asumiría ningún credo vinculado a motivos religiosos a fin de referirse a su propia identidad, ello no le haría inmune a la percepción externa. Los ejemplos de ataques contra Kelsen son numerosos, pero los más conocidos son quizás los que lo despojarían de su puesto y pensión en Colonia y más tarde de su nacionalidad. En cierto sentido, cuando se hace referencia a la percepción de su ascendencia mosaica, podríamos establecer cierto paralelo con la obra "Andorra" de Max Frisch en la que el personaje central es identificado por sus coterráneos como judío, y discriminado secreta o abiertamente.⁴

Many figures in Vienna's cultural élite denied that they were Jewish. This did not mean that the Jewish problem went away. Max Adler, the social thinker, treated his Jewishness as an irrelevancy, as did the legal theorist Hans Kelsen, and the psychologists, Alfred Adler. All three however, experienced the fact that others still regarded them as Jewish specially when it came to academic promotion.⁵

³ ALADÁR-MÉTALL, Rudolf, p. 18.

⁴ En ese sentido, es significativa la célebre frase del político social-cristiano Karl Lueger quien afirmara: "Wer Jude ist, bestimme ich" ("Yo decido quién es judío").

⁵ HELLER, Steven, *Vienna and the Jews, 1867-1938. A cultural history*, Cambridge University Press, 1993, p. 74.

Además de su ascendencia judía,⁶ la defensa y el compromiso de Kelsen con el sistema democrático, lo convirtieron en un enemigo evidente de los regímenes totalitarios europeos: el fascismo austriaco, el nacionalsocialismo alemán o el bolchevismo, lo que finalmente propiciaría su exilio total de ese continente al reconocer el inminente peligro que representaba Hitler y que, paradójicamente, el fantasmagórico “derecho natural” no era capaz de prevenir; el iuspositivismo en cambio, sí fue capaz de vislumbrarlo en toda su cruda dimensión.

La estancia de Kelsen en el continente americano marcaría una de las etapas más productivas del jurista. Confrontado nuevamente con la necesidad de expresarse en otro idioma que no era el materno, con otro sistema jurídico y, fundamentalmente, con otra cultura, sus ideas serían reconsideradas, reformuladas y, en su opinión “expresadas con mayor claridad”. En la lejanía del exilio, el neokantismo original de su pensamiento, ya atemperado, se alimentará con la práctica del *common law*, experimentando evoluciones y será precisamente, en esta nueva “patria” donde, a semejanza de otros autores europeos, Kelsen encontrará espacios para denunciar las ideologías totalitarias a través de sus estudios sobre filosofía política.

Tras su muerte, acaecida en la ciudad de Berkeley, California, el ejecutor testamentario de Kelsen, Rudolf Aladár-Métall, estuvo a cargo de ordenar y clasificar los manuscritos y materiales, algunos de ellos aún inacabados, pero que son de extraordinario valor por las contribuciones adicionales, no sólo para la filosofía del derecho, sino

⁶ ¿Hasta qué punto, sin embargo, el origen de Kelsen fue un componente cultural que influyó o determinó imperceptiblemente su cosmovisión? Si el mismo Kelsen reconoce la influencia del entorno multinacional de Viena y del imperio austrohúngaro en su concepción del Estado, como parte esencial de la “Teoría pura del derecho”, no deja de ser legítimo el preguntarse por la influencia del poderoso entorno judío en Viena, generador de notables obras de la cultura europea y universal (Freud, Schnitzler, Roth, Kafka, Kraus, Zweig, Mauthner) así como, por desgracia, de la terrible semilla del odio y del holocausto (Hitler). Si bien es difícil responder esta interrogante, cabe destacar cómo el elemento cultural fue determinante en diversas personas cercanas a Kelsen. La primera de ellas, WEINIGER, Otto, el autor de *Sexo y carácter*, amigo de Kelsen de trágico fin y quien contribuiría a estimular el interés por la producción científica del jurista vienés. El segundo de ellos, el profesor Leo Strisower, “Privatdozent” de la Universidad de Viena y quien estimuló la producción científica de Kelsen.⁶ Por otra parte Sigmund Freud, creador del psicoanálisis y cuya influencia sería patente en diversas obras de Kelsen, particularmente vinculadas a la sociología de la religión. De no menos interés, los filósofos Herman Cohen y Fritz Mauthner.

para la historia de las ideas. De hecho, dos obras póstumas: *Teoría general de la norma* y *La ilusión de la justicia* deberán ser objeto de un análisis detenido en el futuro. El mismo Aladár-Métall publicó en 1969 la biografía *Hans Kelsen, Leben und Werk*, en la cual se ordenan algunos de los elementos autobiográficos escritos por Kelsen hasta el año 1968. Sin embargo, Aladár-Métall falleció antes de poder retomar la obra —como era su intención— a fin de poder ampliarla hasta el año de 1973.

Desgraciadamente, el manuscrito de la autobiografía original, citado continuamente por Rudolf Aladár-Métall es ya inaccesible. El texto —se me ha informado— se ha ido deteriorando con el tiempo,⁷ lo que en sí resulta una gran pérdida, considerando la existencia de diversas interrogantes y la intensa avidez que produce al lector.

II. TESTIMONIOS DE UNA ENTREVISTA RADIOFÓNICA

El 30 de octubre de 1972, meses antes de la muerte de Kelsen, acaecida el 17 de abril de 1973, el gobierno federal de Austria inauguró en Viena el Hans Kelsen Institut, para conmemorar el XC aniversario del jurista. El propósito era albergar las obras de este filósofo, así como los trabajos que sobre el mismo hubieran sido escritos en los más diversos idiomas. Después de todo, a pesar de que Kelsen debió abandonar Viena, con el advenimiento del fascismo austriaco, el jurista fue el redactor de la Constitución Federal de 1920 en ese país y juez del tribunal constitucional, por lo que Austria le rendía un homenaje aún en vida.

No es mucho lo que en realidad sabemos del propio Kelsen, considerando la riqueza intelectual de su obra y de su vida. A diferencia —por ejemplo— de *Los últimos días de Kant* de Thomas de Quincey, y a pesar del reconocido trabajo de Aladár-Métall, no contamos con una crónica detallada de los últimos años de Kelsen y de las condiciones de su fallecimiento. No obstante, a partir de algunas referencias, en el año 1997 fue posible determinar la existencia de una en-

⁷ No obstante, fue posible encontrar otro elemento autobiográfico de interés publicado como artículo de un Anuario de Strobl, seguramente relacionado con la Escuela de Verano de la Universidad de Viena en Strobl am Wolfgangsee, posiblemente dictados en alguna de las sesiones en esa institución.

trevista radiofónica que, realizada en el año 1958 por Radio Bremen, bajo el título "Auszug des Geistes", permite tener una idea general sobre las impresiones personales de Kelsen respecto a su vida en los Estados Unidos.

En esta grabación, la actualidad del pensamiento de Kelsen resulta asombrosa. Por citar un ejemplo, justamente en el año del trigésimo aniversario de su fallecimiento, la Organización de las Naciones Unidas experimentó un álgido debate con motivo del diferendo sobre la Resolución CS 1441 respecto al conflicto en Irak. En ese sentido es interesante no sólo retomar la lectura de obras como *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, donde Kelsen bosqueja las debilidades del sistema legal internacional, sino también escuchar el testimonio radiofónico del jurista donde se constata su apreciación sobre el valor del derecho internacional en el pensamiento jurídico de su nuevo hogar, los Estados Unidos:

El derecho internacional en realidad sólo se consideraba como una materia en el Departamento de Ciencias Políticas... y lo que, desde el punto de vista del gobierno estadounidense o del Estado estadounidense puede ser muy deseable, quizás no se ajuste al derecho internacional.

Del mismo modo, la entrevista refiere la anécdota de una diferencia entre Kelsen y el canciller Renner, a propósito de una norma sobre el hipotético origen del derecho y que refleja la particular dificultad de conciliar teoría, técnica y la política en el terreno jurídico. Un fenómeno aún común en nuestros días.

Cabe mencionar que la cinta es una de las pocas grabaciones existentes de Hans Kelsen. La misma tiene su origen en un programa radiofónico realizado por Radio Bremen, a propósito del tema de la migración. Como es sabido, numerosos científicos y artistas alemanes (Einstein, Brecht, Mann, Kelsen) tuvieron que abandonar Alemania perseguidos por el nacionalsocialismo. El documental de Radio Bremen pretende ser un testimonio de algunos de estos distinguidos intelectuales en el exilio y su relación con su patria espiritual.

La grabación fue solicitada al Hans Kelsen Institut, a fin de proceder a transcribirla y traducirla. Estimo importante mencionar que el propósito original de la investigación, iniciada en el Instituto, era la

búsqueda de diversos escritos —no publicados aún en idioma español— y que pueden ser considerados como obras "menores" o "secundarias", lo cual las hace particularmente fascinantes ya que, como si se tratase de obras de un repertorio poco frecuentado de Mozart o de Beethoven, nos permiten comprender con cabalidad el resto del *opus magnus*.

Por desgracia también, el texto de esta transcripción no es capaz de transmitir ciertas emociones sólo presentes y experimentables a través de la impresión acústica.⁸ A lo largo de la entrevista es notable la jovialidad y avidez intelectual de Kelsen. El idioma encierra rasgos típicamente vieneses y la cosmovisión relativista del jurista se manifiesta a través de la sencillez con la que el jurista procura expresar sus puntos de vista y dada la naturaleza de los ejemplos. No obstante, al final de la entrevista, esta jovialidad cede paso a cierta sensación de melancolía cuando Kelsen se refiere al concepto de "patria" (*Vaterland*). La cadencia de la conversación permite suponer ciertas imágenes lejanas que quizás poblasen la memoria de Kelsen y hay un indudable velo de tristeza.

III. KELSEN Y SUS EPÍGONOS MEXICANOS

En los meses de marzo y abril del año de 1967, la Universidad Nacional Autónoma de México recibió en sus aulas a Kelsen, en calidad de "conferenciante magistral y visitante de honor". La estancia de Kelsen en México fue significativa por el gran número de asistentes que confirmaban el interés por su obra. Ésta había sido difundida en gran medida por profesores españoles que encontraron refugio en México tras la derrota del gobierno republicano así como, notablemente, por dos estudiosos mexicanos: Eduardo García Máynez y Guillermo Héctor Rodríguez.

La recepción de la obra de Kelsen en México fue particularmente marcada en la década de 1940 y posiblemente se explique por tres motivos principales; el primero de ellos los fascismos europeos y la guerra civil española, eventos durante los cuales, numerosos intelectuales encontraron refugio en América Latina, entre ellos antiguos

⁸ Ver por ejemplo www.aeio.at/aeiou.film.o/o504a

discípulos de Kelsen como Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches, quienes directa o indirectamente difundieron la obra de la Escuela de Viena con sus traducciones o a través de la labor académica en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Por otra parte, debe reconocerse la presencia intelectual de juristas como Alfonso Noriega, Terrazas y naturalmente, el doctor Eduardo García Máynez.⁹ Si bien el doctor García Máynez desarrollaría sus investigaciones bajo la influencia de la filosofía fenomenológica, a diferencia del neokantismo de Marburgo de Kelsen, lo cierto es que su trabajo contribuyó a generar un ambiente de receptividad dentro de la comunidad intelectual universitaria con respecto a las corrientes jurídico-filosóficas de lengua alemana. Este hecho se derivaría en el surgimiento de juristas como Guillermo Héctor Rodríguez, autor de los *Archivos de metodología* y difusor de Herman Cohen o más recientemente Ulises Schmill Ordóñez.

Finalmente, otro motivo que no debe olvidarse por lo que toca a la recepción de Kelsen es la existencia de una tradición jurídica continental común entre México y los países de lengua germánica. Esta tradición, fundada en la recepción del derecho romano, favorece la comprensión de la obra de la escuela de Viena en América Latina. Ello, a diferencia de la dificultad de la acogida en los Estados Unidos de América con una tradición anglosajona y universitaria fundada en el *common law*, tal y como Kelsen reconoce, al referirse a los retos de su estancia en ese país.

Merece la pena señalarse que además de las intensas discusiones sobre la obra de Kelsen en la máxima casa de estudios de México fue notable la acogida de otros autores de lengua alemana como los alemanes Hermann Heller o Carl Schmitt, a través de juristas como el doctor Mario de la Cueva, cuya obra central, *Teoría de la Constitu-*

⁹ Autor de diversas obras de filosofía del derecho, entre ellas: *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México, Porrúa, 1978; *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1989; pero particularmente de la *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, que aún es empleada como texto básico en diversas facultades jurídicas de México. La obra de KELSEN, *El contrato y el tratado desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, es producto de las conferencias que Kelsen prepararía para el año de 1943 en México y que sin embargo no pudieron efectuarse. La obra en cuestión fue dedicada a Eduardo García Máynez.

ción, es concebida por éste, como una crítica a las teorías constitucionalistas de Kelsen.

La prosecución de la obra de Kelsen ha sido problemática en diversos países, lo que se explica por diversos factores, entre ellos la "political correctness" iusnaturalista imperante en Europa durante la posguerra que hizo impopular al positivismo jurídico. Ciertamente que ello es una paradoja, considerando que fueron raíces iusnaturalistas (enemigas del positivismo) las que, impregnadas de elementos hegelianos y platonistas inspiraron en gran medida a los movimientos totalitaristas europeos.¹⁰

En la impopularidad del positivismo no debe descartarse tampoco la existencia de un cierto "wishful thinking" presente en el pensamiento de no pocos juristas rivales de Kelsen los cuales, a pesar de reconocer en la praxis la positividad del orden jurídico, desde el punto de vista teórico o político recurren a la teoría del derecho natural para exigir cierto contenido del ordenamiento legal.

A pesar de las críticas, en el caso de América Latina es posible citar a autores como Carlos Cossío, Roberto Vernengo, Carlos E. Alchurrón, Eugenio Bulygin (Argentina); Guillermo Montoro (Cuba), así como los ya mencionados Eduardo García Máynez, Guillermo Héctor Rodríguez, Ulises Schmill, Rolando Tamayo y Salmorán y Óscar Correas (México), que han contribuido a la recepción de la obra de Kelsen en el continente de forma directa o indirecta.

En ese sentido, la *Teoría pura del derecho* y la *Teoría general del Estado*, podrían considerarse como dos de los más famosos textos jurídicos jamás publicados en Latinoamérica y dos de los productos académicos "linked to Austria" de mayor difusión en las instituciones de estudios superiores del continente americano (particularmente en México).

Cabe mencionar que este género de obras "linked to Austria" no se limitan a Kelsen. Latinoamérica ha recibido con interés los trabajos de autores como Karl Popper, Sigmund Freud, Robert Musil o Ludwig Wittgenstein. De hecho, existen ciertas afinidades de estos pensadores con Kelsen. Así por ejemplo, uno de los trabajos más conocidos

¹⁰ Para servirnos de un símil, podemos tratar de imaginar a un espectador quien, viendo una fotografía que le disgusta, decidiese culpar a la cámara y a su creador Daguerre por la fealdad del objeto retratado.

de Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, contiene agudas críticas contra la filosofía política y la epistemología de Platón. Popper empleará algunos artículos de Kelsen para desarrollar su obra y Kelsen devolverá la cortesía años más tarde en *La ilusión de la justicia*, obra en la cual el ataque popperiano, dirigido contra la filosofía platónica palidece ante la intensidad de los agudos comentarios de Kelsen dirigidos esta vez contra Sócrates.¹¹

Por otra parte, puede mencionarse también que el creador del psicoanálisis, el Dr. Sigmund Freud, fue amigo de Kelsen.¹² Algunas de las obras de teoría política y sociología de Kelsen, recogen elementos de las teorías freudianas. La evidencia parece sugerir que el jurista vienés albergaba un amplio conocimiento de la obra de Freud, como se revela en escritos tales como *Dios y Estado* o en *La ilusión de la justicia*.

El impacto de los autores de lengua alemana y particularmente de Austria en México es notable en las ciencias jurídicas. Las obras de Hans Kelsen y de otro miembro de la escuela de Viena, el Dr. Adolf Merkl, fueron rápidamente traducidas al castellano y publicadas, primero por la Editora Nacional y más tarde por la UNAM. Esta influencia es más que manifiesta con la obra del internacionalista y discípulo de Kelsen, el Dr. Alfred Verdross,¹³ cuyos escritos de derecho inter-

¹¹ Lo que es curioso atestiguar es cómo, durante su estancia en los Estados Unidos, Kelsen se convencería de la relevancia de los diálogos como método didáctico, dada la diferencia entre la pedagogía de las universidades europeas y las estadounidenses. Ello permite suponer que el método socrático no es descartado sino que, en todo caso, su aplicación específica en los diálogos de Platón es puesta en duda.

¹² A pesar de las dudas de Kelsen del valor curativo del psicoanálisis, la influencia de Freud es manifiesta en numerosos trabajos de Kelsen como: *Dios y Estado*, *El concepto de Estado y psicología social*. Con especial consideración de la teoría de las masas de Freud, *La ilusión de la justicia*, *El amor platónico*.

¹³ La obra filosófica de VERDROSS, *Historia de la filosofía del derecho en el mundo occidental*, México, UNAM, es radicalmente diferente a la de Kelsen pues es dominada por el pensamiento iusnaturalista, como gran parte de la producción literaria europea de la posguerra. La relación entre Kelsen y Verdross merecería un estudio más profundo, pues existen sugerentes comentarios en la biografía de Alladár-Métall para suponer no pocas diferencias, el primero de ellos, con respecto a la publicación de la *Revista Austriaca de Derecho Público*, de la que siendo Kelsen editor señala: "...Más tarde entregué el trabajo de redacción a uno de mis más antiguos discípulos, el profesor Alfred Verdross. En el año 1934, debido a los desarrollos de la política interior que imperaban en aquel momento en Austria, tuve que renunciar al puesto de editor". *Hans Kelsen, vida y obra*, ALADÁR-MÉTALL, Rudolf,

nacional público han sido fundamentales, directa o indirectamente, en la formación de numerosos juristas y diplomáticos mexicanos.

Diversos escritos han sido publicados en los que se hace referencia a la influencia de la cultura vienesa de *fin de siècle* de la doble monarquía en la conformación de la teoría pura del derecho pues ciertamente que Kelsen es un heredero intelectual de este periodo, dado que su obra difícilmente podría explicarse en su génesis sin ese elemento cultural específico, así como la mecánica cuántica sería probablemente difícil de concebir sin el entorno de la República de Weimar. De hecho, podría hasta afirmarse que diversas generaciones de juristas de México, han estudiado o recogido elementos, sin saberlo, de una teoría del derecho "específicamente austriaca" concebida en la llamada "Kakania" de *El hombre sin atributos*, del escritor Robert Musil.

A la vista del Estado austriaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psico-social o biológico-social de los hombres que jurídicamente pertenecen al Estado, se muestran claramente como ficciones. En tanto que esta teoría del Estado es una parte esencial de la teoría pura del derecho, puede considerarse a la teoría pura como una teoría específicamente austriaca.¹⁴

Algunos críticos de Kelsen podrían aducir que su obra se encuentra suscrita y condicionada en un entorno ya inexistente y, por lo tanto, superada. Nada más lejos de ser cierto. Independientemente de cuál fuese el motivo que inspirase la teoría pura del derecho, ésta posiblemente continúa siendo el paradigma más preciso para la explicación técnica de este fenómeno social y que no excluye las aproximaciones sociológicas, históricas o a la dogmática jurídica. Es el

México, UNAM, 1976, pp. 23-24. Posteriormente se consigna: "Poco tiempo después de terminada la guerra, pudo Kelsen restablecer el contacto con dos amigos y discípulos que habían permanecido en Europa ... Franz Weyr [y] ... Charles Eisenmann ... mediante la conciliadora intervención de Josef L. Kunz, con Alfred Verdross en Viena". *Ibidem*, p. 86.

¹⁴ A través del trabajo *Hans Kelsen, vida y obra*, biografía oficial de Kelsen, escrita por su discípulo y albacea, el extinto doctor Rudolf Alladár-Métall, es posible contar con una sucinta narración del entorno cultural de la vida cultural de Viena y el trabajo de Hans Kelsen. *Hans Kelsen, vida y obra*, op. cit., p. 49.

sincretismo el rival de la teoría pura y el siglo XXI tal vez pudiera hacer más palpable el valor del kelsenismo, particularmente en un entorno cambiante y globalizado.

Sin embargo, lo cierto es que la profundización y continuación del legado intelectual de Kelsen en el continente americano son aún inciertos. A pesar de que el vocabulario jurídico hispanoamericano se encuentra ya dominado por expresiones castellanizadas del trabajo de Kelsen o de su escuela,¹⁵ desafortunadamente no parece haber ese mismo entusiasmo por su obra.

Uno de los problemas particulares de la difusión de la obra de Kelsen en los Estados Unidos fue su carácter teórico, poco común para la mentalidad jurídica anglosajona. Reconociendo ese hecho, Kelsen confiesa en la entrevista la importancia que tuvo el hecho de haber reformulado sus ideas en otro idioma, en este caso, el inglés. Ese es el origen del *Compendio de la teoría general del derecho y del Estado*, como obra de divulgación. Probablemente la relativa dificultad de su obra, ha sido un factor que ha inhibido nuevos epígonos mexicanos.

En ese orden de ideas, cabría recordar al pianista canadiense Glenn Gould, quien solía referir que el hecho de no ejecutar la compleja sonata *Hammerklavier*, de Beethoven, no la haría menos difícil. Del mismo modo, y a pesar de su relativa complejidad, podría afirmarse también que no prestar atención al legado filosófico de Kelsen no hará a éste más accesible. En todo caso, el valor de los argumentos y la solidez de las ideas deben prevalecer y, por ello, reintroducir a Kelsen en el debate jurídico intelectual, a través de la transcripción y traducción de esta entrevista puede ser un medio que contribuya a despertar el interés de jóvenes juristas en el país de habla hispana más poblado del mundo.

¹⁵ Frases como "centro de imputación de derechos y obligaciones"; "ámbitos de validez de la norma", la "construcción escalonada del orden jurídico" (Adolf Merkl) o hasta la llamada "norma fundamental" no son sino algunos de los términos ya "asimilados" imperceptiblemente por la práctica jurídica mexicana y latinoamericana.

IV. DIÁLOGO CON HANS KELSEN. BERKELEY 1958¹⁶

GESPRÄCH MIT PROF. HANS KELSEN. BERKELEY 1958

"AUSZUG DES GEISTES" RADIO BREMEN, 1958

Radio Bremen

Transkription/Transcripción
Interviewerin (I) Entrevistadora (E)

Hans Kelsen (K)

(I) Herr Professor Kelsen, ich habe einen Blick über Ihre Bücherwand geworfen, und ich habe entdeckt, dass, also, Ihre wissenschaftlichen Arbeiten in unendlich viele Sprachen übersetzt worden sind. Japanisch, Spanisch, Chinesisch, Englisch natürlich, und ich nehme an, Portugiesisch zum Beispiel auch, ich nehme an, dass gerade diese Arbeiten innerhalb Ihres Aufenthaltes hier in Amerika in englischer Sprache entstanden sind.

(K) Das ist vollkommen richtig, nicht nur die Übersetzungen, die Sie schon genannt haben, auch zum Beispiel Koreanisch, Indonesisch, Arabisch, also Sprachen, von deren Existenz ich so gar keine Ahnung hatte, in die sind meine Arbeiten übersetzt worden. Sie haben auch ganz Recht, dass es die in englischer Sprache geschriebenen waren, die jeweils übersetzt wurden, und das ist einer der Vorteile, die ich von der Emigration habe. Dadurch, dass ich gezwungen war, nach, erst nach der Schweiz, der fran-

(E) Profesor Kelsen, he echado un vistazo a sus librerías y he descubierto que sus trabajos científicos han sido traducidos a infinidad de lenguas tales como el japonés, el español, el chino, naturalmente el inglés y supongo también que el portugués, por citar sólo un ejemplo. Infiero también que, con motivo de su estancia en los Estados Unidos, esas obras han sido traducidas al idioma inglés.

(K) Eso es totalmente correcto y no sólo las traducciones que usted ya ha mencionado sino también, por ejemplo el coreano, el indonesio, el árabe. Es decir, que mis trabajos han sido traducidos a idiomas cuya existencia inclusive ignoraba. También tiene razón por lo que toca al inglés, idioma al cual no sólo se han traducido mis obras sino en el que he escrito. Esa es una de las ventajas que poseo de la migración. A través de ella fui obligado a ir primero a Suiza, la Suiza francesa, donde impartí clases en

¹⁶ Traducción: Fernando Israel Espinosa Olivera. Con autorización del Instituto Hans Kelsen de Viena.

zösischen Schweiz zu gehen, dort in französischer Sprache Vorlesungen zu halten und in französischer Sprache zu schreiben und dann im Jahre 1940 nach Amerika gehen musste und nur in englischer Sprache Vorträge halten, vor allen Dingen in englischer Sprache schreiben musste, haben meine Arbeiten eine viel größere Publizität erlangt, als sie wahrscheinlich jemals erlangt hätten, wenn ich trotz der beiden Kriege in Europa hätte, geblieben wäre und meine Werke weiter in deutscher Sprache geschrieben hätte. Das ist zweifellos ein großer Vorteil. Ein anderer Vorteil ist, dass ich also gezwungen war, jetzt in einer Sprache zu sprechen und zu schreiben vor allen Dingen, die nicht meine Muttersprache war. Und das hat mich natürlich gezwungen, die Gedanken, die ich ausdrücken wollte, noch klarer zu denken und schärfer zu fassen. Wenn man eine Sprache vollkommen beherrscht, wie die eigene Muttersprache, dann sagt man oft Dinge, weil man sie so leicht sagen kann, ohne sie ganz klar vorher durchgedacht zu haben. Und das ist mir häufig passiert, dass ich Dinge, die ich vor langer Zeit in deutscher Sprache geschrieben habe und dann ins Englisch übersetzen wollte, zu dem Ergebnis gekommen bin, dass ich keinen, dass nicht viel Sinn dabei ist, dass ich gezwungen war, meine Gedanken noch klarer zu formulieren, als ich es bisher getan habe, durch den Zwang, den eben eine mir nicht völlig geläufige Sprache auf mich ausgeübt hat.

(I) Ja, von zu Hause aus sind Sie Österreicher, Wiener.

el idioma francés y debí escribir en el mismo. Posteriormente, en el año 1940, cuando vine a los Estados Unidos, he debido conducir mis clases exclusivamente en el idioma inglés y he escrito también en esta lengua. Por ello es que mis trabajos han adquirido una publicidad mucho mayor a la que hubieran tenido —por sí mismos— en caso de que, a pesar de la Guerra Mundial en Europa, hubiera yo permanecido en ese continente y continuado el desarrollo de mis obras en el idioma alemán. Esa es sin duda una gran ventaja. La otra ventaja es que fui obligado a hablar y sobre todo a escribir en un idioma que no era mi lengua materna y ello por supuesto me obligó a concebir de manera más clara y aguda las ideas que deseaba expresar. Cuando se domina completamente un idioma, como es el caso de la lengua materna, en ocasiones se dicen cosas, sólo porque existe la capacidad de expresarlas con facilidad sin que, con anterioridad, se hayan reflexionado detenidamente. Eso es algo que me ha pasado con frecuencia. Es decir, que con respecto a las cosas que yo había escrito en el idioma alemán, hace ya largo tiempo y que luego deseé traducir al inglés, con frecuencia concluí que no tenía ello mucho sentido, por lo que fui obligado a expresar mis ideas de manera mucho más clara a como lo había hecho anteriormente. Ello fue precisamente a través de la presión ejercida en mí por un idioma en el cual no poseo una completa fluidez.

(E) ¿Usted es de origen austriaco, vienés?

(K) Ja, ich bin...

(K) Sí, yo...

(I) Das, ich wollte nur unverkennbar...

(E) Esto, que no deja lugar a dudas que sería yo ...

(K)nicht in Wien geboren. Ich bin in Prag geboren, aber schon als ganz kleines Kind nach Wien gekommen und habe alle meine Schulen in Wien gemacht: meine Volksschule, das Gymnasium, die Universität. Aber nach Absolvierung der Universität bin ich nach Deutschland gegangen, habe dann vor allen Dingen in Heidelberg studiert und in Berlin. Heidelberg bei Georg Jellinek und Gerhard Anschütz und in Berlin bei Triepel.

(K) No nací en Viena sino en Praga, pero me trasladé a Viena desde temprana edad y allí realicé todos mis estudios, la educación primaria, la intermedia y la universidad. Después de la conclusión de la Universidad me dirigí a Alemania, específicamente a Heidelberg y a Berlín. En Heidelberg estudié con Georg Jellinek y Gerhard Heinschütz y en Berlín con Trippel.

(I) Und dann sind Sie nach Köln berufen worden.

(E) ¿Y después fue nombrado profesor en Colonia?

(K) Ich bin nach Köln berufen worden, im Jahr 1929, war damals schon nicht mehr jung, ich war damals schon, wie alt war ich im Jahre 29? Im Jahre 29 war ich schon, beinahe schon 50 Jahre, war aber nur drei Jahre in Köln. Ich war einer der allerersten Professoren, die von Hitler abgesetzt wurden, bin dann nach Genf gegangen. Ich wurde gleich nach Genf berufen, von Professor Rappard, der leider vor kurzer Zeit gestorben ist. War sieben Jahre in Genf, an dem Institute Universitaire des Hautes Etudes Internationales und habe dann die Schweiz freiwillig verlassen, weil ich der Meinung war, dass die Nazi-Regierung die Schweiz besetzen würde. Ich habe mich in dieser Beziehung geirrt. Aber ich habe mich nicht geirrt, dass ich nach Amerika gegangen bin.

(K) Fui invitado como profesor en Colonia en el año de 1929. Ya no era joven. En esa época tenía... ¿Cuántos años tenía en 1920? Entonces tenía ya alrededor de 50 años. Pero sólo estuve tres años en Colonia. Fui uno de los primeros profesores que fueron removidos por Hitler. Entonces me dirigí a Ginebra. Fui llamado a esa ciudad por el profesor Rappard, quien por desgracia falleció recientemente. En Ginebra estuve siete años en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y después abandoné voluntariamente Suiza, porque pensaba que el régimen nacional-socialista ocuparía ese país. En ese sentido me equivoqué, pero en lo que no erré fue en haber venido a los Estados Unidos.

(I) Ja, Ihr Wissenschaftsgebiet, Ihr ursprüngliches und eigenes, konnten Sie das hier in Amerika sofort wieder aufnehmen?

(K) Ja, ich hatte das große Glück, dass ich so, kurze Zeit nachdem ich nach Amerika kam, als an die Harvard Universität berufen wurde, zwar nicht als ordentlicher Professor, sondern für, sondern als sogenannter "Oliver Wendell Holmes Lecturer". Das ist ein spezielles Lectureship, das aus einer Stiftung stammt, die der verstorbene Richter am obersten Gerichtshof, Oliver W. Holmes, gemacht hat. Und ich war der erste Oliver Wendell Holmes Lecturer an Harvard University, und da habe ich Vorlesungen gehalten über völkerrechtliche Fragen. Diese Vorlesungen wurden danach publiziert von der Harvard University Press, die auch dann mein erstes großes englisches Buch veröffentlicht hat, das ich in englischer Sprache geschrieben habe, "The General Theory of Law and State", die meine Theorie des Rechts und Staates, die sogenannte "Reine Rechtslehre" systematisch darstellt. Nun ist es ganz interessant zu sehen, dass dieses Buch in verhältnismäßig kurzer Zeit, drei Auflagen erlebt hat. Obgleich ich feststellen muss, dass das Interesse an meiner "Reinen Rechtslehre", an einer abstrakten Theorie des Rechts, in Amerika nicht sehr groß ist und die Bereitwilligkeit des Anzunehmens sehr gering. Was damit zusammenhängt, dass in Amerika das Recht nicht so sehr vom Standpunkt eines Gegenstands der Wissenschaft, als meinem praktischen Standpunkt betrachtet wird. Daher sind

(E) Su campo científico, siendo original y propio, ¿pudo usted retomarlo inmediatamente en los Estados Unidos?

(K) Sí, tuve la inmensa suerte de haber sido invitado a la Universidad de Harvard poco tiempo después de haber llegado a los Estados Unidos, no como profesor ordinario, sino como conferenciante Oliver Wendell Holmes. Lo anterior consiste en una serie especial de lecturas patrocinadas por una fundación creada por el extinto juez del más alto tribunal, Oliver Wendell Holmes. Fui uno de los primeros conferenciantes Oliver Wendell Holmes en la Universidad de Harvard, donde impartí clases que se relacionaban con temas de derecho internacional. Las conferencias fueron publicadas posteriormente por Harvard University Press, que también editó en inglés el primer libro importante que escribí en este idioma: *La Teoría general del derecho y del Estado*, que presenta sistemáticamente mi teoría del derecho y del Estado: la llamada teoría pura del derecho. Es sumamente interesante constatar que este libro ha tenido tres reediciones en un tiempo relativamente corto, si bien debo consignar que el interés en mi "Teoría pura del derecho", como una teoría abstracta del derecho, no es particularmente grande en los Estados Unidos y su recepción es muy limitada. Eso se relaciona con el hecho que, en los Estados Unidos, el derecho no es considerado bajo una perspectiva científica sino desde el punto de vista práctico. Por ello las escuelas de derecho, como denominamos nosotros

die Law Schools, was wir in Europa die Rechtsfakultät nennen, eigentlich nur praktische Trainings-Schools, wie wir in einer etwas boshaften Weise sagen würden, Rechtsgewerbeschulen. Das Recht als Gegenstand der Wissenschaft spielt eine verhältnismäßig geringe Rolle. Dagegen aber muss man zugestehen, dass die Vorbereitung für den praktischen Beruf des Rechtsanwalts und Richters in den amerikanischen Lawschools eine ausgezeichnete ist. Ein jünger Mann, der da eine amerikanische Rechtsschule absolviert hat, ist vollkommen fähig, sofort den Beruf eines Rechtsanwalts auszuüben. In Deutschland, speziell in Österreich, wo mir die Verhältnisse besser bekannt sind, da musste man, wenn man, wenn man die Rechtsfakultät auch sehr gut absolviert hat, war man eigentlich völlig hilflos gegenüber in einem konkreten praktischen Rechtsfall, aber dann musste man noch mehrere Jahre als Jurist, als, in einer Rechtsanwaltskanzlei tätig sein, um überhaupt das Rechtsleben vom praktischen Standpunkt aus zu begreifen, zu verstehen. In Amerika wird eben von vorn herein auf diese praktische Seite der größte, der, das größte Gewicht gelegt. Das ist die, das äußert sich eben am deutlichsten in der sogenannten "case method". Das ist das Recht, die Rechtswissenschaft wird nicht in der Weise vorgetragen, dass man allgemeine Prinzipien, abstrakte Begriffe, sondern dass man nur konkrete Rechtsfälle analysiert. An dieser Analyse der konkreten Rechtsfälle lernt man das Recht kennen.

(I) Sie empfinden also vieles als Vorteil, und es ist auch gut gewesen für Ihre Arbeit hier

en Europa a las facultades de derecho, en realidad son escuelas para el entrenamiento práctico. Para expresarlo en términos algo maliciosos pero simples, son escuelas para la "promoción legal", en virtud de que en este país el derecho, como objeto de la ciencia, juega un papel sumamente limitado. No obstante, debe reconocerse que la preparación de los abogados para el trabajo práctico en las escuelas de derecho de los Estados Unidos es extraordinaria. Un joven que ha concluido sus estudios en una escuela de derecho estadounidense se encuentra completamente apto para desarrollar el ejercicio de la abogacía. En Alemania, y especialmente en Austria, donde conozco mayormente el hecho, una vez que egresábamos de la facultad de derecho, nos encontrábamos prácticamente indefensos por lo que respecta a un caso legal concreto. Era menester trabajar varios años como jurista en un despacho de abogados a fin de comprender cabalmente la vida jurídica práctica. En los Estados Unidos se le da el mayor de los pesos a esta faceta práctica desde todos los ángulos posibles. Ese es el derecho, que no es estudiado desde el punto de vista científico o a través de principios generales o conceptos abstractos sino que se expresa con mayor precisión a través del método de casos. En este análisis de casos concretos se empieza a conocer al derecho.

(E) ¿Encuentra usted entonces que los casos han sido de utilidad para su trabajo en este país?

(K) Außerordentlich, außerordentlich

(I) Aber ich möchte doch noch eine kleine Einschränkung machen (bitte sehr), gerade, das Gebiet der Rechtsphilosophie ist ja Ihr ureigenstes Gebiet und, gab es da nicht, nun, gab es da nicht gewisse leere Räume in der geistigen Auseinandersetzung für Sie?

(K) Sehr richtig, die leeren Räume waren sehr charakteristisch, wie ich Ihnen schon sagte: Das Interesse für eine abstrakte Theorie ist nicht sehr groß. Man interessiert sich eben für das Recht als ein Problem des praktischen Lebens, und streng genommen muss man ja zugeben, dass das Problem des Rechts als Gegenstand der Wissenschaft nicht eigentlich den Juristen interessiert, sondern den Philosophen, den Erkenntnistheoretiker. Der Jurist ist an der Erzeugung des Rechts und an der Anwendung des Rechts, der Jurist ist nicht so sehr an einer theoretischen Erkenntnis des Rechts interessiert. Das ist nicht eigentlich ein Problem des Juristen, es ist ein Problem des Philosophen, und die Rechtsschulen in Amerika sind eben keine philosophischen Schulen. Das sind praktische Schulen und in Folge dessen hat der normale amerikanische Jurist für diese theoretischen Probleme, an denen ich hauptsächlich interessiert bin, nur ein geringes Interesse. So, da es mir, wenn ich zum Beispiel, der Unterschied zwischen den Vereinigten Staaten und Südamerika in der Beziehung ist ganz auffallend. In Südamerika, also Lateinamerika, im spanischen Amerika, ein intensives Interesse an der Theorie

(K) Extraordinariamente.

(E) Sin embargo, quisiera referirme a un punto en concreto. Precisamente en virtud de que el terreno de la filosofía del derecho es su campo original, ¿no experimentó ciertos "huecos" por lo que toca al ejercicio docente y en las controversias intelectuales?

(K) Ciertamente, los "huecos" fueron muy característicos. Como ya lo he mencionado, el interés por una teoría abstracta no es muy amplio aquí. Uno se interesa por el derecho como problema de la vida práctica y, en un sentido estricto, debe reconocerse que el problema del derecho como objeto de la ciencia no interesa en realidad a los juristas sino a los filósofos, al teórico del conocimiento. El jurista se interesa por la creación y la aplicación del derecho y no por su conocimiento teórico. Ese no es en realidad un problema de los juristas, ese es un problema de los filósofos y las escuelas de derecho en los Estados Unidos no son ninguna escuela filosófica, son escuelas por naturaleza prácticas y, en consecuencia, el jurista estadounidense promedio tiene tan sólo un interés marginal en estos problemas teóricos por los cuales yo me inclino. Esto se manifiesta de un modo muy claro cuando, por ejemplo, se observa la diferencia entre los Estados Unidos y Sudamérica, Latinoamérica, es decir la América hispana. En América del Sur, es decir Latinoamérica, existe un interés intensivo en la teoría del derecho. Hace unos cinco años tuve ocasión de dictar cuatro conferencias en Buenos

des Rechts. Ich habe in Buenos Aires vor einigen Jahren fünf Vorlesungen über den Gegenstand der Rechtswissenschaft gehalten. Vor einem Auditorium, das von Juristen, Advokaten, Studenten, ungefähr mindestens fünfhundert, ständig besucht war. Wenn ich hier in den Vereinigten Staaten diese Vorlesungen halten würde, würden man mich wahrscheinlich fragen "What are you talking about? Worüber sprechen Sie eigentlich?" Über etwas, was uns eigentlich nicht besonders interessiert.

(I) Ja, das schon, aber meinen Sie denn nicht, von Ihrer Erfahrung hier, dass die Praxis und die Theorie eigentlich auch auf dem Gebiet des Rechts miteinander gehen müssten?

(K) Natürlich besteht ein Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis, auch auf dem Gebiete des Rechts, aber man muss feststellen, dass dieser Zusammenhang nicht so intim, nicht so direkt ist, wie er auf dem Gebiete der Naturwissenschaft ist. Von der Naturwissenschaft führt ein direkter Weg zur Technik. Technik ist ohne Naturwissenschaft überhaupt gar nicht möglich. Auf dem Gebiete des Rechts ist das Verhältnis zwischen Rechtstechnik und Rechtstheorie kein so direktes. Es ist, es scheint paradox zu sein, aber es ist doch wahr, dass, was vom Standpunkt einer strengen wissenschaftlichen Analyse des Rechts, rechtstechnisch korrekt ist, nicht immer rechtspolitisch das zweckmäßigste ist. Ich will Ihnen ein Beispiel geben. Wie ich hier als Konsulent der österreichischen Regierung, der jungen republikanischen

Aires sobre el estado de la ciencia del derecho. En el auditorio había cerca de quinientas personas, entre juristas, abogados y estudiantes. Si yo impartiera una de esas conferencias aquí en los Estados Unidos, invariablemente me mirarían y me preguntarían: "¿De qué está hablando usted? ¿A qué se refiere en realidad? De algo que a nosotros en realidad no nos interesa particularmente".

(E) Sí, es cierto, pero ¿no ha constatado usted, por su experiencia en este país, la necesidad de que debe haber cierta relación entre la teoría y la práctica en el terreno jurídico?

(K) Por supuesto que existe una relación entre la teoría y la práctica en el terreno jurídico, pero es necesario consignar que la misma no es tan íntima o directa como en el dominio de las ciencias naturales. En las ciencias naturales existe un sendero directo hacia la técnica. La técnica, sin las ciencias naturales, prácticamente es imposible. En cambio la relación entre el derecho y la técnica, la técnica y el derecho no es tan directa. Pudiera ser una paradoja, pero es cierto que lo que es correcto desde el punto de vista de un análisis rigurosamente científico, no necesariamente es lo destinado a ser lo políticamente correcto. Quisiera darle un ejemplo. Cuando era consultor del gobierno austriaco, del entonces joven gobierno republicano de Austria, tenía como comisión la redacción de la Constitución Federal de

Regierung in Österreich, die österreichische Bundesverfassung vorzubereiten hatte, hat mir mein damaliger Bundestaatskanzler, Dr. Karl Renner, der mit der Aufgabe betraut war, diese Verfassung vorzubereiten, dessen Berater ich war in dieser Aufgabe, der sagte zu mir "Sie müssen vor allen Dingen gleich an die Spitze der Verfassung den Satz stellen "Das Recht geht vom Volk aus." Darauf sagte ich zu ihm: "Aber Herr Kanzler, das ist eine theoretische Behauptung: Ob die eigentlich in eine, in ein Gesetz nicht hinein gehört, das Gesetz hat Normen zu halten, zu enthalten, keine theoretischen Erklärungen über die Natur des Rechtes. Ob das Recht vom Volk ausgeht oder nicht vom Volk ausgeht, das hängt von den Bestimmungen der Verfassung ab, und ein Theoretiker der Verfassung kann dann sagen "Das österreichische Recht wird von dem Volke erzeugt", aber die Verfassung hat das nicht zu sagen. Die Verfassung ist ja kein Lehrbuch, die Verfassung ist ja keine theoretische Darstellung. Die Verfassung schafft doch das Recht, sie beschreibt doch nicht das Recht. Darauf sagte mir Doktor Karl Renner: "Das mag schon richtig sein, was Sie sagen, aber für einen politischen Standpunkt ist es außerordentlich wichtig, dass das Volk, das die Verfassung liest, sofort erfährt, sie geht vom Volke aus." So blieb mir nichts anderes übrig, als diese Bestimmung, die theoretisch meiner Ansicht nach gar nicht in die Verfassung hineingehört, doch an die Spitze der Verfassung zu schreiben. Und wie diese republikanisch, demokratische Verfassung dann später, im Jahre 34 glaube ich war das, durch eine faschistis-

Austria. El entonces Canciller Federal, el Dr. Karl Renner, de quien era asesor y quien me encomendó la tarea de preparar esa Constitución, me dijo: "Por sobre todo debe usted colocar, en la cúspide de la Constitución, este enunciado: "El derecho emana del pueblo". A lo cual señalé yo: " Señor canciller, esa es una suposición teórica, pero que no corresponde a una ley. La ley debe contener normas y no declaraciones teóricas sobre la naturaleza del derecho. Si el derecho emana del pueblo o no, ello depende del origen que la Constitución haya tenido y, consecuentemente, un teórico podrá decir si el derecho austriaco es creado o no por el pueblo. Sin embargo, la Constitución no lo puede afirmar. La Constitución no es ningún libro de texto, la Constitución no es una presentación teórica. La Constitución crea el derecho, pero no describe al derecho. Sobre ello el doctor Karl Renner me dijo: "Es posiblemente correcto lo que usted dice, pero desde un punto de vista político es extraordinariamente importante que el pueblo lea la Constitución y que constate que ésta emana de él". De tal modo, esta afirmación quedó consignada en la cúspide de la Constitución. Lo demás quedó igual. Ello no corresponde a mi apreciación teórica de la Constitución. Posteriormente, cuando esa misma Constitución de carácter democrático, fue modificada por un gobierno fascista —en el año 34 creo— eso fue lo primero que se modificó. Esta oración, que consigna que el derecho emana del pueblo. No quiso considerarse como verdadero ya sino que se afirmó que "el derecho emana de Dios" y

che Regierung abgeändert wurde, war das erste, dass sie abgeändert haben, dieser erster Satz. Dass das Recht vom Volk ausgeht, das wollten sie nicht wahr haben, das Recht geht von Gott aus, sagten sie, und das stand dann auch in dieser neuen Verfassung. Aber die Frage, ob es vom Volk oder von Gott ausgeht, ist eine theoretische Frage und, ob die neue Verfassung, damals neue Verfassung von Österreich den Beweis gebracht hat, dass sie von Gott ausgeht, das scheint mir sehr zweifelhaft zu sein.

(I) Herr Professor Kelsen, können Sie ein ähnliches Beispiel für amerikanische Verhältnisse geben? Ein ähnliches Beispiel, das vielleicht aufzeigte, wie hier diese Dinge sich abzeichnen?

(K) Ja, das können Sie zum Beispiel sehen an der Art und Weise, wie ein amerikanisches Gericht seine Entscheidung begründet. Ein amerikanisches Gericht wird keineswegs in erster Linie oder vielleicht nur ausschließlich darauf hinweisen, dass es in diesem konkreten Fall eine generelle Norm eines Statuts oder des Gewohnheitsrechts angewendet hat. Wenn es das überhaupt tut, so wird es sich jedenfalls damit nicht begnügen, sondern es wird viel mehr darauf hinweisen, dass diese Entscheidung gerecht ist, dass sie den ökonomischen Verhältnissen entspricht, dass sie sittlich hoch steht und so weiter. Das heißt, es wird eine Reihe von Werturteilen abgeben, die mit dem eigentlichen Recht gar nichts zu tun haben. Korrekt wäre einfach zu sagen: Diese konkrete Entscheidung, die eine individuelle Rechtsnorm

así quedó en la nueva Constitución. Sin embargo, en torno la pregunta sobre si el derecho emana del pueblo o de Dios es una cuestión teórica y si acaso la entonces nueva Constitución austriaca pudo haber aportado alguna evidencia sobre el particular, respecto al origen divino de la misma... a mí me parece que eso es sumamente dudoso.

(E) Profesor Kelsen, ¿podría mencionar un ejemplo similar por lo que toca a los Estados Unidos? ¿Un ejemplo similar que indique de qué manera se destacan dichos temas en este país?

(K) Sí, por ejemplo puede usted ver la manera en que un tribunal estadounidense fundamenta sus resoluciones. Un tribunal estadounidense no indicará en primer término —o procurará no hacerlo— que en un caso concreto se ha aplicado la norma general contenida en un estatuto o en una costumbre. Cuando se argumenta se hace referencia a la justicia de una decisión y se señala su corrección desde el punto de vista económico, su sentido de la moralidad. En términos generales se invocará una serie de apreciaciones que no necesariamente se relacionan con la norma. Lo correcto sería simplemente decir que esa decisión concreta, que representa un punto de vista jurídico particular, corresponde a la norma general de una ley. Eso es todo lo que tiene que decir el juez, pero con lo cual no se contentará. Fre-

darstellt, entspricht der generellen Norm eines Gesetzes. Das ist alles, was der Richter zu sagen hat, aber damit wird er sich nicht begnügen. Er wird oft eine ganze Rechtstheorie ihnen vortragen. Das ist üblich und ist vielleicht von einem politischen Standpunkt aus verständlich, obgleich es von einem rechtstheoretischen Standpunkt aus nicht rechtfertig wahr ist. Und da sehen sie wieder, wie zwischen Rechtstheorie und Rechtspraxis eine Beziehung besteht, aber nicht die, wie in der Naturwissenschaft. Wenn eine, ein Techniker, ein Ingenieur, eine Brücke bauen würde und dabei die Physik nicht auf das exakteste anwenden würde, würde die Brücke wahrscheinlich zusammenbrechen.

(I) Ja, natürlich. Wie lange waren Sie in Harvard?

(K) Da war ich zwei Jahre.

(I) Und dann wurden Sie nach Berkeley, Kalifornien berufen.

(K) Dann wurde ich nach Kalifornien berufen.

(I) Und war das für Sie noch einmal ein neuer Beginn oder hatten Sie da schon die Anfangsschwierigkeiten überholt?

(K) Es war insofern ein neuer Beginn als ich in Harvard nur wenig Vorlesungen gehalten habe und hier in Berkeley an der Universität, also, in den Vorlesungsbetrieb eigentlich erst herein gekommen bin. Sodass ich also die Art und Weise, wie man Jurisprudenz und Völkerrecht,

cuentemente éste invocará toda una teoría jurídica. Eso es usual y desde el punto de vista de la corrección política, comprensible, si bien, desde el punto de vista de la teoría jurídica no es justificado. Así puede usted ver otra vez, cómo entre la teoría del derecho y la práctica del derecho existe una relación, pero no la misma que puede existir en las ciencias naturales donde un técnico, un ingeniero construiría un puente con ambas y por ello, si no se emplease la física de manera exacta, el puente muy posiblemente se derrumbaría.

(E) Naturalmente. ¿Cuánto tiempo estuvo en Harvard?

(K) Estuve dos años.

(E) Y entonces fue llamado a Berkeley, California.

(K) Entonces fui llamado a California.

(E) ¿Y fue para usted un nuevo comienzo o había superado ya las dificultades iniciales?

(K) Fue con todo un nuevo comienzo dado que en Harvard sólo había impartido unas pocas lecturas y aquí en la Universidad de Berkeley, la actividad docente se ha convertido en mi primera actividad. Para ello, he aprendido intensamente la manera en que en los Esta-

das mein Hauptfach war in Amerika, vorträgt, eigentlich erst hier gelernt habe und zwar von meinen Studenten zum größten Teil gelernt habe, die mich nämlich -was für einen europäischen Professor ganz unerhört war - gleich am Anfang sofort unterbrochen haben und mir gesagt haben, "Well professor, I didn't quite understand what you said, please explain it to...". Und so habe ich gesehen und gelernt, dass man hier eben nicht einen Monolog hält, dass Professor, sondern das Vortragen ein Dialog zwischen dem Lehrer und seinen Schülern ist. Und ein Dialog, der außerordentlich instruktiv ist, weil man dadurch am besten erfährt, ob die eigene Darstellung klar genug, verständlich genug ist, weil man sofort viel besser lernt als man jemals bei dieser monologischen Methode der europäischen Universitäten lernt, was den Studenten schwierig zu verstehen ist. Was dem Professor selbstverständlich ist, ist den Studenten durchaus nicht so selbstverständlich, ist ihm sehr häufig, macht ihm große Schwierigkeiten zu verstehen, dass darauf wird durch diese dialogische Methode sofort aufmerksam gemacht.

(I) Welche Resonanz fanden denn Ihre Vorträge, zum Beispiel über das Völkerrecht? Gab es da eine gewisse Vorstellung in den Studentenkreisen?

(K) Da muss ich Sie zunächst darauf aufmerksam machen, dass ich meine Vorlesungen nicht an der Law School gehalten habe, sondern an dem Political Science Department. Die Law

dos Unidos se imparte la jurisprudencia y el derecho internacional (que es mi materia principal), si bien ha sido a través de mis estudiantes cómo, en gran medida he aprendido lo que es una manera desconocida para un profesor europeo. Desde el inicio los estudiantes inmediatamente me interrumpieron y me señalaron: "Espere profesor, no entendí realmente lo que usted dijo, por favor explíquelo...". Así, he constatado y aprendido que, en los Estados Unidos, no se sostiene un monólogo sino que en vez de ello, la clase consiste en un diálogo que se desarrolla entre el profesor y sus estudiantes. Éste es un diálogo extraordinariamente constructivo porque, a través de él, se puede ver si la propia apreciación personal es lo suficientemente clara, pues uno puede aprender mejor que con aquellos métodos monológicos característicos de las universidades europeas y que al estudiante le son particularmente difíciles de comprender. Lo que para el profesor puede ser obvio no lo resulta necesariamente para el estudiante y frecuentemente se suscitan dificultades. A través del método de diálogos se desarrolla inmediatamente la atención.

(E) ¿Qué resonancia tuvieron sus lecciones, por ejemplo, sobre derecho internacional? ¿Había una particular idea entre los círculos de estudiantes?

(K) Para ello debo hacerle notar que no impartí mis lecciones en la Facultad de Derecho sino en el Departamento de Ciencias Políticas. Las escuelas de derecho, en el tiempo en que llegué a Berkeley

Schools zu der Zeit, als ich nach Berkeley kam, war das noch viel mehr der Fall als es jetzt ist, waren an dem Völkerrecht überhaupt nicht interessiert, oder nur sehr wenig interessiert, weil das Völkerrecht in dem Beruf eines praktischen Rechtsanwalts eine sehr geringe Rolle spielt. So war Völkerrecht eigentlich als Hauptgegenstand nur an den Political Science Departments vorgetragen und natürlich an den an einem Political Science Department ist es mehr die politische Seite des Völkerrechts, die interessiert als die spezifische juristische Seite des Völkerrechts. Nun nachdem ich aber das von einem spezifischen juristischen Standpunkt aus gemacht habe, so habe ich es in einer Weise getan, in der die Political Science Studenten, das nicht gewöhnt waren, aber ich glaube, dass ich jedoch ihnen das Völkerrecht von der juristischen Seite aus verständlich gemacht habe. Und ich hatte den Eindruck, dass meine Studenten mit dieser Art der Darstellung sehr zufrieden waren. Ich habe immer wieder betont, dass man zwischen der politischen Seite des Problems und der juristischen Seite unterscheiden muss. Das, was politisch sehr wünschenswert sein mag, rechtlich nicht begründet ist, und dass man sich sehr hüten muss, auf dem Gebiete des Völkerrechts den Fehler zu vermeiden, den man hier in Amerika als "wishful thinking" bezeichnet, dass man etwas für Recht hält, was nur politisch wünschenswert ist. Und was vom Standpunkt der amerikanischen Regierung aus oder des amerikanischen Staates aus sehr wünschenswert sein mag. Völkerrecht vielleicht gar nicht möglich ist, und die

(y era entonces el caso, mucho más acentuado que ahora), no estaban interesadas en el derecho internacional, porque éste tenía un papel muy limitado en la profesión de un abogado práctico. El derecho internacional en realidad sólo se consideraba como una materia en el Departamento de Ciencias Políticas y naturalmente que en este Departamento el aspecto que más interesa del derecho internacional es el político, a diferencia del elemento estrictamente jurídico. Así pues, dado que yo impartí mi lección desde un punto de vista jurídico muy específico, procedí de un modo para el que los estudiantes de ciencias políticas no estaban acostumbrados. Sin embargo, creo que pude hacerles accesible el derecho internacional desde una perspectiva jurídica. Tengo la impresión de que mis estudiantes se encontraban satisfechos con este tipo de presentación. Siempre he enfatizado que debe distinguirse entre el aspecto político y jurídico en un problema. Lo que es deseable desde el punto de vista político quizás no puede fundamentarse legalmente. Lo que hay que evitar en el terreno del derecho internacional es lo que se denomina en los Estados Unidos como "*wishful thinking*", a saber, que algo sea considerado como legal por ser deseable desde el punto de vista político. Y lo que desde el punto de vista del gobierno estadounidense o del Estado americano puede ser muy deseable, quizás no se ajuste al derecho internacional. Los estudiantes mostraron en ello una gran comprensión si bien, en general, esta diferencia en el derecho internacional, la materia que yo impartí en la Facultad de Ciencias Polí-

Studenten haben dafür großes Verständnis gezeigt, obgleich im allgemeinen dieser Unterschied in den Vorlesungen über Völkerrecht, wie sie an den Political Science Departments gehalten werden, verwischt wird, weil doch eine starke Tendenz besteht, diesen Unterschied zu verwischen.

(I) Haben Sie eigentlich irgendwelche Unterbrechungen in Ihrer Lehrtätigkeit während des Krieges gehabt? Während des Zweiten Weltkrieges? Ich meine das da vielleicht doch die Position etwas schwierig war.

(K) Ach, sie war nur insofern schwierig, wissen Sie, als die Zahl der Hörer, weil die Studenten, sehr groß geworden ist. Ich habe Völkerrechtsvorlesungen in einer Klasse von beinahe fünfhundert Studenten gehabt, in einem großen Hörsaal, in dem ich sogar mit Lautsprecher sprechen musste, weil es, der Hörsaal zu groß war, da es mir übrigens auch eigentlich etwas passiert, eine ganz lustige Geschichte, die ich Ihnen hier erzählen will. Also, ich hatte in diesem, einem dieser größten Hörsäle, da ist das Observatorium, wo Astronomie vorgetragen wird, aber ausnahmsweise, weil ich so viele Hörer hatte, musste die Vorlesung in den Astronomie-Hörsaal verlegt werden. Ich muss noch bemerken, dass wenn eine Vorlesung über fünfhundert Hörer hat, die Vorlesung, die Klasse in Sektionen geteilt wird. Die Sektionen werden dann von "teaching Assistenten" betraut. Und nach der zweiten oder dritten Vorlesung kam ein Student zu mir und sagte zu mir "what about sections?" Ich

ticas, tiende a diluirse. Existe una gran tendencia a diluir esta diferencia.

(E) ¿Tuvo algunas interrupciones en su labor docente durante la guerra, durante la Segunda Guerra Mundial? Quiero decir, quizás su posición era un tanto difícil.

(K) Fue difícil por lo que toca al número de estudiantes que se incrementó. He impartido lecturas de derecho internacional para una clase de aproximadamente quinientos estudiantes en una gran sala de lecturas, en la cual inclusive debía hablar con un micrófono, porque el aula era tan grande y que... por cierto me ocurrió una anécdota simpática, que me agradaría narrar a continuación. Bien, tuve que impartir mi lectura en una de las más grandes aulas, a saber, en el observatorio, donde también se daban lecciones de astronomía. Sin embargo, excepcionalmente, tenía que llevarse a cabo mi clase en esta aula por el hecho de que tenía numerosos estudiantes. Debo también hacer notar que las clases de astronomía tenían más de quinientos estudiantes, por lo que estaban divididas en secciones. Las secciones eran asesoradas por asistentes. Después de mi segunda o tercera lección se dirigió a mí un estudiante y me dijo: "¿Qué hay de las secciones?" Yo le dije:

sagte zu ihm, Englisch, "there are no sections in my class", es sind keine Sektionen in meiner Klasse". "All right". Nach der dritten oder vierten Vorlesung kam er wieder und sagte "What about sections?" Ich sagte zu ihm "Aber, my dear fellow, I told you, there are no sections in my class". Darauf sagte er, "But in the program I read there are sections", sagte er zu mir. "Bringen Sie mir das Programm." Er brachte mir das Programm und zeigte mit dem Finger auf folgende Stelle "Astronomie I Observatory sections". Da sagte ich zu ihm "My dear fellow, I didn't teach astronomy, I am teaching international law!" "Oh, is that so?" sagte er.

(I) Nun, Sie meinen dieser Student...

(K) Vielleicht hatte er den Eindruck, dass ich von irgendetwas spreche, was so fern von dieser Welt ist, dass es sich nur auf den Sternen abspielen kann.

(I) Zumindest wenn er in drei Vorlesungen gewesen war.

(K) Aber er war so ruhig, dass er an den Vorlesungen gar nicht teilgenommen hat, sondern einfach nur wissen wollte, ob da nicht sections sind.

(I) Ja, ja, natürlich. Das ist ein kleines Bild von einer gewissen Warte aus. Nun, Herr Professor Kelsen, ich möchte in unserem Gespräch noch ein paar andere Dinge berühren. Das, was Sie jetzt gesagt haben, zeigt natürlich, dass Sie sich mit dem Land, mit der Art und Weise zu lehren, mit Ihren wissenschaftlichen

"No hay secciones en mi clase". "Está bien", dijo. Después de la tercera o cuarta lectura regresó nuevamente y me dijo: "¿Y las secciones?" A lo que señalé: "Pero mi estimado colega, ya le dije que no hay secciones en mi clase". Entonces él replicó: "¡Pero en el programa se indica que hay secciones!". "Tráigame el programa". Lo trajo y apuntó con el dedo el siguiente párrafo: "Astronomía I. Secciones del Observatorio". Así que le dije: "Mi estimado colega, yo no enseño astronomía, estoy enseñando derecho internacional". "¿Oh, en verdad?" exclamó...

(E) Es decir que este estudiante...

(K) Quizás tenía la impresión de que hablaba de algo tan extraño y apartado del mundo, que también podía referirse a las estrellas.

(E) Por lo menos estuvo en tres lecciones.

(K) Pero era tan callado, que realmente no participó en las lecturas. Sólo quería saber si había secciones en ellas.

(E) Por supuesto. Esa es una pequeña imagen con una... "observación" particular. Profesor Kelsen, quisiera también referirme a otros dos temas en esta conversación, que, como usted los ha indicado, muestran claramente cómo se ha relacionado usted con este país, así como la manera y el modo con el que

Positionen innerhalb all der Jahre auseinandergesetzt haben und Ihren Standort gefunden haben. Aber ich möchte Sie einmal fragen, gab es gar keine Schwierigkeiten, die Ihnen doch die Unterschiedlichkeit zwischen Europa und Amerika klar machten und die Sie auch in einer etwas anderen Form bewältigen mussten?

(K) Was meinen Sie für Schwierigkeiten?

(I) Ich meine in der ersten Zeit, vielleicht aber auch später, eine gewisse Verbindung, die sie nicht mehr nach Europa hatten oder eine andersartige Verbindung zu Menschen, mit denen Sie doch nicht in manchen Dingen die gleiche Sprache, ich meine jetzt nicht Englisch und Deutsch, (ja) sondern in gedanklicher Form..

(K) Ja, das geht eben, doch, da haben Sie vollkommen Recht, ich will nicht sagen, dass es eine Schwierigkeit war, eine Tatsache, die doch immerhin einen gewissen Unterschied zwischen dem geistigen Milieu, das ich in Europa hatte und dem geistigen Milieu, das mir hier in Amerika, mit dem ich hier in Amerika rechnen musste. Die Tatsache, dass für das eigentliche Fachgebiet, für meine, das heißt, für die Theorie des Rechts, ich hier nur wenig Leute gefunden habe, die das gleiche Interesse haben. Unter meinen engeren Fachkollegen eigentlich niemanden. Sodass ich eigentlich über das, was ich, was mir am meistens am Herzen lag, eigentlich nur auf Bücher angewiesen war, dass es zu einem geistigen Austausch im Gespräch mit Kollegen

las posiciones científicas con el transcurso de los años han sido sostenidas y han encontrado cabida. Quisiera preguntarle: ¿No hubo ciertas dificultades que a usted le hicieron más clara la diferencia entre Europa y los Estados Unidos y que de otra forma también le obligaron a superarlas?

(K) ¿Qué tipo de dificultades?

(E) Quiero decir, quizás en una primera etapa, pero más tarde quizás también, una cierta relación que extrañase de Europa o ciertos vínculos particulares con otras personas con las cuales compartiera ciertas cosas, el mismo idioma, no me refiero al inglés o el alemán, sino a uno de índole intelectual.

(E) Sí, es cierto, tiene toda la razón, no quisiera decir que fue una dificultad, pero habría un hecho que frecuentemente marcó una diferencia entre el entorno intelectual que mantenía en Europa y aquel con el que he contado en los Estados Unidos. El hecho es que para mi campo de estudios, para mi disciplina, es decir, mi teoría del derecho, sólo he encontrado un puñado de personas que comparten el mismo interés. Entre mis otros colegas, en realidad no he hallado a nadie, así que este hecho es el que más me ha preocupado. Por otro lado, también he extrañado, hasta cierto punto, el intercambio intelectual con los colegas, mismo que casi no se ha producido. Eso es sólo una consecuencia de que precisamente mantengo un interés

hier überhaupt fast nicht gekommen ist. Das ist aber nur die Konsequenz, dass ich eben an einer Seite des Rechtsproblems interessiert bin, dass hier keine besondere Rolle spielt.

(I) Berkeley war aber auch und ist auch im allgemeinen doch eine Universität, ist ja eine Staatsuniversität des Staates California...

(K) Ja, eine Staatsuniversität

(I) Die sehr viel Europäer aufgenommen hat

(K) Sehr viel Europäer auf dem Gebiete, hier an der juristischen Fakultät zum Beispiel sind, soweit die Klasse zumindest zwei Europäer in führender Stellung, an den naturwissenschaftlichen Fakultäten sind eine ganze Reihe von Österreichern und Deutschen tätig und

(I) Hatten Sie untereinander irgendeinen Kontakt in

(K) Ja, der Kontakt war natürlich gegeben durch die gemeinsame Herkunft und durch vor allen Dingen auch durch die Sprache, man spricht ja doch Deutsch und hat doch ein anderes Gefühl, wenn man in seiner Muttersprache sich verständigt als in einer Sprache, die man ja erst später gelernt hat. Ich sage Muttersprache, aber das ist eigentlich meine Stiefmuttersprache

(I) Wieso?

por un aspecto del problema de lo legal que aquí no juega un papel destacado.

(E) Berkeley fue y es aún, en un sentido general una universidad, la universidad estatal del estado de California.

(K) Sí, la Universidad estatal.

(E) Que ha albergado a muchos europeos.

(K) Muchos europeos... en la Facultad de Derecho, por ejemplo, se encuentran por lo menos dos europeos en posiciones destacadas. En el campo de las ciencias naturales hay un gran número de austriacos y alemanes activos.

(E) ¿Y tienen alguna clase de contacto los unos con los otros?

(K) Sí, naturalmente que el contacto se ha establecido a través de nuestra procedencia común y sobre todo a través del lenguaje. Cuando uno habla alemán se tiene otro sentimiento, porque se expresa uno a través de su propio idioma materno, a diferencia de otra lengua que se haya aprendido con posterioridad. Digo idioma materno, si bien es en realidad mi idioma "madrastro".

(E) ¿Por qué?

(K) Nun, denn das deutsche Sprachgebiet, Österreich, Deutschland hat mich nicht behalten. Ich bin ja gezwungen gewesen, es zu verlassen.

(I) Ja, und ist das auch ein Grund mit vielleicht, dass Sie heute, nun vielleicht nicht mehr den Wunsch haben, in dieses Land zurückzugehen?

(K) Gut, ich habe nicht den Wunsch zurückzugehen, das ist vollkommen richtig, was sie sagen. Ich habe mich hier eingelebt und habe hier in Berkeley besonders günstige Bedingungen gefunden. Sie sehen, ich wohne hier in meinem eigenen kleinem Häuschen, das war mir möglich, obgleich ich ohne jedes Vermögen herüber gekommen bin, mein Vermögen wurde von der Nazi-Regierung konfisziert, konnte ich mir doch so viel Geld ersparen, um mir ein eigenes kleines Häuschen zu kaufen mit einem sehr schönen Garten, in dem das ganze Jahr Rosen blühen, ein wunderbares Klima und, last but not least, eine ganz hervorragende Universitätsbibliothek. Eine Bibliothek, die nicht nur sehr reich ist, also eine fast vollständige deutsche, französische Literatur hat, sondern, die auch ausgezeichnet organisiert ist und zu der ich vollkommen freien Zutritt habe, sodass meine wissenschaftlichen Bedürfnisse hier in idealer Weise befriedigt werden.

Nachdem ich, noch dazu kommt, dass meine beide Töchter auch nun in Amerika leben. Die eine, einer meiner Schwiegersöhne ist Professor an der Universität von Nebraska, der andere ist Arzt in

(K) El entorno de habla alemana, Austria, Alemania, no me retuvo y me he visto obligado a abandonarlo.

(E) Sí. ¿No es ese un motivo por el cual quizás usted no tiene ya el deseo de regresar a esas tierras?

(K) No tengo deseos de regresar. Es completamente correcto lo que menciona. Ya me adapté aquí y he encontrado condiciones particularmente agradables en Berkeley. Usted verá, aquí vivo en mi propia casita. Ello me es posible a pesar de que vine aquí sin ningún bien. Mis bienes fueron confiscados por el gobierno nazi. He podido ahorrar el dinero suficiente como para comprar mi propia casita con un bello jardín, en el cual, todo el año las rosas florecen, hay un maravilloso clima y, finalmente, pero no menos importante, hay una estupenda biblioteca universitaria, la cual no sólo es muy rica y posee una colección completa de literatura alemana y francesa, sino que está magníficamente organizada y a la cual tengo acceso completo y libre, por lo que mis necesidades científicas pueden ser cumplidas en una atmósfera ideal.

Por supuesto que, además de lo anterior, resulta que mis dos hijas viven en los Estados Unidos. Mi yerno es profesor de la Universidad de Nebraska y el otro es un médico de Denver, así que en

Denver, sodass ich eigentlich, und die meisten meiner Freunde in Deutschland und in Österreich sind teils schon gestorben, teils sind sie durch die Nazi-Regierung umgekommen, sodass eigentlich mich kein menschliches Band mehr mit Deutschland oder Österreich verbindet. Ich meine, ich bin mir vollkommen bewusst, dass ich die Verhältnisse in Deutschland und Österreich gegenwärtig, gegenüber der Nazizeit so vollkommen geändert haben, dass das Leben drüben für mich durchaus möglich und auch angenehm wäre, aber in meinem hohen Alter habe ich keine besondere Veranlassung, die, meine gegenwärtige Lage zu ändern, mit der ich in jeder Beziehung zufrieden bin.

(I) Haben Sie denn noch einmal jetzt, besonders nach dem Krieg versucht, eine Reise zu machen?

(K) Ich wurde wiederholt eingeladen und war auch einmal in Österreich, wo ich an der dortigen Universität Vorlesungen gehalten habe, war auch einmal in Köln wieder, wo ich Vorlesungen gehalten habe. Ich wurde zum Honorarprofessor an der Wien Universität gemacht und bin auch jetzt wieder Professor Emeritus der Universität Köln, und ich kann mich in dieser Beziehung in keiner Weise beklagen, aber... und ich habe auch die Verhältnisse dort sehr nett gefunden, aber doch nicht so attraktiv, dass sie mich veranlassen könnten, meine Situation zu ändern.

(I) Ja ich habe Sie hier im Grunde genommen in einer Arbeit gestört

realidad... la mayor parte de mis amigos en Alemania o en Austria han fallecido, en parte como víctimas del gobierno nazi. Por ello, en realidad no tengo un vínculo personal que me una con Alemania o con Austria. Debo decir que me resulta absolutamente claro que tras el fin del nacionalsocialismo, la situación actual en Austria y en Alemania se ha modificado completamente de modo tal que, actualmente, mi vida en estos países podría ser posible y agradable, pero a mi edad y bajo mi situación actual, no tengo ningún motivo para modificar mi vida dado que me encuentro satisfecho con cada aspecto de ella.

(E) ¿No tiene otra vez el deseo de hacer un viaje, particularmente tras el fin de la guerra?

(K) Fui invitado una vez a Austria, a la universidad donde alguna vez impartí clases, pero también estuve una vez en Colonia donde di lecturas y fui designado profesor honorario por la Universidad de Viena y, nuevamente, profesor emérito por parte de la universidad de Colonia. No me puedo quejar en este sentido. Encontré las circunstancias agradables, pero no de un modo tan atractivo que me pudiesen motivar a modificar mi situación.

(E) Después de todo he interrumpido su trabajo...

(K) Ja, die Störung war sehr angenehm aber man stört mich immer in einer Arbeit. Ich versuche jetzt eine ein Werk zu vollenden, an dem ich schon seit vielen Jahren arbeite, das ist die Idee der Gerechtigkeit in Religion und Philosophie, die, ich arbeite eben an der Vollendung des Teils, der sich mit der Rechtsphilosophie Platons beschäftigt. Das Werk ist eigentlich schon fertig gewesen, bevor ich nach Amerika gekommen bin. Ich habe es dann liegen lassen müssen, da ich mich hier ausschließlich mit Völkerrecht, zur Theorie des Rechts, positiven Rechts beschäftigen musste. Aber jetzt, wo ich im Ruhestand bin, kann ich mich ganz wieder dem Thema widmen, das mir besonders am Herzen liegt. Und das ist dieses Thema, das ich schon in Wien vor vielen, vielen Jahre begonnen habe, diese Analyse des Problems der Gerechtigkeit, so wie es sich in der Philosophie und in der Religion, nicht in der Jurisprudenz, sondern in der Philosophie und Religion widerspiegelt.

(I) Und meinen Sie, Herr Professor, dass man vielleicht gedanklich soweit unser Gespräch abschließen kann, dass die Erfahrung, die Sie in diesem Kontinent gemacht haben, in Ihrer Arbeit irgendeine Auslegung erfährt, ich meine jetzt in der überhöhten geistigen Sicht?

(K) Einen direkten Einfluss auf dieses Thema, was also den Gegenstand meiner Progressivität der Gerechtigkeit bildet nicht eigentlich, nur höchstens in der Beziehung, dass mich eben, die genauere Kenntnis der hiesigen Rechtsverhältnisse und der hiesigen Rechtsanschauung in

(K) La interrupción fue sumamente agradable y siempre hay ocasión para ello. Actualmente procuro finalizar una obra en la cual trabajo desde hace muchos años y que se refiere a la idea de la justicia en la religión y la filosofía. Estoy finalizando el capítulo que se relaciona con la filosofía del derecho de Platón. El trabajo ya había sido concluido antes de que llegara a los Estados Unidos. Tuve que dejarlo por un tiempo, porque fue menester que me ocupara del derecho internacional, de la teoría del derecho y de la política jurídica, pero ahora que me encuentro retirado puedo dedicarme al tema que verdaderamente me apasiona y éste es el mismo con el cual empecé en Viena hace muchos años, el análisis del problema de la justicia desde el punto de vista de la filosofía y de la religión. No desde el punto de vista de la jurisprudencia, sino el papel que juega ésta en la filosofía y en la religión.

(E) Para concluir nuestra conversación profesor, ¿podría decirse que la influencia intelectual que este continente ha ejercido en usted se refleja en su trabajo? Es decir, con una interpretación desde un punto de vista, que trasciende a lo académico.

(K) Una influencia directa sobre este tema, por lo que toca a mi posición sobre la justicia no, no se desarrolló en realidad. En todo caso sí hubo una influencia por lo que corresponde al vínculo entre el conocimiento preciso de lo jurídico y mi cosmovisión jurídica relativista

meinen, in meiner relativistischen Anschauung des Problems der Gerechtigkeit bestärkt. Wenn man die Rechtsordnungen verschiedener Staaten kennenlernt, sieht, wie verschieden sie sind und wie sehr die Menschen überzeugt sind, damit die Gerechtigkeit verwirklicht zu haben, sieht man, wie relativ eben dieser Wert der Gerechtigkeit ist. Und das ist auch wahrscheinlich das Schlussergebnis meiner Untersuchung über die Idee der Gerechtigkeit in Philosophie und Religion. Die Relativität dieses Begriffes.

(I) Herr Professor Kelsen, wenn Sie wissen, dass Sie das als Schluss Ihrer Arbeit gedanklich formulieren, dann ist dabei wohl auch eine andere Erkenntnis, und das ist Ihr bisher gelebtes Leben.

(K) Das ist richtig, die Relativität der Werte habe ich ja auch insofern in meinem eigenen Leben erfahren. Als ich den Wert des Vaterlandes an meinem eigenen Leibe als einen relativen Wert zu erkennen gezwungen war. Ich habe ursprünglich Österreich für mein Vaterland gehalten, dann musste ich nach Deutschland gehen und war bereit, auch Deutschland für mein Vaterland anzuerkennen, aber dann wurde ich gezwungen, nach der Schweiz und von der Schweiz nach Amerika zu gehen, und so ist schließlich Amerika mein Vaterland geworden. Und ist mein wirkliches und wahres Vaterland, obgleich es weder mein erstes Vaterland wahr, noch mein einziges Vaterland.

en torno al problema de la justicia, el cual se ha fortalecido. Cuando se conocen órdenes jurídicos que contienen diferentes tipos de datos, se puede apreciar cuán diferentes son éstos y cuán convencidos se encuentran los seres humanos sobre la verdad de la justicia. De este modo se aprecia cuán relativo es precisamente el valor de la justicia, lo que es con toda probabilidad el resultado final de mi investigación sobre la idea de aquella en la filosofía y en la religión: es decir, la relatividad de este concepto.

(E) Profesor Kelsen, dado que está consciente de que esa es la conclusión de su trabajo, ¿no habría también otro tipo de conocimiento y a saber el de la vida que usted ha vivido hasta ahora?

(K) Eso es correcto, la relatividad de los valores la he experimentado en carne propia, inclusive al ser obligado a reconocer la idea del valor de la patria en mi propia vida como uno de carácter relativo. Inicialmente consideré a Austria como mi patria y tuve que desplazarme a Alemania y entonces reconocí a Alemania como mi patria, pero fui más tarde obligado a desplazarme a Suiza y de Suiza a los Estados Unidos. Finalmente Estados Unidos se convirtió en mi patria. Esta es mi patria real y verdadera si bien no es la primera ni la única.

SAN ISIDORO DE SEVILLA Y LA LEGISLACIÓN GÓTICO-HISPÁNICA

José Antonio ESTRADA SÁMANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *San Isidoro*. 1. *Su vida*. 2. *Su obra*. 3. *Su doctrina*. III. *Leyes góticas*. 1. *Edictum Theodorici o Leyes Teodoricianas*. 2. *Código de Eurico*. 3. *Breviario de Alarico o Lex romana visigothorum o Código de Aniano o Liber legum o Liber legis*. IV. *Leyes hispánicas*. 1. *Adhesión al catolicismo*. 2. *Concilios*. A. *De Sevilla*. B. *De Toledo*. 3. *Fuero Juzgo o Forum Judicum o Liber Judiciorum*. V. *Síntesis del derecho objetivo gótico-hispánico*. 1. *Estructura política*. 2. *Estructura social*. 3. *Derecho privado*. A. *Civil*. B. *Mercantil*. 4. *Derecho penal*. 5. *Derecho procesal*. 6. *Derecho canónico*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Esta modesta monografía versa acerca del muy destacado papel del insigne San Isidoro de Sevilla, en la formación de las raíces mismas —cristianas— de la hispanidad. Si es difícil definir que deba entenderse lo español, más difícil sería pretender vanamente ocultar los factores reales que configuraron en sus inicios mismos, una cultura nacida de fusión entre las de romanos politeístas, godos arrianos y conversos a la religión católica, que son los tres ingredientes necesarios en la *Historia medieval de la Península Ibérica*,¹ entre los años 430 —en que se asientan en la Hispania romana los bárbaros godos— y 711 en que la invasión musulmana interrumpe, por casi ocho siglos

¹ RUCQUOI, Adeline, *Historia medieval de la Península Ibérica*, El Colegio de Michoacán, Zamora, 2000. Con referencia a los nombres de los autores, estas notas remiten a los datos bibliográficos que figuran al final de esta monografía.

la normal evolución española, sedimentando en su civilización otros elementos que ya resultan ajenos —por sus límites temporales— a este trabajo.

Acerca del polígrafo sevillano San Isidoro, comenta Menéndez Pelayo: “colocado entre una sociedad agonizante y moribunda” —la romana— “y otra todavía infantil y semisalvaje” —la goda— “su grande empresa debía ser transmitir a la segunda, la rica herencia de la primera” aprovechando el carácter predominantemente consuetudinario de la sociedad gótica. “Esto hizo y por ello merece cuantos elogios quepan... Se ha llamado a San Isidoro el último Padre de la Iglesia de Occidente y es al mismo tiempo el padre espiritual de todo un milenio”,² que se extiende por lo menos, directamente hasta finales del siglo XV y mediados del siglo XVI, que contemplan la mayor aventura planetaria ocurrida a la humanidad, con la magna obra del navegante Cristóbal Colón, descubriendo al nuevo mundo, en sus tres carabelas, bajo el patrocinio de los reyes católicos de España —Isabel y Fernando— con lo cual se hace posible transmitir las riquezas de la hispanidad a muchos pueblos autóctonos de América: lengua, fe arraigada, industrias, floras y faunas nuevas permutadas por otras y leyes antiguas. Sobre estas últimas, cabe recordar que “España es el país de la Europa medieval en donde se advierte una mayor vocación por el derecho... dentro del cual, los individuos adquieren una personalidad amparada por la legislación”.³ De las vidas y obras de doña Isabel la Católica y de don Cristóbal Colón, desearía el autor de este trabajo hablar mucho más por extenso, pero obviamente, también excedían los límites temporales a los que ha de constreñirse. El influjo de San Isidoro llega hasta entonces indudablemente.

En efecto, desde las leyes romano-góticas hasta las expresiones más altas del derecho español, como lo fueron, entre otras, sus fueros municipales —principalmente el Fuero Viejo de Castilla— que conservaron la tradición jurídica hispana, aun en medio de la dominación musulmana; o más tarde, el “Espéculo” y en lugar destacadísimo, la “Ley de las 7 partidas” —semejante a la más bella de las catedrales góticas *mutatis mutandis*— debidas al ingenio jurídico

² QUILES, S. J., Ismael, *San Isidoro de Sevilla*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1965, p. 101.

³ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Colegio Nacional de Sordomudos, Madrid, 1839.

del más noble y completo legislador español, el rey don Alfonso X El Sabio, cuyas “Partidas” estuvieron vigentes —aun por vía supletoria— todavía en los inicios del desarrollo de la hispanidad americana y cuyo ejemplo de acabada perfección legal, vale aún hoy para los juristas estudiosos. Entre el “Fuero Juzgo”, pues, y las “Partidas”; entre San Isidoro y Alfonso X, el sabio rey; entre Recaredo e Isabel la Católica —si posibles fueren las distancias—, se encuentra una indudable *liaison* —dirían los franceses— y un hilo conductor en una viva expresión de la permanente y fiel elocuencia del derecho de España, que todavía alienta y anima las mejores conquistas de la jurisprudencia hispánica lo mismo en el viejo que en el nuevo continente, ambos en ceñido abrazo de irrenunciable aspiración a idéntica justicia y al mismo fecundo bien común.

Dentro de este amplísimo marco, acerca de San Isidoro resulta equitativo reconocer y repetir que “pocos hombres, pocos sabios cuenta la historia de la humanidad, a los cuales deba más la cultura occidental. Reunió los fragmentos dispersos de las culturas grecorromana, gótica y cristiana. Fue compilador de los conocimientos de su tiempo y almacenó lo que la humanidad logró saber en los doce siglos que le precedieron. Sólo una cabeza clara, ordenada, poderosa y universalista, unida a un corazón grande y comprensivo, fue capaz de realizar tan gigantesca labor”. “Pero su saber no fue sólo enciclopédico, sino que existe en su obra una original y específica síntesis: a una doctrina sociojurídica cristiana”, brotada de su pluma y de sus vivencias personales, de consuno. Y hacia su futuro —ya se insinuó arriba— proyectó luces inextinguibles de sabiduría, de anhelo de justicia y de perfección moral. Sin Isidoro semeja un puente de enormes dimensiones entre Grecia y Roma y la cultura actual, occidental y cristiana; o si se prefiere, por dar ejemplos, entre la Ley romana de las XII tablas y la ley de las “7 Partidas”, hasta no parar en la ciencia jurídica contemporánea. San Isidoro es un verdadero pontífice —que hace puente— entre lo más antiguo y lo más reciente de la cultura en general y del derecho, en particular.

A destacar la causa —eficiente, final, material, formal y ejemplar— de esa elevada síntesis jurídica de San Isidoro de Sevilla, objetivada en la reunión de las viejas leyes góticas y en las siempre nuevas leyes hispánicas, intenta dedicarse este trabajo. Pocos temas

como este, podrían despertar mayor interés a su autor, por razón de su doble licenciatura universitaria —en filosofía y en derecho— llamadas de suyo a patentizar tales causas.

Este esfuerzo invita al autor también —y espera que a los amables lectores— a venir más acá de los tiempos existenciales de este sevillano eruditísimo, al encuentro del pensamiento, por ejemplo, de Santo Tomás de Aquino, príncipe de los teólogos y ejemplo para los filósofos, o saberes de los iusfilósofos salmantinos —Suárez, Vitoria, Soto, Mariana, etc.— que llenaron todo un siglo de oro hispano con su sapiencia y su humanismo. Asomarse a las obras de tales pensadores y de tantos más que les son afines, es tanto como reencontrar —redivivo— a San Isidoro de Sevilla, multiplicado y aun mejorado por la agudeza del ingenio humano y cristiano. Y a culminar ese esfuerzo con la revitalización —nunca más necesaria que hoy— del derecho natural, que San Isidoro presentó cabal a la cultura de Occidente, para poder repetir en la candente actualidad, por ejemplo, contra los belicistas que ejercen un falso “derecho a la fuerza” —léase contra Irak— que lo único que de veras vale es la “fuerza del derecho”. Así lo exigen de consuno el derecho natural y su vástago, el derecho internacional.

Es muy debida una última palabra de afecto y de reconocimiento al “alma mater” del autor, en las disciplinas filosóficas; a la muy ameritada y respetable Universidad Iberoamericana, que auspició un curso sobre “cristianos, judíos y musulmanes: fundación de la cultura hispánica”, que el autor de esta monografía hubo de constreñir sólo a los primeros; a los primeros cristianos —católicos— en la alborada española, entre quienes descuella por méritos propios, el Doctor sevillano. Durante las sesiones semanales del curso, de febrero a mayo del año 2003, al frente de las cuales la catedrática, maestra en historia, María del Rosario Zardáin Galina, atendiendo a un grupo integrado por una docena aproximada de alumnos —poco importan las edades para tratar de aprender— asegura el autor de este trabajo, la custodia de recuerdos gratos en relación con repetidas experiencias universitarias vividas con su profesora y con sus compañeros condiscípulos, que son y serán siempre, ocasiones privilegiadas —como ésta— para ser libres por la Verdad: *veritas liberavit nos*.

II. SAN ISIDORO

1. Su vida

Época y familia. Esta última es hispano-romana y patricia. Quedó huérfano desde pequeño. Su padre fue Severiano, alto funcionario de la monarquía goda; éste prefirió expatriarse a Sevilla, antes que servir al emperador de Bizancio —Justiniano— que ocupó Cartagena (554). Su madre, de quien se ignora el nombre, fue arriana y luego conversa al catolicismo, en Sevilla. Sus hermanos fueron Leandro, Fulgencia y Florentina; ellos tres nacieron en Cartagena; en cambio, Isidoro nació ya en Sevilla, el año 560.

Formación. Los antecedentes inmediatos de la educación, antes de que naciera San Isidoro, son: el abad Victoriano fundó un monasterio en Asán, Huesca; San Donato el Servitano formó una notable biblioteca; y Liciniano, desde el monasterio de Levante, refutó el materialismo y con brillo demostró la inmortalidad del alma. Los extranjeros —especialmente griegos— se sumaron a este florecimiento cultural y fue en este ámbito en el que se formó la familia de San Isidoro.

Leandro. El hermano mayor de Isidoro fundó dos monasterios: uno para varones, del cual fue el primer abad y otro para mujeres, al frente del cual quedó su hermana Florentina, en calidad de abadesa. En el primero fundó una escuela, en la que se enseñaron el *Trivium* —gramática, retórica y dialéctica, o sea lógica, que equivalía a una introducción a la filosofía— y el *Quadrivium* —aritmética, geometría, música y astronomía— y además lenguas: griego y hebreo. Su régimen era severo, de piedad austera. A esta escuela ingresó Isidoro, a quien Leandro tuvo —según confesó él mismo en una de sus cartas— “verdaderamente como a un hijo, cuyo amor se antepone a todo lo terreno”. Isidoro demuestra ahí poseer un entendimiento ágil y una memoria superior; al concluir sus estudios, profesa como monje, a los 20 años de edad, en 580.

Ocurre entonces un suceso sobresaliente: el rey arriano Leovigildo envía a Bética a su hijo Hermenegildo y este príncipe llega a Sevilla, pero al mismo tiempo deja libre paso, con nobleza suya, a su hermano menor Recaredo, para suceder a su padre en el trono visigótico. Hermenegildo traba amistad con Leandro, abjura del arrianismo —antes que Recaredo— y para significar su conversión, Hermenegildo

toma el nombre de Juan. Su padre Leovigildo persigue a los cristianos de Bética —incluso a su propio hijo— y se produce el destierro del obispo Leandro. Isidoro entonces toma sus primeras armas en defensa de la fe católica —“sin miedo a la muerte” como le escribe a Leandro—, lleno de virtudes morales y de sabiduría y gana gran fama. Tiene ya 30 años y es el de 590. Hermenegildo —Juan— muere en prisión; su padre Leovigildo entiende por ello que no podrá imponer a España el arrianismo, por la fuerza de las armas. A los pocos meses, Recaredo —hijo y sucesor del arriano Leovigildo—, se transforma en católico y con ello el arrianismo decae en toda España. El arzobispo sevillano Leandro puede así repatriarse.

Abad. Contra los falsos monjes vagabundos y estafadores, Isidoro lanza la reforma monacal y traza una Regla, que es fruto de su espíritu ordenador. Dentro de su convento es un acérrimo bibliófilo y un asiduo estudioso; parte de la Regla es estudiar despacio y meditando lo leído. Su Regla es humanista: no hay castigos corporales para los monjes y las faltas graves se purgan con aislamiento respecto de los demás.

Para su escuela, prepara cuidadosos programas de estudio y escribe obras que sirven de textos a los escolares. El prestigio de esta escuela de Sevilla atrae y reúne por igual a patricios hispano-romanos; a príncipes godos y a clérigos ilustrados. Entre los alumnos de Isidoro, descuellan San Braulio —quien tendrá importancia capital en la formación y vigor del “Fuero Juzgo”—, San Ildefonso y los reyes godos Sisebuto y Sisesnando.

Obispo. Arzobispo y metropolitano de España: Leandro murió en 599. A sus 40 años, a partir de 600, San Isidoro fue su sucesor. En cuanto obispo, fue un gran predicador: a sus grandes dotes de cultura, añadía su porte grave e imponente. Puso especial empeño en la educación de sus seminaristas, “para formar clérigos instruidos y santos”, según su propósito expreso.

Es eminente legislador y brillante jurista: une con originalidad el derecho gótico —sobre todo consuetudinario— con lo mejor de la herencia cultural del derecho romano y todo lo ilumina con el derecho canónico.

En pocos años, se convierte en arzobispo y su influjo crece en toda la región bética. Convoca dos concilios sevillanos, ambos de apreciable contenido.

Es consejero de Recaredo, quien falleció en 601. Después de un fallido intento de volver al arrianismo por parte del usurpador del trono, Witerico, en 612 es coronado rey visigótico su exalumno Sisebuto, quien atrae cerca de sí —a Toledo— los consejos y la ciencia de su antiguo maestro. Isidoro orienta las relaciones Iglesia-Estado: su unión es lo mejor para la unidad nacional —piensa— pero tiene que refrenar los excesos del rey, metido a teólogo, quien —omnímodo— nombra a los obispos. Sisebuto murió en 621 y fue sucedido por Suintila, quien también fue hijo de Recaredo; pero por circunstancias históricamente difíciles de dilucidar, renuncia al trono a favor de Sisesnando, con quien Isidoro vuelve a ser consejero del rey, también exalumno suyo. A San Isidoro corresponde, “a partir del 625, asistir al hecho de que Constantinopla, dejara de desempeñar papel político alguno en la Península Ibérica”.⁴ En esta misma etapa, San Isidoro es elevado a la dignidad de metropolitano —arzobispo primado se dice hoy— de toda España.

San Isidoro aprovecha todas las circunstancias favorables antes descritas y en su calidad de sabio jurista, reúne y ordena las dispersas normas godas y esta tarea colosal es la base para que 20 años después, surja el “Fuero Juzgo”, con la colaboración de su exdiscípulo y gran amigo, San Braulio.

Habiendo acompañado a su hermano Leandro al III Concilio Toledano, San Isidoro obtiene uno de sus mayores éxitos con la celebración y conclusiones del IV Concilio de Toledo.

Todo lo anterior confluye en la vida y ánimo de San Isidoro, para despertarle un gran amor por España, a la que dijo en el prólogo de su *Historia de los reinos Godo, Suevo y Vándalo*: Eres “la más hermosa de todas las tierras y madre de muchos pueblos —acaso profetizando la extensa hispanidad americana de muchos siglos después—. Eres honra y prez de todo el orbe y la porción más ilustre del mundo. En tu suelo campa y florece con exhuberancia y gloria tu pueblo godo”.⁵ San Isidoro fue así el proto-español: “Sus elogios a España son las páginas más inspiradas de su obra”.⁶ “La excelencia de la patria hispánica y la virilidad de la nobleza gótica, que exaltó Isidoro

⁴ RUCQUOI, *op. cit.*, p. 42.

⁵ MINGUIJÓN, Salvador, *Historia del derecho español*, Labor, Barcelona, 1953.

⁶ QUILES, *op. cit.*, p. 13.

de Sevilla, no aludían a una diferenciación racial, sino a una reivindicación nacional, frente a los bizantinos”.⁷

Muerte. En la Navidad de 633, San Isidoro ha vuelto a su amado retiro monacal de Sevilla; en pública penitencia, dentro de la Basílica de San Vicente, hace su última confesión, llena de conmovedora humildad. El día 4 de abril de 636 falleció el metropolitano de España, cuyos restos fueron sepultados entre los de sus hermanos Leandro y Florentina, en la misma Basílica, con gran duelo del pueblo y expresivos testimonios de su valía, inscritos sobre la losa de su sepulcro.

2. Su obra

De la prolífica poligrafía de este eruditísimo escritor han venido hasta nuestro siglo XXI las muy extensas luces de sus obras, que son principalmente las siguientes: en materia histórica, su “*De ortu et obitu Patrum*”, que contiene las vidas de 85 padres vetero y neotestamentarios de la fe católica; el *Libro de los varones ilustres* y la *Historia de los reinos godo, suevo y vándalo* —ya citada— con la *Crónica de los visigodos*; en estas obras —conviene insistir— hace gala de su patriotismo gótico-hispánico, rescatando el espíritu de su cultura fusionada y el entusiasmo por su pueblo, que ha vencido a Bizancio y ha hecho temblar a Europa entera, en unión de los “bárbaros” de todas las otras estirpes. Sus *Etimologías*, que constituye su obra más trascendente. En filosofía, destacan *Sobre la naturaleza de las cosas*, verdadero tratado de cosmología o filosofía sobre la realidad física y las *Sentencias*, sede de su filosofía práctica: moral y política. En filología son notables sus “*Differentiae verborum et rerum*”, con ingredientes de filosofía epistemológica, que además es un verdadero diccionario enciclopédico, así como sus *Sinónimos*. En el derecho canónico se ha citado repetidamente su *Hispana Collectio*. El influjo de estas obras, verdaderamente comprensivas del saber íntegro de su tiempo, hacen que se extienda, a través de la Edad Media, hasta la actualidad. Por todo ello, San Isidoro es “la más grande figura cultural de la España visigótica y el mayor compilador de todas las épocas”. “Representa el traslado de la cultura romana a la nueva sociedad gótico-hispana”.⁸

⁷ RUCQUOI, *op. cit.*, p. 55.

⁸ OLIVEIRA MARTINS, J., *Historia de la civilización ibérica*, Ed. Mundo Latino, Madrid.

3. Su doctrina

San Isidoro —ya se dijo— fue un fecundo escritor, como aparece del ingente conjunto de sus manuscritos —redactados sin contar con las facilidades modernas— y sus obras nos lo revelan lo mismo como historiador acucioso que como científico cuidadoso y jurista muy talentoso; igualmente como filósofo —aunque no creador de un sistema de pensamiento sí un ilustradísimo transmisor de las filosofías antigua y patristica—, y como canonista y teólogo. Fue un diligente organizador de las cosas y de las ideas. Con el examen de sus escritos en tan variadas disciplinas, podría escribirse hoy un voluminoso tratado. San Isidoro “busca, recoge, condensa, clasifica, conserva y transmite, sistematizándolo todo; poniendo en esa ecúmene del saber, orden, claridad y precisión: un tesoro inmenso pasa por sus manos a la posteridad”.⁹

Aquí interesa sobre todo su recio carácter de jurista y de legislador. Descuellan a este respecto varios capítulos de sus profusas *Etimologías* referentes a las leyes, así como los capítulos finales de sus *Sentencias*. Este sabio sí es original tratándose de cuestiones jurídicas: su concepto de la ley obedece francamente a lo que hoy se llama “principio democrático de gobierno” que de ningún modo riñe con la forma monárquica del poder; San Isidoro, en efecto, define la ley, en los siguientes términos: “es la constitución que sancionaron los mayores experimentados, juntamente con el pueblo”.¹⁰ Este gran jurista es un pilar del jusnaturalismo, cuyo influjo perdura aún hoy en esta vertiente realista de la filosofía del derecho: éste se dice *ius*, enseña por ser *iustum*. Y dice: “El derecho natural es común a todas las naciones y lo que en todas partes se tiene por naturales instinto —y raciocinio—, no por alguna constitución, tales como: la unión de varón y mujer; tener hijos y educarlos; una sola libertad para todos; restituir lo prestado y lo depositado; rechazar la violencia”.¹¹ Un *ius*-filósofo mexicano de primera línea, en pleno siglo XX se hace eco de esta misma concepción y alcances del derecho natural, extendiéndose su pensamiento a gran parte de la hispanidad, a través de su

⁹ MINGUIJÓN, *op. cit.*

¹⁰ *Etimologías*, cap. X.

¹¹ *Idem*, cap. IV.

obra, adoptada merecidamente como libro de texto en múltiples universidades de Iberoamérica.¹² Estos principios del derecho natural y del régimen democrático, son subrayados además, por la propia pluma del Doctor sevillano: "Cuando los reyes son buenos —escribe— es don de Dios —ínsito en la humana naturaleza—; cuando son malos, la culpa es del pueblo, porque según los méritos del pueblo, se dispone la vida de los gobernantes".¹³

Por otra parte, la potestad civil debe sumisión a las leyes: "Obligan a los príncipes sus leyes y no pueden por sí mismos quebrantar las disposiciones que imponen a sus súbditos. Justa es, pues, la voz de su autoridad, si a sí misma no tolera lo que prohíbe a sus súbditos".¹⁴ En materia jurídico-política San Isidoro sigue claramente el dictamen ético fundamental de la propia conciencia moral, que parte del hábito denominado *sindéresis* y que postula doquiera: "Haz el bien y evita el mal", no como tiranía ética, sino por la sanción de derecho natural, que conlleva: "el que hace el bien se perfecciona necesariamente; en cambio el que hace el mal, por fuerza se degrada —aunque no quiera— y llega a ser peor que una bestia", como enseñó Aristóteles, filósofo por antonomasia. A su turno, San Isidoro dice así: "No es útil de primer intención toda insigne potestad, sino será verdaderamente útil, se aprovecha al bien de los súbditos. El poder es bueno cuando es dado por Dios para contener el mal, con el temor. Nada es más infeliz que creer tener facultad para obrar el mal".¹⁵ San Isidoro es, pues, una adalid del derecho natural, de la moral que debe animar a la política y de los principios democráticos.

III. LEYES GÓTICAS

Debe entenderse por ellas, las normas jurídicas positivas que sirvieron para regir relaciones entre vencedores —godos— y vencidos —romanos— primero separadamente y después en modo progresi-

¹² PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, Ed. Jus, México, 1960, cap. XVII.

¹³ *Sentencias*, cap. XLVIII, lib. III.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*.

vo a ambos pueblos simultáneamente. Las principales leyes góticas de que tiene noticia la historia del derecho español, son las siguientes.

1. *Edictum Theodorici* o *Leyes teodoricianas*

Son las más antiguas, consignadas por escrito, pero no forman un cuerpo legal.¹⁶ Fueron decretadas para el reino ostrogodo por Teodorico I el Grande, quien fue investido de poder por el emperador bizantino Zenón, príncipe de Oriente —Imperio romano-constantinopolitano—. Este pueblo "bárbaro" reconoció siempre a dicho imperio de Bizancio, el derecho exclusivo de dictarle leyes. Estas normas se recopilaron y se ordenaron en 154 breves capítulos, tal vez algunos de ellos tomados de la obra del jurisconsulto romano Ulpiano, *De officio proconsulis*. Contiene paráfrasis libres y ediciones del mismo Teodorico y de su sobrino el rey Atalarico, su sucesor.¹⁷

2. Código de Eurico

Hacia 475 aparece este cuerpo de leyes dividido en párrafos numerados. Revela la mutua influencia de ambos derechos —romano y godos— con cierta influencia helenística. Es la ley más antigua de los visigodos e influyó en la *lex barbariorum* compilada por el abad Eberswindo.¹⁸ Desprendida de este Código, en 546 se expide la Ley de Teudis, que trata de las costas en juicio y es la primera que rige para ambos por igual —romanos y godos— y por esta vía, se incorporaría luego al Breviario de Alarico. El Código de Leovigildo es una serie de reformas al de Eurico, mediante correcciones, adiciones y supresiones hechas con criterios de igualdad para ambas culturas, pero de signo contrario a los cristianos.¹⁹

¹⁶ MINGUIJÓN, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷ *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Voz: Leyes romano-bárbaras, t. XVIII, pp. 399-400; Voz: Fueros españoles, t. XII, pp. 899 y ss.; Voz: Código de Alarico, t. III, pp. 139-140.

¹⁸ MINGUIJÓN, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁹ *Idem*, pp. 47-48.

3. Breviario de Alarico o *Lex romana visigothorum* o *Breviario de Aniano* o *Liber legum* o *liber legis*

Con todas estas denominaciones se conoce este fruto del trabajo conjunto de una comisión de notables juristas, encabezada por Goyarico y Timoteo. Débese a la iniciativa del rey visigodo Alarico II y es la más importante y completa de las leyes visigóticas y al mismo tiempo es la *lex romana* del Este de Europa, hasta que entró en vigor el "Fuero Juzgo". Este breviario es propiamente una *lex barbara visigothorum* anterior a Alarico, uno de cuyos nombres alternativos se debe a Aniano, quien firmó los ejemplares de esta ley los remitió a los condes del reino. Este Código se divide en dos partes, con 12 libros; la primera parte se dedica a las *leyes* y la segunda al *ius*. Esta última recoge enseñanzas del derecho romano, contenido en las *Sentencias* de Paulo, las *Institutas* de Gayo y las *Respuestas* de Papiniano, además de algunos elementos canónicos tomados de los Códigos Hermogeniano y Gregoriano. Las *leges* de la primera parte contienen una serie de notas y paráfrasis, llamadas *interpretatio*, que adolecen de errores y contradicciones. Se caracterizan estas notas de *interpretatio*, porque parecen ser obra de los mismos codificadores e indicio de adaptaciones al lugar y la época de su vigencia. Es mezcla también de fuentes jurídicas orientales y occidentales, pero utilísima por la riqueza de los materiales que contiene; es la compilación más significativa del derecho romano de Occidente, salvada su distancia respecto del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

Este breviario puede considerarse como legislación de transición entre la cultura hispano-gótica arriana y la cultura de la hispanidad católica; incluso, en algún momento de su vigencia, una de sus versiones fue sometida a la aprobación del concilio episcopal católico en Aire, Gascuña, el año de 506.

IV. LEYES HISPÁNICAS

1. Adhesión al catolicismo

Las leyes propiamente godas —Edicto de Teodorico, Código de Eurico y Breviario de Aniano— a las que se acaba de aludir, son frutos de los reinados ostrogodos y visigodos, influidos grandemente —salvo al fi-

nal— por la herejía arriana, enseñada por el sacerdote Arrio en la Alejandría del siglo IV, que niega la divinidad de Jesucristo, de quien sostenía ser una creatura intermedia entre Dios y los hombres, herejía que había sido condenada desde el Concilio Ecuménico de Nicea desde el año 325, pero que siguió difundiendo hasta mucho después. San Atanasio fue el yunque contra los arrianos, al proponer al concilio niceno, la expresión "consustancial", que indica la identidad de sustancia y la naturaleza entre el Padre y el Hijo —las dos primeras Personas de la Trinidad indivisa del único Dios—; fórmula que fue adoptada por el concilio para reafirmar la verdad sobre la divinidad del Verbo encarnado —verdadero Dios y verdadero hombre—.

Ya se dijo que primero Hermenegildo en Sevilla y luego Recaredo en otro lugar de la península ibérica —muy probablemente Toledo— abjuraron de esa herejía arriana, para abrazar con los suyos —sus familias, sus nobles y sus pueblos— la fe católica. A partir de dichas conversiones, las leyes inspiradas en el derecho romano, pero fundidas con el acervo de costumbres góticas y sobre-elevadas por las inspiraciones del derecho canónico, establecido por la Iglesia Católica en España, no sólo dieron un carácter nuevo y un contenido mejor a las normas jurídicas, que comenzaron entonces a tener un signo nacional español, sino que además reforzaron la adhesión de todos —romanos y godos por igual— a una misma fe católica, que es desde entonces un sello de identidad y un timbre de unidad, para la España de todos los tiempos posteriores.

2. Concilios

Son asambleas de determinadas personas del clero convocadas para dialogar o en su caso discutir y para legislar en materias de fe y de costumbres.

Los concilios pueden ser: 1. Ecuménicos o universales, que preside el Papa. 2. Plenarios, de varias provincias eclesiásticas. 3. Provinciales, bajo la presidencia del arzobispo, celebrado por varias diócesis. 4. Diocesanos, que reúnen a los clérigos de una sola diócesis, encabezados por su obispo.²⁰

²⁰ *Enciclopedia de referencia católica*. Voz: Arrianismo, vol. I; Voz: Concilio Eclesiástico, vol. II, Casa de la Biblia Católica, Madrid, 1962.

“En la teocracia visigótica, el rey dispuso, en la práctica, del nombramiento de los obispos, en uso de la *regalis potestas*”.²¹ Los obispos no nombrados por el rey, sino por las autoridades eclesiásticas —especialmente el metropolitano— y los concilios, a su vez, legitimaron a los monarcas: es la alianza entre poderes eclesiástico y civil, para mutuo auxilio y simultáneamente para el respeto mutuo de sus diversas funciones y jurisdicciones; cumplieron, pues, el difícil apotegma de la unidad —no sin fallas humanas—: “distinguir para unir”, a que se refiere la filosofía tradicional.²² “Yerra, no obstante, quien suponga que los concilios son origen de las modernas instituciones parlamentarias, aunque no dejaban de influir en la autoridad de los monarcas. En los concilios, el poder de la monarquía era dirigido e ilustrado por la cultura superior del clero; de aquí provienen la calidad de la administración y el alto valor de las leyes en la España visigótica”.²³

A. De Sevilla

Primero en cuanto arzobispo sevillano, San Isidoro reunió en concilios provinciales, a los obispos y clérigos de toda la región de su arquidiócesis. Los dos concilios así celebrados, cobran importancia histórica, pues por primera vez en ellos se admitió y aun se promovió la presencia de algunos laicos calificados, en especial los significativos para una recta relación Iglesia-Estado, muy estrechamente unidos, pero no confundidos a la luz del derecho. Estos concilios se adelantaron así al último ecuménico —Vaticano II— de la Iglesia universal. En efecto, a los concilios sevillanos, San Isidoro convocó por primera vez en la historia de la Iglesia, a un gobernador secular y a uno de los hijos del rey católico Recaredo, así como a otros distinguidos civiles.

B. De Toledo

En el año 587, Isidoro acompañó a su hermano mayor, Leandro, arzobispo de Sevilla, a esa apoteosis de la fe católica en España, que se

²¹ RUCQUOI, *op. cit.*, p. 49.

²² MARITAIN, Jacques. *Les degrés du savoir: distinguer pour unir. Desclée de Brouwer*. 6a. ed., Imprimerie Sain-Augustin, 1959.

²³ MINGUIJÓN, *op. cit.*

inició con el III Concilio Toledano, en el que el rey Recaredo abjuró solemnemente de la herejía arriana, e inauguró así la unidad social de su pueblo, sobre la base del catolicismo y de su personal compromiso de defender esta misma fe. Este “gran concilio plenario de la Hispania visigótica, reunió en Toledo, bajo el amparo del rey Recaredo y del obispo Leandro de Sevilla, a todos los mitrados de España y de las Galias”. “A partir de entonces gobernantes y gobernados participaron de la misma fe católica”.²⁴

En 633, San Isidoro vio culminar su obra conciliar: en su calidad de metropolitano de España, conoció, presidió e iluminó al Concilio Plenario IV Toledano. Éste define la legislación civil y distingue los poderes eclesiástico y monárquico, devolviendo al primero la potestad de elegir obispos, con la intervención de clérigos, así como con el asentimiento del primado metropolitano y unifica, en fin, el culto litúrgico católico. Este IV Concilio de Toledo instauró la unción regia como fundamento del poder monárquico, ya que el rey debía obrar como cristiano: *Rex eris si recte facias; si non facias, non eris*.²⁵ “La realeza se fundó en la noción de un *ministerium Dei*: un ‘vicariato’ —más bien un servicio ministerial— en el nombre de Dios”.²⁶

El VIII Concilio Plenario de España Entera, reunido en Toledo por San Braulio —joven amigo y antiguo discípulo de San Isidoro— en el año de 654, es decir, casi dos decenios después del deceso del propio San Isidoro —su capital inspirador—, contó con la presencia de monarcas visigodos reinantes —entre ellos Recesvinto— y que además de atender a su oficio eclesiástico en materias disciplinarias, canónica y litúrgica, pasa a la historia por haber aprobado y expedido el célebre cuerpo de leyes netamente hispánico —romano-godo— y de expresión unitiva de los católicos y a que se contrae el inciso siguiente.

3. Fuero Juzgo o Forum Judicum o Liber Judiciorum

Se conoce con estos nombres —el primero hispano y los dos últimos latinos— al cuerpo legal surgido a mediados del siglo VII del

²⁴ RUCQUOI, *op. cit.*, p. 41.

²⁵ *Idem*, p. 46.

²⁶ *Ibidem*, p. 56.

Concilio Plenario Hispánico de Toledo VIII, cuyas conclusiones fueron sancionadas por los reyes visigodos Chindiasvinto y Recesvinto, originalmente en latín y luego traducido al “español” primitivo o lengua romance, es decir, una traducción destinada a los primeros “españoles”.

Débase el Fuero Juzgo, en su mayor parte, a la colección de leyes visigóticas que realizó el obispo zaragozano San Braulio, siguiendo las enseñanzas de su maestro, San Isidoro.

Se trata de una ley común —plenamente— para hispano-visigodos y para hispano-romanos, todos católicos. Ervigio lo reformó en sentido antisemítico —después progresivo— de que carecía a su inicio: se condenaban los errores hebraicos, pero no se perseguían las personas de los judíos. Representa una transacción entre el rigorismo del derecho gótico, siguiendo principios de sentido común del derecho natural y de humanismo cristiano del derecho canónico.²⁷

Este *Forum Judicum* se distinguió del *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, en la sumisión del monarca a las *Leges pro gens et patria* —a favor del pueblo y de la patria—: es, pues, una monarquía moderada temprana, que contrasta con el absolutismo que le fue contemporáneo, en otras latitudes.²⁸ Su alta calidad jurídica —para muestra basta un botón— consta, entre muchas más, de esta cita textual: “La ley es mensajera de la Justicia y soberana de la vida; rige las condiciones y las edades; se impone a hombres y mujeres; a mozos y a viejos; a sabios e ignorantes; a ciudadanos y campesinos; no prefiere ningún interés particular, porque protege y defiende el interés común de todos”.²⁹ La veraz filosofía del derecho no describiría mejor las notas de justa generalidad y universalidad de las normas jurídicas.

Durante la vigencia del Fuero Juzgo, un notario cordobés formuló 46 modelos de escrituras y otros documentos, con gran sentido práctico, denominadas “Fórmulas visigóticas”, mezcla de dichos derechos; fueron descubiertas hasta el siglo XVI en la catedral de Oviedo, por Ambrosio de Morales.³⁰ Acreditan su aplicación cotidiana.

²⁷ Ormeba.

²⁸ Véase RUCQUOI, *op. cit.*, p. 47.

²⁹ Cit. por OLIVEIRA.

³⁰ MINGUIJÓN, *op. cit.*, p. 51.

V. SÍNTESIS DEL DERECHO OBJETIVO GÓTICO-HISPÁNICO

Para la exposición de este capítulo, en el presente trabajo se sigue un orden derivado de la enciclopedia jurídica actual, en cuanto separa las diversas especies, ramas o ciencias del derecho objetivo —entendiéndose por éste el conjunto normativo jurídico—, en contraposición con los derechos subjetivos —facultades o atribuciones pertenecientes a los sujetos del orden legal, contrapuestos a los deberes legales de las personas—,³¹ de la siguiente manera.

1. Estructura política

“Al principio, los visigodos, fueron gobernados por jueces y reyes, teniendo los primeros un poder mayor que los segundos. La importancia de la función judicial entre los visigodos queda atestiguada por las leyes góticas”, en especial por este Fuero Juzgo antes referido que, cuando menos en su viva intención legislativa, aspiró al más perfecto de todos los regímenes políticos que, de acuerdo con el pensamiento aristotélico, es “el gobierno de jueces”.

En la España de sus principios, existe ciertamente conciencia de los deberes del mando, gracias a las obras de los teólogos-juristas, en especial, de San Isidoro. Domina la idea de que el rey y la potestad pública son para beneficio del pueblo: “No rige sus Estados piadosamente el que no corrige con misericordia; el que no obra rectamente —con *sindéresis*— y no se mantiene benigno. Pero se pierde miserablemente obrando mal”.³² Esto deriva claramente de los primeros principios de la razón práctica, universales e innatos, que dicen: “Haz el bien; evita el mal”, para perfección-degradación de la persona humana misma, respectivamente: es una lección de filosofía moral.

San Isidoro, en sus *Sentencias*, dice: “Dios dio a los príncipes la autoridad para regir a los pueblos, *nec dominando premere, sed descendendo consulere*”. El canon 75 del Concilio IV de Toledo condena el despotismo, así: “Contra los reyes futuros, promulgamos que si alguno de ellos, obrando contra la reverencia debida a las leyes, con

³¹ En la exposición de este capítulo —salvo indicación en contrario— se sigue el orden establecido por MINGUIJÓN, *op. cit.*

³² MINGUIJÓN, *ad littera*, p. 52: preámbulo del Fuero Juzgo.

soberbia dominación... ejerciere una potestad crudelísima por maldad por ambición, sea anatema; sufra la separación —excomunió— por haber obrado mal y empleado el poder en daño del pueblo”.

Las cualidades de las normas jurídico-políticas deben ser, según San Isidoro, éstas: “La ley ha de ser honesta, justa, conforme a la naturaleza y a la costumbre patria, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria o útil, manifiesta para que no contenga nada que sea capcioso —clara— y dada para utilidad —bien— común de los ciudadanos”... ¡oh, si nuestras leyes —las mexicanas sobre todo— tuvieran tales cualidades, ahora! Una definición de la ley según el escritor sevillano es: “constitución del pueblo, según la que los mayores por su nacimiento, junto con la *plebs* —ciudadanos comunes— han establecido algo”. Definición que no tiene desperdicio lógico, como no tenía desperdicio sociopolítico, su generación democrática y el aprovechamiento de la amplia experiencia de la senectud. Según el libro I del Fuero Juzgo, el fin de la ley es “refrenar la maldad de los hombres, para que los buenos vivan con seguridad entre los malos” y todos debemos ser iguales ante la ley.

Monarquía. Desde Alarico I los reyes visigodos provienen de los legendarios orígenes semidivinos; pero extinguida la sucesión de Amalrico, varios más aspiraron al trono, ayunos de tales orígenes. No hubo ley de sucesión, sino sólo la ley del más fuerte y los nobles, más aún que los reyes, originaron inestabilidades políticas. A partir de las conversiones de Hermenegildo y de Recaredo —ambos hijos del arriano rey godo Leovigildo— la autoridad real se robustece y disminuyen las rebeliones, casi siempre encabezadas antes por aristócratas. Los concilios limitaron además el poder real, en casos concretos: los reyes no pueden juzgar solos las causas capitales; por ejemplo, el Concilio IV de Toledo establece que “muerto el rey, la asamblea de obispos y de nobles, elijan a su sucesor”: se trata de una monarquía electiva y adopta el tipo romano, llegando a gran esplendor desde Leovigildo.

Senado. Una especie de *Senatus*, la junta de *seniores* o caudillos ancianos y experimentados. Al que sucedió el *Aura regia*, ejerció en ciertos tiempos, el verdadero poder, mayor que el del rey. Los dignatarios de la corte fueron, entre otros: *Comes* —conde—, *thesaurorum*, tesorero del erario público, *comes spathiorum* —jefe de la guardia—

y otros.³³ Tales funcionarios eran designados por el rey, con la aquiescencia del Aula. No había representación directa del pueblo, porque no era un régimen materialmente democrático.

Los reyes podían por sí solos promulgar leyes, pero procuraron contar con el apoyo del Aula y sobre todo de los concilios; éstos fueron para la realeza no sólo un sostén, sino también, por otro lado, un freno moral, social y religioso. Además, los concilios no sólo decretaron leyes eclesiásticas, sino también civiles, que los reyes confirmaron. Se trata, pues, cabe insistir, de una monarquía moderada, no absoluta.

Administración. Ésta, en el reino, se refirió a las provincias gobernadas cada una por un *dux* —duque— y a las ciudades, cada una regida por *comes* —conde—. Estos gobernantes contaron con atribuciones castrenses, fiscales, administrativas y judiciales. En materia fiscal, se distingue con claridad progresiva los patrimonios del Estado, de la corona y del rey en lo particular. Los *servi fiscales* o procuradores, bajo la autoridad de los *tabularii* y de los *numerarii*, dirigían la recaudación y la explotación del erario. Las tierras pagaban el impuesto del *capitatio* o *tributum*, gravamen predial y de cada persona, su personal *capitatio*, análogo al impuesto sobre la renta de hoy. La recaudación se hacía en público, lo que garantizó su mayor autenticidad.

Milicia. En cuestiones castrenses, el rey mismo era el jefe supremo del ejército. Había una jerarquía de orden decimal descendente, de estilo romano: mil hombres eran comandados por el “tiufado”; 500 por el “degentario”; 100 por el “centenario” y 10 por el “decano” aunque de modo menos rígido y exacto que en Roma.

Municipio. Subsiste como institución pública, a cuya cabeza figuran el curador público y el defensor de la ciudad. La curia municipal quedó dotada de jurisdicción voluntaria; en cierto tiempo, decayeron las obras públicas y se aligeraron las cargas provinciales sobre los municipios; en las zonas rurales de los mismos, existieron los *conventus publicus vicinorum*, con jurisdicción en situaciones de amojonamiento y deslinde de predios; de policía de ganados; de frutos silvícolas y de siervos fugitivos.³⁴

³³ *Idem*, p. 54.

³⁴ *Ibidem*, p. 56.

2. Estructura social

Los visigodos primigenios pretendían tener cierta nobleza de sangre, que luego se sustituyó por la posesión extensa de tierras; por el poderío o por los cargos públicos y la asistencia de civiles a los concilios. Los miembros de las Juntas de *Seniores* o del *Aula regia* fueron también nobles, *ex officio*. Sin embargo, privó la igualdad ante la ley, e incluso las normas penales debieron aplicarse a nobles y plebeyos, a todos por igual.

Existió una variedad de clases sociales: 1. Los bucelarios fueron hombres libres, patrocinados por otros más poderosos; éstos daban a los primeros, tierras, armas, caballos, defensa y amparo; a su vez, un bucelario acompañó a su patrón obligatoriamente en la guerra y las hijas del bucelario fallecido quedaban bajo la potestad del patrón, quien podía casarlas con varones de su misma condición. 2. Los libertos o manumitidos de la esclavitud, por los que se pagó la mitad de lo que se pagaba por los ingenuos y que sólo pudieron testificar en juicio, a falta de éstos. 3. Los siervos de la gleba, adscritos, desde el final del imperio romano, perpetua y hereditariamente a la tierra; pudieron ser propietarios y pagaron en tal condición el diezmo de sus frutos y otras prestaciones; pudieron adquirir tierras pero no enajenarlas. 4. Los siervos personales, que cumplieron penas por delitos o por insolvencia; entre los visigodos la libertad podía enajenarse; estos siervos no podían vender los elementos de su peculio y si eran víctimas de delitos, la indemnización era para sus dueños, quienes no podían darles muerte, sino en defensa legítima, pero sí flagelarlos, lo que equivalió a "media muerte". Todas estas servidumbres fueron claramente, expresiones de esclavitud suavizada. 5. Los ingenuos, son los hombres en la mejor condición sociojurídica, plenamente libres capaces de contratar y de obligarse por sí mismos.

En materia socioeconómica es notable el régimen de las tierras que, al ser ocupadas, pertenecen en 2/3 de su extensión a los visigodos, quedando el tercio restante para los romanos de la Hispania.

3. Derecho privado

A diferencia del derecho público, que rige relaciones entre gobernantes y gobernados, el derecho privado rige las relaciones de los particu-

lares entre sí; aunque esta distinción tiene alcances preferentemente didácticos en la enseñanza del derecho, suele emplearse a menudo por los tratadistas. El derecho privado consta de dos ramas, a saber.

A. Civil

Personas. La capacidad de ejercicio —para testar o contratar— se adquiere a los 14 años. Los huérfanos de padre, menores, serán pupilos y la viuda ejercerá la tutela, pero si pasa a segundas nupcias, el hermano mayor de 20 años debe encargarse de la tutela de los hermanos menores, cuidando sus personas y sus bienes, sin poder consumirlos ni enajenarlos, percibiendo una décima parte de sus frutos. Es probable que de esta preferencia legal hacia el hijo mayor, surgiera luego la institución del mayorazgo. Este tipo de tutela —sublimado en la caridad fraterna— fue el ejercido por Leandro sobre su hermano menor, San Isidoro. En defecto del hermano mayor de 20 años, se llamó a ejercer la tutela al tío paterno o al primo hermano y a falta de ellos, a quien fuese electo por los parientes cercanos. Todo tutor debía hacer inventario del patrimonio de su pupilo. Los godos no admitieron la tutela testamentaria. La patria potestad corresponde conjunta y simultáneamente a ambos padres, pero no es absoluta y son absolutamente nulos los actos de vender, donar o dar en prenda a los hijos y el co-contratante pierde lo que haya dado por ellos.

Cosas. La propiedad privada está sujeta a limitación. En prados particulares —huertos, mieses, viñedos— fue prohibición legal dejar pastar al ganado. Los predios baldíos son aprovechables en común por los huéspedes —hispanos— y los cosortes —godos—.

El término para la prescripción adquisitiva es ordinariamente de 30 años, pero puede elevarse a 50, en casos de división de predios entre godos e hispanos y godos, o en los supuestos de siervos fugitivos, para poder alcanzar su libertad.³⁵

Sucesiones. El régimen hereditario puede ser testamentario o legítimo. El testamento puede ser escrito u oral, pero está sujeto a la *publicatio*, un registro que debe verificarse ante autoridad religiosa o judicial; cuando es escrito, el testamento debe asumir la forma ológrafa, o sea, del puño y letra del testador. Si no hay testamento, se abre la

³⁵ *Ibidem*, pp. 60 y ss.

sucesión intestada o legítima; en tal caso, existieron estas reglas: las hijas heredan igual porción que los hijos —y no se requirió ningún movimiento feminista para lograrlo—; a falta de hijos, heredan los demás descendientes —nietos, bisnietos—; a falta de ellos, la ley llama a los padres del *de cuius* o autor de la herencia; y a falta de ascendientes o descendientes, heredan los parientes colaterales. La viuda recibe en herencia una parte igual a la de un hijo, pero sólo en usufructo, debiendo pasar a sus descendientes del primer marido en caso de segundas nupcias o si ella fallece. Los cónyuges heredan recíprocamente, pero sólo a falta de parientes hasta el 6o. grado.

Contratos. Entre los visigodos, el matrimonio es un contrato remuneratorio. Es impedimento para contraerlo el parentesco hasta donde se conozca; después se limitó al 6o. grado. Los responsables se analogan al matrimonio, a tal punto que el adulterio se puede cometer por infidelidad a la unión esponsalicia; no obstante, ésta puede disolverse por mutuo consentimiento. La libertad de la mujer se respeta para contraer esponsales, matrimonio o segundas nupcias en estado de viudez: así lo dispuso el canon 10 del Concilio III de Toledo.³⁶ La dote para los bienes en el matrimonio fue aportada por el marido obligatoriamente: *Ne sine dote coniucium fiat*: ésta, debe equivaler a la mitad del patrimonio del marido, aunque después de Chindiasvinto se redujo a una décima parte. La esposa sólo puede disponer de un cuarto de la dote, pues debe reservar los tres cuartos restantes a los hijos.

En materia de convenios, se requiere expresar la libre voluntad y expreso consentimiento, de modo que los contratos celebrados por la fuerza o con miedo, son absolutamente nulos. Se regulan contratos tales como compraventa, donación, arrendamiento, comodato, depósito y prenda; algunos de ellos deben constar por escrito, respaldado por dos testigos, por ejemplo, la donación; ésta puede ser *inter vivos* o *mortis causa*. Los intereses del mutuo no pueden exceder del 12.5% anual. El comodatario que salva las cosas que le fueron prestadas, tiene derecho a una indemnización parcial. Si el depositario es víctima de robo, se le da un plazo —se ignora cuál— para perseguir al ladrón y recuperar lo robado, pero si no lo logra, aun interviniendo autoridad, sólo cubrirá al depositante el 50% de la cosa robada.

³⁶ *Ibidem*, p. 61.

B. Mercantil

De esta materia, existieron sólo gérmenes, dado el estado embrionario del comercio; no obstante, se regularon aspectos del más antiguo derecho marítimo, como la *lex rhodia de iactu* —procedente de Grecia— y la *pecunia traiecitia* o préstamo para la aventura de mar. San Isidoro cita entre objetos propios del comercio marítimo, varios “tejidos exóticos”. Subsisten, procedentes del derecho de Roma, los *numularii* y los *argentarii*, o cambistas de moneda y responsables de primitivas operaciones bancarias. Existen otras ramas del derecho público.

4. Derecho penal

La ley visigoda pone de relieve —antes que muchas otras— el elemento subjetivo de los delitos, o sea, la intención, pues nadie debe responder por hechos ajenos, sino sólo por los propios actos deliberados. El homicidio culposo —por imprudencia— se castiga con 50 azotes y una libra de oro para reparación del daño en pro de los deudos. Es más grave el delito del autor intelectual, que el del ejecutor material. La defensa propia es eximente de responsabilidad. Las penas tienen como fines la intimidación y la ejemplaridad para potenciales delincuentes, así como la defensa de la sociedad. Se desecha la venganza privada. Las penas pecuniarias y las de azotes son muy frecuentes, e incluyen en algunos casos, nota de infamia e inhabilitación para testificar. La pena de destierro tiene carácter perpetuo y en algunos casos se aplica la ley del talión. San Isidoro, en sus *Sentencias*, justifica, con base en la clemencia, el indulto. El Fuero Juzgo regula el derecho de asilo: quien lo ejerce en un templo no puede ser expelido por la fuerza, a menos que use sus armas; al asilado no se le puede imponer pena de muerte, sino se le debe conmutar por otra.

5. Derecho procesal

De acuerdo con el *Liber Judiciorum* son jueces, además del rey, los duques, condes, los defensores de las ciudades y el *pacis adsertor*, nombrado por el rey para poner paz entre contendientes en pleitos específicos —especie de amistoso componedor—. Los jueces no

pueden actuar solos en materia criminal grave, en la que deben estar acompañados al menos por otro. También son jueces los obispos —aun en algunas materias seculares— y las curias municipales.

Los procesos se inician a instancia del demandante; se cita al demandado mediante carta sellada —*epistolam et sigillum*—, quien responde; se presentan pruebas por ambas partes, que son las testimoniales y las documentales, dándoseles mayor crédito a éstas. Si las pruebas no son suficientes para que el juez conozca la verdad, absuelve al demandado y multa al demandante con cinco sueldos.

El proceso criminal se sigue generalmente por acusación, pero hay algunos delitos graves que se persiguen de oficio, como el homicidio y la falsificación de moneda. Se aplica el tormento para investigar su servidumbre. El desafío y el duelo están prohibidos, lo mismo que las “ordalías” o “juicios de Dios” que dejando realmente al azar la culpabilidad o inocencia de los acusados, son verdaderas supersticiones.

6. Derecho canónico

A partir de la conversión de los reyes visigodos, del arrianismo al catolicismo, el pueblo vio por los ojos de la fe, a la Iglesia, como una comunidad de vida sobrenatural fundada por Jesucristo, su divino Maestro. Desde que Hermenegildo y Recaredo abjuraron del arrianismo, sus esposas, la mayoría de los nobles y aun algunos obispos arrianos, ingresaron a la Iglesia Católica, cuya legislación compuesta en cánones —de ahí el nombre de Canónica— determinó el desarrollo de normas jurídicas comunes a los reinos y a la propia Iglesia.

De la era visigótica se conservan cinco colecciones de cánones: el Epítome hispánico, la corrección del manuscrito de Novara, los *Capitula Martini*, la *Hispana Sistemática* y, sobre todo, la *Collectio Hispana* —debida a San Isidoro de Sevilla— “compuesta de cánones africanos y godos, a los que se habían añadido decretales papales y cánones de los concilios españoles; esta última fue concebida como obra de jurisprudencia —ciencia del derecho— eclesiástica, con un índice analítico y se difundió ampliamente...³⁷ Especialmente significativa para el derecho canónico, esta colección se usó por compila-

³⁷ RUCQUOI, *op. cit.*, p. 47.

dores posteriores. En estas raíces encuentra la fe cristiana, uno de sus más notables signos de la unidad histórica de España como nación.

VI. CONCLUSIONES

I. San Isidoro —Padre y Doctor de la Iglesia Católica de Occidente— con su vida, su obra y su doctrina, es el puente cultural más notable entre la antigüedad clásica grecorromana y la temprana Edad Media y a través de ésta, influye en la cultura occidental y cristiana de todos los tiempos, incluso hasta hoy día.

II. La vasta erudición de San Isidoro es de recalcar, sobre todo para su tiempo y sus circunstancias: trata de todas las disciplinas, hasta entonces conocidas en su entorno, a saber, filosofía, historia, gnoseología filológica, cosmología, ciencias y artes, etc. Se trata de un sabio universal de su tiempo.

III. En este breve estudio, interesa sobre todo su jurisprudencia o ciencia jurídica, en la que San Isidoro se muestra prudente canonista; jurista original e inspirado legislador; su dominio del derecho se extiende hasta las realidades políticas de la sociedad en que vivió y a partir de las cuales estudia y aconseja con excepcional acierto.

IV. Bien merece San Isidoro, en especial, la calificación de “Padre de la legislación española”, pues conoció como nadie las leyes góticas e inspiró como nadie —incluso con su patriotismo acendrado y su catolicismo recio y unitivo— las primeras leyes hispánicas.

V. Gran parte de los elementos del derecho objetivo ínsito en las leyes gótico-hispánicas, para cuyo conocimiento, difusión y promulgación, resultó decisiva la obra de San Isidoro de Sevilla, subsisten en las legislaciones de toda la Edad Media en la Península Ibérica y en sus tierras descubiertas de América y aun alcanza a las leyes vigentes todavía en este siglo XXI, aguardando —serenas y seguras— su prolongación al decurso del nuevo tercer milenio de la cultura cristiana.

LA LEY MEXICANA PARA REGULAR LAS AGRUPACIONES FINANCIERAS

Xavier GINEBRA Y SERRABOU

SUMARIO: I. Los grupos de sociedades. 1. La problemática que plantea la personalidad jurídica en un grupo de sociedades. 2. La personalidad jurídica entre sociedad madre y sociedad filial. A. El problema de la unidad jurídica. B. Relaciones contractuales entre ambas sociedades. C. La comunicación de responsabilidad en general entre sociedad madre y sociedad filial. D. El problema de la comunicación de responsabilidad entre sociedad dominante y sociedad dominada en derecho mexicano. E. Clasificación de los grupos de sociedades. II. La tendencia a la banca universal y a los grupos financieros en México. 1. Las experiencias del extranjero. 2. La ley mexicana para regular las agrupaciones financieras. A. Los grupos financieros. B. Incorporación de una sociedad a un grupo ya constituido. C. Facultades de las entidades financieras que formen parte de un grupo. D. Prohibiciones y limitaciones de adquisición de acciones entre las entidades financieras integrantes del Grupo. E. De la sociedad controladora. Acciones que emita. F. Prohibiciones y limitaciones de adquisición de acciones entre las entidades financieras del grupo y límites a la tenencia de acciones de un grupo financiero y efectividad del control sobre estos límites. G. Naturaleza de la controladora y operaciones autorizadas a la controladora y a sus socios. H. La administración de la sociedad controladora. I. La responsabilidad de la controladora por deudas de las subsidiarias y el convenio de responsabilidades. J. Otros problemas en relación a la responsabilidad de la controladora. K. Las entidades financieras del exterior. III. Conclusiones.

I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

La expresión grupos de sociedades puede tener dos sentidos, uno amplio y otro estricto. El primero se refiere a una concentración de sociedades que se encuentran unidas en función de un objetivo unido

a todas ellas, y entre las cuales existen relaciones de capital cruzadas que permiten obtener el control de éstas y orientarlas hacia la consecución del grupo. En sentido estricto, el grupo de sociedades es el conjunto de empresas en el cual una sociedad ejerce sobre otras el control de ellas, e impone las directrices a las que se va a someter la gestión social de las sociedades dominadas.

Cabe aclarar que la expresión grupo de sociedades en sentido lato o amplio, comprende el concepto de sociedad de sociedades, que también es un conjunto de ellas que a través de inversiones cruzadas de capital forman una unidad y logran una coordinación en el desarrollo de sus actividades, determinando conjuntamente los lineamientos conforme a los cuales se rige la gestión social.¹

En el presente artículo nos referiremos al grupo de sociedades en sentido estricto.

Los grupos de sociedades han sido el resultado del fenómeno económico de la producción de bienes, lo cual provoca la especialización de las sociedades, las que se unen para asegurarse el abastecimiento de los bienes y servicios necesarios para su operación.

Debe señalarse que en el grupo de sociedades, cada una de las sociedades, jurídicamente mantiene su autonomía e independencia frente a las otras, es decir, conserva individualmente su propia personalidad y sus órganos son formalmente autónomos y deben integrarse de acuerdo con sus propios estatutos (Ledesma Uribe). Sin embargo, hay que reconocer que en la práctica su voluntad es la voluntad de la sociedad matriz y sus órganos son los designados por los accionistas de la sociedad matriz.

Así, dentro de los grupos de sociedades en sentido amplio, encontramos los siguientes elementos:

1. Una pluralidad de personas morales (sociedades) las cuales se encuentran sujetas a un mismo centro de decisiones, bien que este centro se dé dentro de una sociedad madre o controladora, y entonces se estará en presencia de sociedades controladas o filiales, o bien, que resida en un grupo de interés, y que las sociedades se mantengan en un mismo plano.

¹ LEDESMA URIBE, Bernardo, Los grupos de sociedades, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., Porrúa, México, 1987, p. 1550.

2. Poder único de dirección, que se da en el centro que adopta las decisiones para todas las sociedades que forman el grupo. Las características que debe tener este elemento, o sea, el poder de dirección, son los siguientes:
 - a) Que sea auténtico, esto es, que el poder que se tenga derive del carácter de socio o accionista de las sociedades y no únicamente de relaciones contractuales o a través de las cuales se vincule la actividad de ellas.
 - b) Que este poder sea estable, es decir, permanente y no meramente transitorio, lo cual se determinará en función del grupo.
3. Fin del grupo: que es el elemento para el cual se constituye el grupo de sociedades, de donde se puede sostener que es la causa final de las sociedades, ya que, como se dijo, la gestión social se orienta a cumplir los fines del grupo.²

1. La problemática que plantea la personalidad jurídica en un grupo de sociedades

En los grupos de sociedades, empresas, formalmente independientes, están sometidas a una dirección económica única. Y más generalmente, puede decirse, como es comúnmente aceptado, que el conjunto de las empresas constituye una sola unidad económica.³

La base misma está siempre en que la independencia, en que jurídicamente permanecen las empresas del grupo, y al mismo tiempo, la pérdida de autonomía económica, originan que lleven una administración que obedece a motivaciones y a impulsos externos a cada una de las empresas del grupo.

Existe la teoría unitaria, que dota de una misma personalidad jurídica a todas las empresas del grupo. Esta es la que se ha adoptado en el derecho de la competencia debido a la importancia del aspecto económico en ésta. Sin embargo, Friedlaender, renunciando a la teoría unitaria, se limita a sostener la unidad jurídica del grupo sólo

² *Ibidem.*

³ GIRÓN TENA, José, *Las grandes empresas (problemas jurídicos actuales de tipología empresarial, la gran S. A. y los grupos de sociedades)*, UNAM y Universidad de Valladolid, México, 1975, p. 118.

desde puntos de vista particulares. Otra versión ve en el grupo de sociedades un caso de sociedad. La sociedad de las empresas agrupadas sería una sociedad que reaparece bajo distintas versiones. En Francia, la renovación de los estudios institucionales de la empresa busca, no ya llevar el derecho de sociedades al nuevo sujeto-grupo, sino institucionalizar la organización empresarial, de manera tal que los hechos y estructuras económicas, por sí mismos, vendrían a tener un sentido unitario jurídico. Habría una personalidad jurídica, si se quiere, no societaria. Pero es el hecho de que estas corrientes no han tenido suficiente acogida en la práctica.

Además de las construcciones unitarias completas, los riesgos del poder colectivo del grupo, han movido a los autores a buscar los fundamentos para una responsabilidad del grupo, es decir, del conjunto, o una responsabilidad, por lo menos, de las sociedades controlantes por los actos de las controladas. Alrededor de esta materia, se han aducido sucesivamente diversos fundamentos. Se ha hablado de existencia de grupos de simulación, fraude de ley, apariencias jurídicas, poder de disposición que basaría la responsabilidad del que actúa con el patrimonio, de otro por las obligaciones ligadas a ese patrimonio, lo que es una versión germánica del problema, muy actual en Italia, del tratamiento como empresario llamado oculto, de control, etc. Una versión actual de la ruptura casuística y ocasional de la independencia jurídico-formal de cada sociedad, es la que adopta la forma de superación de la personalidad jurídica, que con distintas terminología, se elabora en las jurisprudencias inglesa y norteamericana y las doctrinas continentales. Dentro de estas tendencias conviene destacar que el análisis de la significación del control ha llevado a una especie de principio de que no se puede hacer por medio de una controlada lo que no podría hacer directamente. Y, de otra parte, en la realidad de la vida del derecho, esta aportación es la que ha impulsado el verdadero resultado positivo, constante, de la doctrina, un tratamiento desglosado.

Los problemas acerca de la unidad económica y pluralidad jurídica del grupo son, probablemente, en el momento actual, insuperables por la vía doctrinal. No se ve que quepa por subsunción en una figura existente. Conviene tener a la vista las limitaciones o las razones de los obstáculos, que la aportación doctrinal unitaria trata de superar. Las implicaciones de la lógica jurídica son las existentes en

esta cuestión. En los grupos hay una superposición de figuras, pero no una refundición. Si así fuera, no habría grupos de sociedades independientes. Hay una pluralidad jurídica coordinada por una dirección económica única. El poder es único. No se trata de una sociedad hecha por las sociedades; esto sería al revés de lo que es. Sería todos estableciendo la voluntad única de acción. Y no es así. Se trata de sociedades sin voluntad sometidas a un único centro, que es un miembro del grupo o externo a él, que es el que dicta la voluntad que mueve el conjunto de cada una de las sociedades formalmente independientes. La única forma de obtener la unidad sería el que, como tales sujetos, dejaran de existir las sociedades del grupo haciéndoles simplemente cosas. Pero entonces, muerto el perro, se acabó la rabia, es decir, el grupo como tal. Porque lo que se quiere precisamente es la independencia jurídica y la coordinación económica. Desde el punto de vista jurídico, el tema de los grupos es tema de coordinación de una variedad de relaciones jurídicas, orgánicas o contractuales. Su unidad jurídica plena no es una solución, sería la negación del grupo.⁴

Es el derecho alemán proyectado de sociedades anónimas de 1962, el que se ha planteado, por primera vez, deliberadamente, el propósito de llegar al final de establecer un derecho de los grupos de sociedades.

La unidad supraordenadora del grupo presenta una clara imagen con el balance consolidado. Aparece el grupo como empresa única y, aún más, los principios fundamentales que orientan el balance consolidado son deducción de la regla que la orienta: suponer artificiosa la independencia de sociedades y refundir los balances, homogeneizándolos, eliminando las relaciones jurídicas de participación, de crédito y deuda y de suministro entre las empresas del grupo, disponiendo la contabilidad como si fuera una empresa única, con secciones o sucursales.

El balance consolidado expresa la realidad de la coexistencia de las empresas, individualizadas con independencia jurídica, con el grupo que cobra también el carácter de una individualidad presuntiva y de síntesis, sin borrar a aquéllas. La gran importancia de este reconocimiento es que da el instrumento con el que arrojar sistemáticamente luz a todas las relaciones intersocietarias en el seno del gru-

⁴ *Ibidem*, pp. 121 a 125.

po. El grupo sin individualidad quedaba, para el derecho, en la sombra. El balance consolidado trae al campo luz al esquema de conjunto y lo somete a la descomposición analítica del derecho de balances para ver al grupo como tal.⁵

2. La personalidad jurídica entre sociedad madre y sociedad filial

A. El problema de la unidad jurídica

Al respecto, trátase de saber hasta qué punto la unidad económica entre la sociedad madre y la sociedad filial se transforma en unidad jurídica. La llamada "Teoría de la identidad", auspiciada por Isay, pretende resolver el antagonismo entre el aspecto jurídico y el aspecto económico, afirmando que la sociedad filial es más bien una apariencia jurídica y que las empresas de ambas sociedades constituyen jurídicamente una sola empresa compleja y una sola personalidad, aunque desde el punto de vista formal se quiera dividir esta unidad en dos figuras jurídicas distintas. Pero esta teoría contradice la realidad, en la que comprobamos a diario la existencia de relaciones jurídicas entre las sociedades dominantes y las dominadas, y en la que sería absurdo sostener que una sociedad anónima filial de otra es pura ficción, con la consecuencia forzosa de que no hay en ella verdadero consejo de administración y asamblea general. El hecho de que una sociedad posea la totalidad o la mayoría de las acciones de otra en nada perjudica la autonomía jurídica de ambas sociedades. Aun sometidas a un mando unitario, los patrimonios de una y otra sociedad funcionan como patrimonios jurídicamente separados, que conservan o adquieren sus propios derechos y obligaciones. No obsta a esta conclusión el hecho de que en materia fiscal prevalezca el concepto de unidad económica a efectos meramente impositivos. A pesar de esto, es preciso reconocer que esta íntima unión económica entre la sociedad madre y la sociedad filial tiene sus repercusiones en el campo jurídico, tanto en el aspecto externo (relación contractual entre ambas sociedades y comunicación de responsabilidad),

⁵ *Ibidem*, pp. 141 a 142.

como en el aspecto interno (administración de la sociedad filial, intervención de la sociedad controlante en las asambleas de la sociedad controlada y trascendencia de la contabilidad de la relación entre ambas sociedades).⁶

Al efecto, Serick considera que la sociedad filial debe ser considerada como un ente con personalidad jurídica cuando:

1. Ambas sociedades son independientes en el aspecto financiero, para lo cual la sociedad filial debe contar con el capital suficiente para hacer frente a sus obligaciones.
2. Los negocios de las dos personas jurídicas deben quedar separados y contabilizados en libros independientes.
3. Las asambleas sociales deben celebrarse separadamente (y si así se hace es indiferente que las dos sociedades estén regidas por los mismos directores).
4. No debe haberse producido la apariencia de que ambas sociedades son la misma.⁷

B. Relaciones contractuales entre ambas sociedades

Surge aquí la duda de si la sociedad filial o dominada tendrá sustantividad jurídica suficiente para ser considerada como persona contratante o si, por el contrario, el contrato celebrado entre ambas sociedades será un contrato consigo mismo, o al menos, un contrato simulado. La experiencia de la vida de las sociedades muestra a diario la realidad de tales contratos y la ausencia completa de acciones de nulidad por los motivos apuntados. Y esto no sólo en el caso de que una sociedad tenga la mayoría de las acciones de otra y, por tanto, influya decisivamente en sus determinaciones de voluntad, sino también en el caso de que la totalidad de las acciones de una sociedad esté en manos de otra. La dependencia económica no se traduce en falta de independencia jurídica. Entre una y otra sociedad pueden ser concluidos contratos; puede reclamarse el pago de dividendos

⁶ GARRIGUES, Joaquín, "Formas sociales de uniones de empresas", *Tratado de derecho mercantil*, t. III, p. 1311.

⁷ SERICK, Ralf, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, trad. y comentarios de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, p. 117.

pasivos; no procede la compensación entre los créditos y las deudas de ambas sociedades, etc. Los contratos entre una y otra no podrán ser impugnados y anulados sino cuando el predominio de la voluntad de uno de los contratantes sobre el otro haya dado lugar a un contrato con causa ilícita o que tenga por objeto servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.⁸

C. La comunicación de responsabilidad en general entre sociedad madre y sociedad filial

Surge aquí de nuevo el antagonismo entre el aspecto económico y el aspecto jurídico, aunque las decisiones de la sociedad sometida a otra se adopten en realidad por ésta, no cabe negar la personalidad de aquella para con todos sus actos y contratos, si se cumplen los requisitos correspondientes, con la consiguiente autonomía patrimonial. Esta autonomía implica la responsabilidad directa y separada de la sociedad filial por las deudas contraídas. Teóricamente, ni la sociedad madre responde de las deudas de la sociedad filial, ni ésta por las de aquélla. Por la misma razón, si quiebra la sociedad dominante no arrastra la de la sociedad filial. Pero en la práctica, las cosas ocurren de diferente manera. En primer lugar, si la sociedad dominada tiene tal entidad económica que las acciones constituyen parte importante del patrimonio de la dominante, la quiebra de aquélla puede dar lugar a la quiebra de ésta. Por otra parte, cuando la sociedad dominante quiebra, los síndicos pueden pedir en su caso que el patrimonio de las filiales sea atraído por la masa de la quiebra, demostrando que la constitución de estas filiales tuvo exclusivamente por objeto reducir la garantía de los acreedores de aquella sociedad.⁹

En el caso anterior, para resolver a favor de la situación de dependencia, deberá concurrir alguna circunstancia que pueda calificarse de abuso y que permitirá al juez quebrantar la posición formal de una u otra persona jurídica para identificar a la dependencia de la dominante. En todo caso, cabe afirmar con cautela lo siguiente de las personas jurídicas cuya situación jurídica llegue a tal extremo: pueden admitirse medidas que afecten a la persona jurídica dominante cuan-

do, a pesar de no poderse demostrar que la misma opere con intenciones fraudulentas, aparezca sin embargo configurada la relación entre las sociedades matriz y filial completamente desacomodada. Cabe estimar que la insistencia en la dependencia de la sociedad filial es un abuso de derecho cuando la sociedad matriz tiene a la dominada en una situación de hecho que la convierte en "esclava de la primera", sin que ello pueda evitarse señalando que una y otra son jurídicamente independientes. Pero está claro que esta situación de dependencia sólo puede ser admitida en algunos casos marcadamente excepcionales.

Un buen ejemplo de lo que acabamos de exponer lo tenemos en el caso *In Re Mulcie Pulp Company*. En este caso, la Pulp Co había creado a la Great Western Natural Gas y le había transmitido, entre otros bienes, unas fincas con yacimientos de gas y de petróleo. La Pulp Co., poseía todas las acciones de la Great Western Co., con excepción de una sola que pertenecía a un hombre de paja. La Great Western Co., no llevaba contabilidad independiente, sus negocios eran manejados por la Pulp Co., y en todos los sentidos aquélla era considerada como mandataria de esta última. Cuando la Pulp Co., cayó en concurso, el administrador pretendió que los bienes de la Great Western Co., también debían integrar la masa sometida a su administración. La Great Western Co., se opuso a ello y se fundó en la diversidad jurídica de ambas sociedades. El tribunal desestimó la posición jurídica que, desde un punto de vista formal correspondía a dicha sociedad y resolvió que su propiedad, de la Great Western Co., en realidad correspondía a la Pulp Co., y que aquélla no era más que un simple hombre de paja de esta sociedad solvente.¹⁰

Otro ejemplo sería el caso de una sociedad ligada por un pacto de no concurrencia con otra y que desease burlar este pacto por el procedimiento de inducir a una sociedad filial a comerciar en el ámbito de la concurrencia que le estuviese vedado a la sociedad madre. Y lo mismo cabe decir del cumplimiento de otros contratos, como el de suministro, servicios, etc. En todos estos casos será cuestión de interpretación determinar en qué medida los contratos de la sociedad controlante o controlada pueden resultar influidos por la comunidad de intereses existentes entre ambas. Si, por ejemplo, la sociedad prin-

⁸ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 1312.

⁹ *Ibidem*, p. 1313.

¹⁰ SERICK, Ralf, *op. cit.*, pp. 117 a 119.

cial habla en un contrato de explotación propia, parece que habrá que comprender bajo esta expresión también la explotación de las sociedades controladas.¹¹

Todo este tipo de cuestiones llevan al problema de fondo, de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades, pero que se escapa a las pretensiones de este trabajo. Al respecto nos limitaremos a mencionar que podríamos sostener dicha doctrina en nuestro país a través de invocar diferentes artículos que en forma genérica sancionan los actos ilícitos en perjuicio de terceros, como son los números 6, 8, 16, 1796, 1797, 1830, 1910 y 1917 del Código Civil Federal, interpretados los unos con los otros, podrían llevarnos a la conclusión de que quien conduce una sociedad anónima que goza de personalidad jurídica tendría que responder por los ilícitos de ésta cuando haya actuado en contra del principio de la buena fe y de las buenas costumbres. Sin embargo, no podemos apoyarnos en fórmulas genéricas como la buena fe, el poder de los hechos, la conciencia popular y la realidad de la vida para regular los abusos que se cometen a través de las personas morales, ya que esto nos podría llevar a resultados injustos y a desprestigiar estas instituciones.¹²

D. El problema de la comunicación de responsabilidad entre sociedad dominante y sociedad dominada en derecho mexicano

En nuestro derecho, no existe, como en general sucede lo mismo en relación con los grupos de empresas, una regulación legal del fenómeno. Sin embargo, y a reserva de estudiar la misma en el capítulo correspondiente, analizaremos los artículos y disposiciones legales aplicables más importantes.

Al respecto, Néstor de Buen estudia los efectos de la responsabilidad laboral en un grupo de empresas, independientemente de que no estemos de acuerdo con su teoría de que haya patrimonios titulares de derechos y obligaciones,¹³ señalando en ocasiones que se crea un conjunto de sociedades mercantiles intentando configurar diferentes

¹¹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 1314.

¹² LEDESMA URIBE, Bernardo, "Abuso de la personalidad jurídica", *Estudios jurídicos en honor a Roberto Mantilla Molina*, Porrúa, México, p. 494.

¹³ DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho del trabajo*, Porrúa, 8a. ed., México, 1991, p. 493.

empresas a pesar de que en realidad, existe una sola. Así, dentro de una estructura económica unificada, aparecen como sujetos de aparentes relaciones jurídico-laborales diferentes, personas jurídico-colectivas diferentes.

Hay al respecto un claro antecedente jurisprudencial, resuelto, inclusive, durante la vigencia de la ley anterior. Una cadena de radiodifusoras, integrada por una serie de personas jurídicas independientes, contrató los servicios de un auditor para contratar los servicios de las contabilidades de las estaciones afiliadas. El salario lo cubría, en su momento, cada una de las sociedades. Encontrándose prestando sus servicios a una de ellas, el trabajador fue despedido sin causa justificada. El trabajador demandó ante la Corte, una vez que en primera instancia se negó la existencia de la relación laboral. El trabajador demandó a la sociedad principal, y en el amparo promovido por dicha sociedad principal, la Corte resolvió que sí existía la relación con la misma a pesar de que, en la fecha del despido, el auditor aparecía en la nómina de otro. Amparo directo número 2580/2a., promovido por Radio Cadena Nacional, S. A., con ponencia del ministro Agapito Pozo, siendo secretario el Lic. Roberto Torres H.: "De todo lo anterior, se advierte que entre Radio Cadena Nacional y las demás empresas mencionadas en esta ejecutoria y a las cuales se refirió el actor en su demanda laboral, existe una íntima vinculación, derivada no sólo de contratos de comisión mercantil, sino que reconoce su fuente en la estructura básica de tales empresas e implica una amplia relación económica y administrativa, en la que Radio Cadena Nacional, S. A. ejerce un papel directivo; pues no de otra suerte se explica que todo el control contable de estas empresas se lleve a cabo en la Ciudad de México, precisamente en las oficinas de Radio Cadena Nacional, S. A.; que esta última negociación pueda disponer de los libros de contabilidad de dichas empresas, como se demostró durante el desahogo de la prueba de inspección, ya que con el simple ofrecimiento de esa prueba de Radio Cadena Nacional y sin necesidad de un requerimiento específico o cuando menos una notificación a las otras empresas, se obtuvo la presentación de los libros de contabilidad, todo ello en una misma oficina y dentro de un despacho en cuya puerta sólo había una placa con las iniciales R.C.N. y la leyenda 'Radio Cadena Nacional', según lo asentó el actuario que practicó la inspección, sin que conste en parte alguna estuvieran los nombres de las otras sociedades..."

La tesis fundamental de la ejecutoria, puede verse en la transcripción que hacemos enseguida de la parte medular:

Todo lo anterior demuestra plenamente, para efectos de este juicio de amparo, y el conflicto laboral que deriva del acto reclamado, que independientemente de la estructura jurídica que haya adoptado la empresa de radiodifusión que se ha citado, sus divisiones internas y, desde luego, sin emitir juicio alguno sobre los motivos peculiares que hayan informado esta peculiar estructura, se trata de una entidad económica a la que, no obstante las diversificaciones, prestaba sus servicios en conjunto con el Sr. Marcos Than Clemente, entidad económica cuya dirección corresponde a Radio Cadena Nacional, S. A., por lo que es perfectamente lícito y justificado considerar a esa empresa como patrón de Marcos Than Clemente. Es de advertirse que el concepto patrón de acuerdo con el art. 4 de la Ley Federal del Trabajo, lleva en sí una profunda implicación económica, implicación a la que debe atenderse especialmente en todos los casos en que se quiera determinar concretamente, si una persona tiene el carácter de patrón, si una persona tiene el carácter de patrón, y esto es tanto más importante en la actualidad, cuanto que la diversificación de las actividades económicas origina la creación incesante de nuevas formas de empresas a base de múltiples sociedades mercantiles, redundará en perjuicio de sus trabajadores, sino que en todo caso debe atenderse, como se hizo en la especie, a la fijación de la entidad económica única que se manifiesta al través de diversas sociedades; para establecer mediante la determinación de la sociedad que se puede considerar como directriz, en los términos de la relación laboral.

Las repercusiones laborales de los grupos de empresas se dan generalmente en la figura del intermediario, la cual, al decir de Néstor de Buen, se puede producir en dos distintas hipótesis. En la primera un tercero, ajeno a la relación laboral, sirve de conducto para que se establezca en forma directa entre dos personas. Es el caso de las agencias de colocación a las que se refiere la frac. XXV del inciso A del art. 123 constitucional, en la que dispone: "El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo, o por cualquier otra institución oficial o particular". Jurídicamente el intermediario no participa en la relación de trabajo simplemente relaciona a dos sujetos para que entre ellos nazca una relación laboral.

En la segunda hipótesis, muy socorrida en la industria de la construcción, el intermediario actúa a nombre propio y crea entre él y los

trabajadores una relación directa, generalmente con el ánimo de evitar a la empresa principal las responsabilidades derivadas de la ley. A su vez, entre la empresa principal y el intermediario, sedicente patrón, se constituye una relación civil o mercantil que puede tomar el aspecto de un contrato de obra a precio alzado, a precios unitarios o por administración. Por regla general el intermediario satisface los requisitos formales de una empresa y especialmente los fiscales y los que exige la Ley del Seguro Social, además de otros requisitos complementarios (v. gr.: la inscripción como contratista autónomo en las cámaras correspondientes), aun cuando estos requisitos no se apoyen en una estructura económica adecuada, ya que los intermediarios pueden ser insolventes.

La ley contempla una tercera figura, aunque la admite con visibles reservas. Se trata de los llamados contratistas, los cuales se entiende que no se limitan a poner a disposición del patrón la mano de obra, sino que además, aportan los materiales y el equipo necesarios para la realización de la obra. De todas maneras, su condición de contratistas queda sujeta al hecho de que sean laboralmente solventes, ya que de otra manera todas las obligaciones quedarán a cargo, en forma directa e inmediata, de la empresa principal, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del contratista devenido "intermediario".

La cuarta hipótesis de la ley se refiere a una situación que escapa definitivamente a la idea de intermediación, pero que es la que más nos interesa, ya que necesariamente supone a dos empresas. Es evidente que el concepto "empresa" excluye que pueda pensarse en un simple intermediario. Sin embargo, el tratamiento es semejante, ya que se plantea la situación de que una de las empresas no sea solvente. El supuesto normativo se integra con el hecho de que una empresa ejecute obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, según determina el art. 15. Esta última hipótesis presenta supuestos importantes. En el primer término, parece excluir las simples operaciones mercantiles de compra-venta: v. gr. el caso de los proveedores, limitándose a la ejecución de obras o servicios.

Dos soluciones pueden admitirse, al decir de Néstor de Buen para una inteligencia adecuada al concepto de "principalidad". En la primera se considerará principal a la empresa que preste sus servicios a otra, más allá del 50% de su capacidad. En la segunda será "principal" el cliente más importante, independientemente de la proporción

de servicios que reciba en relación con la totalidad de los que preste la otra empresa. En realidad, considerando la *ratio iuris* que sin duda radica en el deseo de impedir el nacimiento de empresas "satélites", la interpretación adecuada es la segunda.

En todas estas situaciones, o sea, en tanto se trate de intermediarios, como cuando se trata de una relación entre personas, se produce otro efecto secundario, a saber, que los trabajadores contratados por el intermediario (arts. 13 y 14) o por la empresa que deviene insolvente (art. 15, Ley Federal del Trabajo), prestarán sus servicios en las mismas condiciones que los trabajadores de la empresa principal o beneficiaria que ejecuten labores similares. Se trata, en suma, de la extensión del principio de igualdad de salario que antes de 1970 sólo operaba entre trabajadores de un mismo patrón.¹⁴

E. Clasificación de los grupos de sociedades

Los grupos de sociedades se pueden clasificar desde muy diferentes puntos de vista, al grado que algunos estiman ocioso intentar una clasificación general de los mismos. Sin embargo, con el objeto de encuadrar mejor el análisis de los grupos de sociedades, vamos a mencionar las principales clasificaciones que de éstos se han elaborado.

Se pueden clasificar los grupos de sociedades desde un punto de vista económico. Desde este punto de vista, se pueden clasificar en concentraciones horizontales y verticales. En virtud de la primera, una sociedad ejerce el control sobre otras subordinadas, de una o varias filiales o sucursales, en que se pueden presentar las siguientes variantes:

- a) Una sociedad matriz que organice y constituya una o varias sucursales o filiales, que están ligadas a ellas por vínculos contractuales, o bien corporativos y, en este caso, ya sea mediante la titularidad de acciones o partes de las sociedades-sucursales, o porque los representantes (administradores, gerentes o directores generales) de éstas, están subordinados, esto es, están designados por la matriz.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 483 a 485.

- b) Sociedades en cadena, unidas todas en serie, en que cada sociedad domine el capital social o el órgano de administración del eslabón posterior; la primera en constituirse organiza a la segunda y la controla, y a través de ella, la segunda organiza a la tercera, y así hasta el fin de la cadena.
- c) Sociedades en círculo, similar al fenómeno anterior, salvo que la cadena se cierra en el último eslabón que se liga al primero.

Ahora bien, en cualquiera de estos supuestos, las distintas sociedades del grupo pueden tener la misma finalidad genérica (v. gr. textil, que consista en la fabricación de ropa) y distintas actividades específicas (pantalones, camisas, ropa interior, suéteres, trajes).

II. LA TENDENCIA A LA BANCA UNIVERSAL Y A LOS GRUPOS FINANCIEROS EN MÉXICO

En la práctica bancaria y desde hace varios años, se ha venido hablando de sistemas bancarios, bancos afiliados y grupos financieros.

Hasta antes de las reformas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares abrogada, publicada el 29 de diciembre de 1970, era difícil, precisar los conceptos de sistemas bancarios o de bancos afiliados, respecto de aquellas instituciones que tenían relaciones estrechas entre sí.

La especialización de las operaciones, es decir, la separación de diversos tipos de actividad bancaria, de acuerdo con instrumentos de captación de recursos y plazos también fueron diferentes, que se establecieron en la ley de 1925, fue formando lo que se conoció con el nombre de banca especializada, es decir, lo que doctrinal y legalmente se conocía como Banca de depósito, ahorro, financiera, hipotecaria, fiduciaria, de capitalización, etc. A partir de esa fecha y como las instituciones operaban diversas áreas, necesitaban la complementación de sus servicios, de tal manera que fueron estableciendo relaciones entre diversos tipos de ellas y, es más, algunas promovieron la organización de otras, asimismo especializadas en ramos distintos.¹⁵

¹⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, Porrúa, 8a. ed., México, 2000, pp. 880 y 881.

La existencia de grupos de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares que según estas orientaciones administrativas definidas, tienen vinculación entre ellas, dio lugar a una terminología imprecisa, que utilizó un sinnúmero de vocablos que hacía difícil su comprensión, de filiales, afiliados, sistemas, grupos, etcétera.

Este fenómeno se apreció en la concentración de empresas bancarias a través de adquisiciones de acciones de una por otra, con mantenimiento de la independencia jurídica de las mismas y sin desaparecer sus órganos administrativos.

En el derecho positivo mexicano casi no existen antecedentes sobre el reconocimiento de estas agrupaciones de empresas hasta antes de 1970.

La formación de sistemas o agrupaciones de varias instituciones, entre otras formas, se realizó a través de la suscripción de acciones por parte de una de ellas respecto de otras, dentro del límite de inversión autorizada o, a través de convenios que, respetando la personalidad jurídica propia de cada institución, permitieron la complementación y coordinación de las mismas, con relación a aspectos que consideran convenientes, como pudieran ser la estabilidad de las propias instituciones, tanto frente a la reposición, los porcentajes para el cómputo del encaje legal de las instituciones agrupadas en el sistema y la publicación consolidada de sus balances.

Los términos afiliar, afiliado y sistema carecen de un sentido jurídico, de acuerdo con la legislación mexicana. Gramaticalmente afiliar es la acción de asociar una persona física o jurídica con otra, y afiliado es lo que está unido o asociado.

La existencia de grupos financieros fue evidente y el fenómeno fue planteado y acrecentando, no siempre instituciones de crédito, sino también organizaciones auxiliares, y otras empresas que realizan actividades conexas o servicios con la banca.

Entre otras razones que se pueden apuntar para la formación de esos grupos financieros, están la de que la clientela necesita cada vez más servicios que, por su complejidad, requieren la participación de varias instituciones, que un solo tipo de banco (o institución) no estaba legalmente facultado para proporcionar. Por otra parte, existía una diferencia en la rentabilidad de los diferentes tipos de Banca, por ejemplo, la de depósito, la financiera y la hipotecaria, pues en el proceso de captación de recursos de cada una de ellas, existían apre-

ciables variaciones, lo que ponía en desventaja a unas frente a otras.¹⁶ La exposición de motivos de la reforma a la legislación financiera de 1974 señala:

...Que el precepto regulador de los grupos financieros se inspiró también en la integración de tales grupos por instituciones que gozaban de concesión para operar en los distintos ramos que preveía la legislación vigente (...) y de ese modo, al comprender una oferta integrada de servicios crediticios y de asesoría financiera y contar con amplios técnicos y administrativos en el conjunto de instituciones (...).

1. Las experiencias del extranjero

El fenómeno de la agrupación financiera ha discurrido en el mundo con algunas variantes. Es posible determinar fundamentalmente tres modelos de agrupaciones financieras: el de la Bank Holding Company Act de 1956 (Estados Unidos), las Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del grupo crediticio (Decreto legislativo, 20 de noviembre de 1990, núm. 356, Italia) y la normativa comunitaria derivada de la Directiva 89/646 de la Unión Europea.¹⁷

Primer modelo. Es el ofrecido por la práctica tradicional de los Estados Unidos en la que ambos principios (separación y especialización) se encontraban encarnados a su máxima expresión. Las entidades financieras no pueden dominar ni ser dominadas por empresas con carácter industrial o comercial (Bank Holding Company Act). Las Bank Holding Companies (controladoras) sólo pueden, en su objeto social, dedicarse a la banca, prestar servicios a sus empresas tenidas y tener como controladas bancos o actividades estrechamente relacionarse con bancos conforme lo disponga o una norma de carácter general o una autorización específica.

Por disposición de la Glass Steagall Act las actividades del mercado bancario y del mercado de valores habían venido estando separadas de modo que ni a través de una bank holding company podían reunirse en un grupo financiero ambas clases de entidades.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 881.

¹⁷ MEJAN, Luis Manuel C., "La agrupación de sociedades y los grupos financieros", *Ars Iuris*, núm. 26, pp. 245 y ss.

Sin embargo, ya se han iniciado los pasos para el relajamiento de las vigencias de dicha ley y se dan pasos seguros hacia su desaparición. Por otro lado, es profusa la legislación que regula a las controladoras propietarias de diversas entidades financieras. La sección 20 de dicha ley, que regula la separación entre los bancos comerciales y las empresas de valores ha ido permitiendo a través de diversas reformas que controladoras bancarias puedan emitir en emisiones de empresas de valores hasta un determinado límite.

Las tendencias que se vislumbran en el mercado financiero de los Estados Unidos en el mercado financiero puede discurrir por cualquiera de dos enfoques: o bien mantener las instituciones separadas e independientes de empresas industriales o comerciales; o bien la desaparición de los límites y barreras que representan la Glass Steagall Act, Bank Holding Act y Mac Faden Douglas (práctica de banca más allá de los límites del estado de la federación donde han obtenido autorización para operar).

En noviembre de 1999 fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos la Gramm-Leach-Bliley Act, que revoca la sección 20 de la Glass Steagall Act y la Sección 32 de la Bank Holding Act. El meollo de esta legislación es el terminar las barreras existentes para coinvertir entre bancos, casas de bolsa y compañías de seguros. Con esto el modelo aquí descrito queda como una posibilidad que se ha dado históricamente y que es posible observar como un antecedente al tenor del cual se organizó el sistema financiero de una de las economías más poderosas del mundo.

Segundo modelo. Algunas de las entidades podrían, mediante la participación en otras, practicar actividades que solas no podrían. Al igual que el primer modelo, existe un divorcio con actividades industriales y mercantiles.

Este modelo, el italiano, estructura su regulación a partir de cuáles acciones son adquiridas por una sola entidad financiera y quiénes pueden ser tenedores de ésta. Este es el esquema que de alguna manera siguió la legislación mexicana.

En suma, no hay restricciones para que integren grupos entidades dedicadas a distintos mercados conforme todas las hipótesis posibles entre entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades de intermediación inmobiliaria. Por otra parte, ninguna de las enti-

dades integradas en el grupo podrá adquirir acciones de sociedades con naturaleza diversa a la financiera.

Tercer modelo. El de la Unión Europea. Contiene una apertura mayor, puesto que establece como actividades integrables a las crediticias, las de valores e incluso las aseguradoras, y por lo que toca a inversiones en empresas no financieras regula la posibilidad de invertir en ellas hasta determinado límite, dejando a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar dichos límites, si se dan determinadas circunstancias. Esto es, tanto el principio de la especialización como el de separación, se encuentran relajados pues las tendencias apuntan claramente hacia esa apertura.

En este estado de cosas, el legislador mexicano decide abordar la agrupación financiera, con la promulgación, el 18 de julio de 1990, de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF). Con esta legislación México se incorpora rápidamente a las tendencias internacionales de crecimiento económico y liberación de mercados.¹⁸

No estamos de acuerdo con Mejan, que sostiene al modelo mexicano como subsumible en el modelo italiano. Como se observará a lo largo del presente trabajo, el modelo mexicano tiene elementos que pueden caracterizarlo como un cuarto modelo, como lo es el hecho de que las matrices responden de las deudas de las subsidiarias, cosa que no sucede en ninguna de las legislaciones analizadas.

2. La ley mexicana para regular las agrupaciones financieras

Esta ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 1990. Es la primera ley que regula los grupos de sociedades de manera unitaria. Aunque se limita a las empresas de tipo financiero, no deja de ser un avance del legislador.

El propósito de la Ley para regular las agrupaciones financieras (en adelante LRAF) es, según su art. 1o., regular las bases de organización y el funcionamiento de los grupos financieros, establecer los términos bajo los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 246 a 249.

Las autoridades financieras, cada una en la esfera de su respectiva competencia ejercerán sus atribuciones procurando: el desarrollo equilibrado del sistema financiero del país, con una apropiada cobertura nacional; una adecuada competencia entre los integrantes de dicho sistema; la prestación de los servicios integrados conforme a sanas prácticas y usos financieros; el fomento del ahorro interno y su adecuada canalización hacia las actividades productivas, así como, en general, que el sistema citado contribuya al sano crecimiento de la economía nacional (art. 2 de la LRAF).

De la variedad del fenómeno de la concentración y de la unión de empresas, la LRAF sólo prevé una, consistente en la supervivencia de todas las sociedades integrantes y del grupo y de una sociedad que las controle (holding); además, los grupos de control se dividen en dos, que son los más obvios y que deben funcionar conjuntamente: la titularidad del 51% cuando menos de las acciones con derecho a voto (de ahí que las sociedades controladoras siempre sean sociedades por acciones) y la posibilidad de nombrar a la mayoría de la asamblea de accionistas y los miembros del consejo de administración de la sociedad integrante del grupo (art. 15). Se destacan otras formas de control como el que pudiera resultar entre convenios entre la controladora y alguna o algunas sociedades integrantes, y tampoco es necesario para su validez que los acuerdos de las asambleas o de los consejos de administración sean mayoritarios —aunque deben tener la mayoría del capital social—. En ellas la controladora puede abstenerse de votar, total o parcialmente, o puede no concurrir a la junta respectiva¹⁹ —lo que no sucederá con frecuencia—, porque el control de la asamblea y de los órganos de administración son el objeto primordial de las sociedades controladoras de los grupos financieros.

A. Los grupos financieros

Los grupos financieros sólo pueden ser los que se establezcan con una casa de bolsa, un banco o una institución de seguros o tres de las siguientes organizaciones auxiliares del crédito (en su mayoría): al-

¹⁹ BARRERA GRAF, Jorge, "Ley para regular las agrupaciones financieras: análisis y breves comentarios", *Revista de Derecho Privado*, año 2, núm. 4, enero-abril 1991, p. 187.

macenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de seguros, sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, así como sociedades operadoras de sociedades de inversión y administradoras de fondos para el retiro (art. 7, LRAF). Si son administradoras de fondos para el retiro, no cuentan para efectos de la tercera sociedad que se necesita para constituir un grupo.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (en adelante SHCP), mediante disposiciones de carácter general, podrá autorizar que otras sociedades puedan formar parte del grupo (art. 7 citado).

La controladora puede pretender adquirir acciones de sociedades que prestaren servicios complementarios o auxiliadoras a la propia controladora o a las demás integrantes del grupo, también deberán presentar, según corresponda, el proyecto de estatutos de tales empresas, o los estatutos vigentes con el proyecto de sus modificaciones, así como el programa y convenios para la adquisición de las acciones respectivas (art. 9, LRAF).

B. Incorporación de una sociedad a un grupo ya constituido

El art. 10 se refiere a tres supuestos de incorporación previamente constituidos:

- a) Que se trate de una sociedad distinta del grupo, que desee ser parte de él.
- b) Que se fusionen dos o más grupos, y que el fusionante vaya a formar parte de una sociedad fusionada que no integraba la sociedad fusionante.
- c) Fusión de dos o más participantes en un mismo grupo. Este último supuesto sólo daría lugar a la incorporación de una nueva sociedad, cuando en virtud de la fusión desaparecieron todas las fusionadas y se creara una nueva sociedad fusionante (fusión por creación).

El procedimiento que debe seguirse es, con autorización en todo caso de la SHCP, oyendo las opiniones de Banco de México, y según corresponda, de las Comisiones Nacionales correspondientes, lo que se precisa en las fracciones I a VI.

A la solicitud respectiva deben adjuntarse los proyectos de las actas de asamblea de las sociedades que se constituyan, así como a las modificaciones a los estatutos de dichas sociedades, junto con las variaciones al convenio de responsabilidades del que hablaremos más adelante, los estados financieros de las sociedades y los convenios conforme a los cuales la controladora realizaría la adquisición de las acciones que tendría que efectuar (art. 10, frac. I).

La SHCP cuidará en todo tiempo, la adecuada protección de los intereses de quienes tengan celebradas operaciones con las respectivas entidades financieras (art. 10, frac. III).

La incorporación o fusión surtirá sus efectos a partir de la fecha en que la autorización a que se refiere este artículo, así como los acuerdos de incorporación o de fusión adoptados por las respectivas asambleas de accionistas, se inscriban en el Registro Público de la Propiedad (art. 10, frac. IV).

Una vez hecha la inscripción anterior, los acuerdos de incorporación y de fusión mencionados, se publicarán en el *Diario Oficial de la Federación* y en dos periódicos de amplia circulación en la plaza en que tengan su domicilio las sociedades (art. 10, frac. VI).

Durante los 90 días naturales siguientes a partir de la fecha de publicación, los acreedores de cualquiera de las sociedades, incluso de las demás entidades financieras integrantes del grupo, podrán oponerse judicialmente, con el único objeto de obtener el pago de sus créditos, sin que esta oposición suspenda la incorporación o la fusión.

Esta fracción regula mejor la oposición judicial por créditos contra la fusionante o las fusionadas que la Ley General de Sociedades Mercantiles (art. 224, LGSM),²⁰ conforme a la cual las oposiciones de los acreedores suspenden el proceso de fusión, lo cual puede resultar muy oneroso para las sociedades que se fusionan. En el presente caso, se tramitan pero no suspenden el procedimiento.

Asimismo, la fusión tiene efectos cuando se inscriban en el Registro Público de Comercio el acuerdo de fusión, una vez obtenida la autorización por parte de la SHCP. No contempla la posibilidad de asegurar el pago de los acreedores, como en la fusión común. Los efectos se dan desde la inscripción, a diferencia de la LGSM que

exige, el paso de noventa días (art. 224) desde la inscripción. Por lo anterior, consideramos más acertada la regulación de las fusiones de sociedades en las agrupaciones financieras que en la LGSM.

C. *Facultades de las entidades financieras que formen parte de un grupo*

Las enumera el art. 8 de la LRAF, que se refiere a actividades propias de cada una de las sociedades agrupadas en cuanto miembros de la respectiva agrupación:

- a) Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del grupo (frac. I).
- b) Usar denominaciones iguales o semejantes que las identifique frente al público como integrantes de un mismo grupo, o bien conservar su denominación original y en tal caso, añadirle las palabras Grupo Financiero y la denominación de éste.
- c) Llevar a cabo las operaciones que le son propias a través de sucursales y oficinas de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo financiero de conformidad con las reglas generales que dicte la SHCP (frac. III).

En ningún caso —agrega la norma— podrán realizar operaciones de las entidades financieras a través de las oficinas de la controladora.

D. *Prohibiciones y limitaciones de adquisición de acciones entre las entidades financieras integrantes del Grupo*

Señala el art. 31 que las entidades financieras de un grupo sólo podrán adquirir acciones representativas del capital de otras entidades financieras de conformidad con las disposiciones aplicables, y sin exceder del uno por ciento del capital pagado de la emisora, en ningún caso participarán en el capital de los otros integrantes del grupo. Asimismo, los integrantes del grupo podrán invertir en títulos representativos del capital social de entidades financieras del exterior, previa autorización de la SHCP.

²⁰ FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, Harla, 3a. ed., México, 1994, p. 599.

No obstante lo anterior, permite que las instituciones de seguros y fianzas participen en el capital de otras instituciones.

Los integrantes de un grupo tampoco deberán participar en el capital de las personas morales que, a su vez, sean accionistas de la controladora o de las demás participantes del grupo.

E. De la sociedad controladora. Acciones que emita

La sociedad controladora debe ser una sociedad por acciones, y más específicamente, una SA, no una sociedad en comandita por acciones, que a pesar de estar reglamentada en la LGSM, no se practica en México, aunque no hay impedimento legal de que se utilice.²¹

En segundo lugar, todas las acciones que emita, independientemente de la persona o institución que las suscriba, "en todo tiempo deberán mantenerse en depósito en el Indeval (Instituto para el Depósito de Valores), el que en ningún momento se encontrará obligado de entregarla a sus titulares", o sea que, ¿se trata de un depósito obligatorio que puede resultar permanente a juicio y elección de la depositaria? Los titulares de dichas acciones depositadas de la sociedad controladora, sólo podrán ejercitar sus derechos de accionistas en ella, a través del Indeval y de acuerdo con las normas que las rigen que indica la Ley del Mercado de Valores, lo que en caso de ser así, constituye un grave escollo, a juicio de Barrera Graf, para constituir y funcionar estas sociedades controladoras.²² En la práctica, las autoridades financieras han interpretado dicho artículo de forma extensiva, de modo que no se ha dado tal situación de depósito obligatorio.

El capital social de las sociedades controladoras estará formada por una parte ordinaria, y podrá estar también integrado por una parte adicional.

El capital social ordinario de las sociedades controladoras se integrará por acciones de la serie "O".

En su caso, el capital social adicional estará representado por acciones serie "L", que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al 40% del capital social ordinario, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

²¹ BARRERA GRAF, Jorge, *op. cit.*, p. 190.

²² *Ibidem.*

Las acciones representativas de las series "O" y "L" serán de libre suscripción (art. 18, LRAF).

Las acciones serán de igual valor y conferirán a sus tenedores los mismos derechos, dentro de cada serie y deberán pagarse íntegramente en efectivo en el acto de ser suscritas.

Las acciones serie "L" serán de voto limitado y otorgarán derecho a voto únicamente en los asuntos relativos a cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, así como cancelación de su inscripción en cualesquiera bolsas de valores.

Además, la serie "L" podrán conferir derecho a recibir un dividendo preferente y acumulativo, así como un dividendo superior al de las acciones representativas del capital social ordinario, siempre y cuando se establezcan en los estatutos sociales de la sociedad emisora. En ningún caso los dividendos de esta serie podrán ser inferiores a los de otras series (art. 18 bis, LRAF).

F. Prohibiciones y limitaciones de adquisición de acciones entre las entidades financieras del grupo y límites a la tenencia de acciones de un grupo financiero y efectividad del control sobre estos límites

Cualquier persona física o moral podrá adquirir mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, el control de acciones de la serie "O" del capital social de la controladora, en el entendido de que dichas operaciones deberán obtener la autorización previa de la SHCP, cuando excedan del 5% de dicho capital social, sin perjuicio de lo establecido en el art. 18 de la Ley.

Las personas que adquieran o transmitan acciones de la serie "O" por más del 2% de una sociedad controladora deberán dar aviso a la SHCP dentro de los tres días hábiles siguientes a la adquisición o transmisión (art. 18 bis 1, LRAF).

En el supuesto de que uno o más accionistas pretendan obtener el control de la administración en una sociedad controladora, deberá acompañar a su solicitud, según corresponda:

- I. Relación de las personas, que en su caso, pretendan obtener el control de una sociedad controladora.

- II. Relación de los consejeros y directivos que nombraría la sociedad controladora.
- III. Programa estratégico para la implementación del gobierno corporativo.
- IV. La demás documentación conexas que requiera la SHCP.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que se obtiene el control de una sociedad controladora cuando se adquiera el 30% o más de las acciones representativas del capital social de la propia controladora, se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la sociedad controladora de que se trate (art. 20, LRAF).

Para hacer efectivos los porcentajes máximos de acciones de la controladora, así como la limitación a que se refiere el art. 20, la LRAF impone algunas sanciones para el caso de infracción a las distintas reglas, en contra de los accionistas de la sociedad emisora miembro de la controladora (art. 21, LRAF), y en contra de la sociedad controladora misma (art. 35).

Barrera Graf opina, con razón, que dichas sanciones son muy leves y que deberían comprender, además, a los socios, a los funcionarios de la controladora que resultaran responsables de las fracciones relativas. Señala que deberían tipificarse delitos sancionados con penas corporales y pecuniarias contra las sociedades-socios infractores, y en contra de la propia controladora. El sistema utilizado por la ley hace pensar que las sanciones son tenues y totalmente insuficientes, y que lejos de evitar adquisiciones de acciones en exceso de los límites, la propiciarán, tanto porque el daño patrimonial del infractor puede no existir o ser el mínimo (en el caso, por ejemplo, de que el 50% del valor de las acciones se vendan a la controladora iguale o supere el valor original de adquisición de ellas) como porque la autoridad sancionadora decida no aplicar las penas pecuniarias que la ley fija.²³

No se han abierto muchos expedientes por violaciones a estos artículos, lo cual confirma la opinión de Barrera Graf sobre la tipificación

²³ *Ibidem*, p. 192.

de delitos, aunado a una mala supervisión por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Estas sanciones son las siguientes:

- a) La prohibición de inscribir las suscripciones relativas a las acciones en el libro registro de accionistas a que se refiere el art. 128 de la LGSM. La consecuencia de esta falta de inscripción es que la sociedad sólo quede obligada a reconocer como socios a los inscritos y respecto al número de acciones debidamente inscritas (art. 129 de la LGSM).
- b) El segundo párrafo del art. 21 de la LRAF prevé que quienes “convengan lo previsto en los artículos 18 a 20 bis serán sancionados por la SHCP. La sanción sólo parece alcanzar a los socios, no a los funcionarios responsables de dicha inscripción indebida en el libro, consisten en que “las acciones que excedan los límites fijados” se vendan a la controladora al 50% del menor valor que tuvieran entre su valor en libros y su valor de mercado. Agrega el precepto, párrafo cuarto que “el beneficio que se obtenga será entregado por la controladora al gobierno federal” sin que se establezca por qué concepto legal entraría este excedente al erario federal, lo que hace posible que sea considerada como confiscatoria en violación del art. 22 constitucional mexicano.

El penúltimo párrafo del art. 21 indica que las sanciones por él establecidas son sin perjuicio de otras “que conforme a ésta u otras leyes fueran aplicables”. En opinión de algunos autores se aplicarán las disposiciones del Código Penal relativas al fraude y simulación fraudulenta, en casos en que las limitaciones para la adquisición de las acciones a los accionistas se burlaran o trataran de burlarse por medio de prestanombres o de otros negocios ocultos.²⁴

Por último, aquellas acciones vendidas a la controladora y pagadas por ella el 50% de su valor en libros o de mercado, que el último párrafo del art. 21 llama “acciones reembolsadas”, se convertirán y se mantendrán por la controladora como acciones en tesorería, con un régimen especial transitorio de seis meses de duración durante las

²⁴ *Ibidem*, pp. 192 y 193.

cuales, aparentemente, se computarían en el capital social, y al transcurso de dicho plazo, si no se ha colocado, "la controladora procederá a reducir su capital".

G. Naturaleza de la controladora y operaciones autorizadas a la controladora y a sus socios

La LRAF establece que las sociedades controladoras son sociedades anónimas cuyo objeto será adquirir y administrar las acciones emitidas por las sociedades del grupo (que representen en todo tiempo el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes, sin que en ningún caso, la controladora pueda celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras del grupo) (arts. 15 y 16, LRAF).

La Regla Segunda, fracción V, de las Reglas Generales para la constitución y funcionamiento de Grupos Financieros establece que se entiende por controladora a la sociedad que de conformidad con la Ley, Título Tercero, se constituya para la adquisición y administración de las acciones de las entidades financieras y las empresas.

En síntesis, una sociedad controladora es una sociedad anónima con duración indefinida y cuyo objeto es adquirir y administrar las acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero, que representen el 51% de su capital social pagado.

Las ventajas de constituir una sociedad controladora son lograr la unidad de gobierno, objetivos y políticas; consolidar en una sociedad las participaciones de distintos accionistas de distintas sociedades, sin perder la individualidad de éstas; multiplicar el efecto de control de un grupo de empresas; facilitar una tesorería centralizada y el mayor flujo de recursos a la sociedad accionista de diversas sociedades operadoras; tener una mayor facilidad y flexibilidad para el crecimiento y diversificación.

Los rasgos característicos de la sociedad controladora son, entre otros:

- Naturaleza jurídica de una sociedad anónima.
- Duración indefinida y domicilio social dentro de la República Mexicana por disposición expresa del art. 16, segundo párrafo de la LRAF.
- Sociedad independiente a las demás sociedades del grupo.

- Su función es de tipo administrativo: adquirir acciones de los integrantes del grupo financiero, que representan el 51% de su capital social, y administrarlas.
- Poseedora de una mayoría de acciones con derecho a voto suficiente para tener el mando directo del grupo financiero, para consecuentemente tener el control de las asambleas generales de accionistas y así ser el centro de la dirección financiera del grupo.
- No puede celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras.²⁵

De conformidad con lo expuesto en la LRAF y las citadas Reglas para la Constitución y Funcionamiento de los Grupos Financieros, la sociedad controladora será una sociedad anónima encargada de adquirir y administrar las acciones emitidas por una entidad financiera, es decir, organiza a varias sociedades que dependen de ella accionariamente para que éstas realicen su objetivo, ya sea la intermediación de dinero, la captación o la inversión de capitales u otras actividades.

No pueden celebrar operaciones que sean propias de las entidades debido a que su objeto es la adquisición y administración de las acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero, ya que la sociedad controladora es un órgano administrativo.²⁶ Sin embargo, no consideramos que sus funciones sean meramente administrativas, pues al ejercer el control gobiernan a dichas entidades, lo que las hace algo más de un órgano administrativo, como señala De la Fuente.

Permite la inversión de extranjeros en sus series "O" y "L" (de libre suscripción).

Las obligaciones de la sociedad controladora son de tipo administrativo respecto de las acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero, por lo cual tiene funciones propias y, por lo mismo, son diversas de las de los integrantes del grupo financiero. Entre las mismas tenemos:

- Invertir su capital pagado y reservas de capital de conformidad con las disposiciones de carácter general que para ello expida la

²⁵ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, t. II, Porrúa, 2a. ed., México, 2000, pp. 1058 y 1059.

²⁶ *Ibidem*, p. 1060.

SHCP, en lo siguiente: acciones emitidas por los demás integrantes del grupo. La controladora sólo podrá participar en el capital social de sociedades distintas a las participantes del grupo, en caso de incorporación o fusión al mismo.

- Cuando se trate de invertir en inmuebles, mobiliario y equipo, estrictamente indispensables para la realización de su objeto, y valores a cargo del gobierno federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la SHCP (art. 23, fracs. I a III, LRAF).
- Contraer pasivos directos o contingentes, y dar en garantía sus propiedades cuando se trate del convenio de responsabilidades a que se alude más adelante del art. 28 de la Ley; de las operaciones con el Instituto de Protección al Ahorro Bancario, y con autorización del Banco de México, tratándose de la emisión de obligaciones subordinadas de conversión forzosa a títulos representativos de su capital y de obtención a créditos a corto plazo, en tanto se realiza la colocación de acciones con motivo de la incorporación o fusión del mismo grupo.
- A recibir las visitas de la Comisión competente y a proporcionarle los informes en la forma y términos que la misma le solicite, y la contabilidad que la controladora deba llevar se ajustará al catálogo y reglas que al efecto autorice la citada Comisión, quien además fijará las reglas para la estimación de sus activos (art. 30, LRAF).
- A publicar sus estados financieros anuales dictaminados de conformidad con las disposiciones que señalen uniformemente los Organismos de inspección y vigilancia (Disposición Décima, Reglas para la Constitución y Funcionamiento de los Grupos Financieros).²⁷

La controladora también tiene prohibido:

- Otorgar créditos, con excepción de los que correspondan a prestaciones de carácter laboral.
- Operar con los títulos representativos de su capital, salvo los supuestos previstos en la ley. Asimismo, la SHCP establecerá

²⁷ *Ibidem*, pp. 1063 y 1064.

los casos y condiciones en que la controladora pueda adquirir transitoriamente las acciones representativas de su capital social.

- Efectuar trámites o gestión alguna sobre las operaciones de las Entidades Financieras.
- Proporcionar información de sus operaciones a los otros integrantes del grupo, excepto a las autoridades facultadas para ello, siendo extensiva esta prohibición a sus consejeros, comisarios, funcionarios, empleados y en general a quienes con su firma pueden comprometer a la propia controladora (Regla Décima Séptima de las Reglas para la constitución y funcionamiento de los Grupos Financieros).

H. La administración de la sociedad controladora

La administración de la controladora estará conformada por su órgano de administración y el Director General.

El consejo de administración estará integrado por un mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros. Consideramos acertado limitar el número de consejeros, pues al limitar el número se facilita la deliberación y toma de decisiones.

Cuando menos el 25% de los consejeros tienen que ser independientes, que son aquellos consejeros que no tienen vinculación ni con los socios mayoritarios, ni con la dirección de la sociedad, y que están llamados a proteger los intereses sociales, de manera ajena a los anteriores miembros. Prueba de ello es que no pueden ser consejeros independientes empleados o directivos de la sociedad controladora (art. 24, frac. I) y accionistas que sin ser empleados o directivos de la sociedad, tengan poder de mando sobre los directivos de la misma (art. 24, frac. II, LRAF). Consideramos oportuna dicha constitución porque dificulta un poco más el abuso del mando de los directivos sobre los intereses de los accionistas, y protege un poco más a los accionistas mayoritarios, como señalamos ya en otro trabajo.²⁸

Por consejero independiente, deberá considerarse a la persona que sea ajena a la administración de la sociedad controladora respectiva y de las entidades que integren al grupo financiero de que se trate y

²⁸ GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, Themis, 2000. Cfr. el capítulo relativo a la administración del joint venture.

que reúna los requisitos que señalen la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mediante reglas de carácter general.

Por cada consejero propietario se designará un suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener ese carácter (art. 24, LRAF).

No pueden ser consejeros independientes los que tengan algún nexo económico o de parentesco con la sociedad. En esto, la LRAF es muy estricta, como se observa en la lista de prohibiciones para formar parte del consejo a determinadas personas que reúnan ciertas cualidades.

El consejo deberá reunirse por lo menos trimestralmente y en forma extraordinaria, cuando sea convocado por su Presidente, al menos el 25% de los consejeros, o cualquiera de los comisarios de la sociedad. Para la celebración de las sesiones ordinarias y extraordinarias del consejo de administración, se deberá contar con la asistencia de cuando menos el 51% de los consejeros, de los cuales por lo menos uno deberá ser independiente.

El presidente del consejo tendrá voto de calidad, en caso de empate (art. 24, LRAF).

Los nombramientos de consejeros de las sociedades controladoras deberán recaer en personas que cuenten con elegibilidad crediticia y honorabilidad, así como con conocimientos amplios y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.

La elegibilidad crediticia hace que se trate de una persona sin antecedentes de incumplimiento en sus obligaciones de crédito en sentido amplio, no simplemente entendido el crédito en el sentido bancario sino también el crédito en sentido de las obligaciones que se pueden asumir con cualquiera de las entidades del sistema financiero mexicano.

La honorabilidad se refiere al ámbito ético de comportamiento de la persona.

Hay que reconocer que los consejeros —en varias ocasiones—, no fueron designados conforme a dichos parámetros. Prueba de lo anterior son los múltiples fraudes realizados en el manejo de los grupos financieros, y en especial, en sus filiales instituciones de crédito. Bastante de las obligaciones que asumió el Fondo Bancario de Protección al Ahorro, se debieron a consejeros y directivos de instituciones de crédito que irresponsablemente (con falta de honorabilidad) otorgaron créditos en forma irregular.

El órgano de vigilancia de la controladora estará integrado por lo menos por un comisario de la serie "O", y en su caso, un comisario designado por los de la serie "L". El nombramiento de comisarios deberá hacerse en asamblea especial por cada serie de acciones. A las asambleas que se reúnan, les serán aplicables las disposiciones de la asamblea general ordinaria de accionistas (art. 25 bis I).

El Director General puede o no ser miembro del consejo de administración. La LRAF no establece sus facultades y sus limitaciones, lo que constituye una grave omisión. Por el nombre con el que se le designa, el director general, creemos que se trata de un representante general, similar al factor, quien según el art. 309 del Código de Comercio puede realizar todos los actos concernientes a la empresa, salvo las limitaciones que establezca el contrato social y que aparezcan en el Registro Público de la Propiedad (art. 10, LGSM).

Los requisitos que debe reunir el Director General los señala el art. 26. También esta disposición hace referencia a los impedimentos para serlo. Los requisitos son similares a los de consejeros, añadidos ciertos requisitos más, como la residencia en México, haber prestado sus servicios durante por lo menos cinco años en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos y experiencia en materia administrativa o financiera y no tener los impedimentos que señala el art. 25 de la LRAF.

I. La responsabilidad de la controladora por deudas de las subsidiarias y el convenio de responsabilidades

El art. 28 de la LRAF establece que la controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo suscribirán un convenio conforme al cual:

- I. La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras integrantes del grupo, conforme a las disposiciones aplicables, aun respecto a aquellas anteriores a la integración al grupo.
- II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de las entidades. En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuera suficiente para hacer

efectivas las responsabilidades del grupo respecto de dos o más entidades financieras integrantes del grupo que se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán a prorrata hasta agotar el patrimonio de la controladora. Al efecto, se considerará la relación entre los cientos que representan en el capital de la controladora. La participación en la misma en el capital de las entidades de que se trate.

Las referidas responsabilidades estarán previstas expresamente en los estatutos de la controladora.

En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de las demás entidades del grupo.

La primera duda que surge es sobre el carácter de dichas responsabilidades de la controladora. No parecen ser de pleno derecho, sino que se adquieren en virtud del convenio, aunque éste parece ser uno de los presupuestos de la autorización que tiene que conceder la SHCP para la constitución y funcionamiento del grupo (art. 9, frac. IV).²⁹ De cualquier manera, se trata de una responsabilidad derivada de contrato, según Barrera Graf,³⁰ a lo que se aplican los principios relativos a los contratos, sobre consentimiento, objeto, fin y forma, así como lesión, nulidad y rescisión. No estamos de acuerdo con esta aplicación extensiva de los contratos, porque se trata de un acto mixto, que se realiza más por la ley que por acuerdo entre las partes y por lo mismo, los principios de los contratos se aplicarían con restricciones, y en última instancia, como rama supletoria del derecho mercantil.

Por lo que se refiere a la responsabilidad ilimitada de la controladora a que se refieren las dos fracciones del art. 28, ella convierte a la controladora en una sociedad-garante de todas y cada una de las sociedades controladas y de todos y cada uno de los acreedores de aquellas. Por otra parte, desvirtúa el carácter de sociedad anónima de la controladora por lo que respecta a sus socios (las entidades que lo integran), que en lugar de responder de las obligaciones sociales

²⁹ GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Los grupos de sociedades*, tesis profesional, México, 1996, p. 230.

³⁰ BARRERA GRAF, Jorge, *op. cit.*, pp. 196 y 197.

solamente con el monto de sus aportaciones (como ordena el art. 87 de la LGSM) responderán, en realidad, con la parte que les corresponda en el patrimonio social de la controladora. Dicha responsabilidad resulta tan abrumadora, según Barrera Graf, que va a ser difícil que en la práctica se acuda a este fenómeno de concentración de empresas,³¹ cosa que ha sido desmentida en la realidad, por la gran cantidad de grupos financieros constituidos. A lo anterior le sumamos el carácter inconstitucional de dicha responsabilidad, que debería ser determinada por la autoridad judicial.

No amengua las críticas mencionadas que la responsabilidad de la controladora sea subsidiaria; ello quiere decir que cuando alguna o algunas de las entidades financieras controladas no cumpla con sus obligaciones —cualquiera de todas ellas, con tal de que le sean propias—, responderá la controladora. Se trata, como también en el caso de la frac. II, una garantía adicional, de carácter legal, que presenta a la controladora a todos y cada uno de los acreedores de todas y cada una de las sociedades-accionistas, para la figura de la agrupación financiera que establece la LRAF sí resulta ampliamente satisfactoria. Pero surgen las preguntas. ¿Es a ellos, a los eventuales acreedores (incluyendo preferentísimamente al fisco) a quienes busca proteger, o bien al sistema financiero mismo y a las entidades integrantes del grupo? Son ellos, los acreedores de dichas entidades financieras y no éstas, los que resolverán la agrupación en torno a la controladora.³²

J. Otros problemas en relación con la responsabilidad de la controladora

Por lo que se refiere a la responsabilidad de la controladora con respecto a su controlada, se elimina el término solidaridad, término impropio en este caso, por diferentes razones.³³ Asimismo, se varía el objeto de tal responsabilidad, toda vez que no solamente se refiere a las pérdidas, como lo hacía la anterior legislación, sino que incluye

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ DÍAZ DE RIVERA, Guillermo, "La responsabilidad de la controladora en las agrupaciones financieras", *Ars Juris*, núm. 6, 1991, pp. 80 y 81.

el cumplimiento de obligaciones a cargo de cada una de las entidades financieras integrantes del grupo.

Con fecha 23 de enero de 1991, en el *Diario Oficial de la Federación*, se publicaron las Reglas Generales para la constitución y funcionamiento de los Grupos Financieros y es, precisamente en la Regla Décima Novena, en donde se refieren dichas disposiciones a la forma en que responderá la sociedad controladora, así como por las pérdidas de las sociedades controladas.

En lo relativo a la responsabilidad subsidiaria e ilimitada del cumplimiento de las obligaciones de las controladas, las reglas disponen que la controladora debe responder de las obligaciones de una entidad financiera, cuando esta última no haya dado cumplimiento a una obligación que, a juicio del organismo al que le compete su inspección y vigilancia, sea exigible, haciendo mención a este respecto, que dicho organismo deberá comunicarlo a la Comisión y ésta, a su vez, lo hará del conocimiento de la controladora, quien deberá responder por las obligaciones en un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la fecha en que la Comisión le haya notificado su exigibilidad. Lo anterior, en el entendido de que por Comisión tenemos a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o de Seguros y Fianzas que inspeccione, supervise y vigile a la entidad financiera controlada, que en este caso haya incumplido con una obligación.

Por lo que hace a la responsabilidad que tiene la controladora por las pérdidas de todas y cada una de las sociedades que controla, las reglas que comentamos definen que existen pérdidas cuando se presente cualquiera de los supuestos siguientes:

- a) Cuando su capital contable sea inferior al capital mínimo pagado con que deba contar el tipo de entidad financiera de que se trate, de conformidad con las disposiciones que la regulan.
- b) Cuando su capital o reserva sean inferiores a los exigidos por las disposiciones que les sean aplicables.
- c) Cuando, a juicio del organismo encargado de supervisar a la entidad financiera, se prevea que sea insolvente para cumplir sus obligaciones.

En los casos anteriores, la controladora está obligada a efectuar, en un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en

que se presenten las pérdidas, las aportaciones necesarias, tratándose de las fracciones a) y b).

Y en el caso del supuesto marcado con la letra c) el organismo que inspeccione y vigile a la entidad financiera de que se trate, determinará el monto de las aportaciones y el plazo en que deban efectuarse y lo notificará a la controladora.

En relación con los accionistas minoritarios que pudiera tener tal entidad financiera, se precisa que en el evento de que tales accionistas, distintos de la controladora, no suscriban las acciones que les correspondan en ejercicio de su derecho del tanto (debiendo decir derecho de preferencia), la controladora estará obligada a suscribir las acciones necesarias para cubrir el total de pérdidas de que se trate.³⁴

El legislador, al expedir la ley, y la SHCP, al emitir las reglas, en ningún momento midieron los alcances que en la práctica pudieran tener tales normas, supuestamente protectoras de los intereses del público inversionista, toda vez que podría darse el caso de que tales normas resultaran inaplicables, y otras veces, trajeran consecuencias jurídicas inconmensurables o desequilibradas.

Como hemos mencionado, de conformidad con el art. 15 de la Ley, la controladora será propietaria, en todo tiempo de acciones con derecho a voto que representen, por lo menos, el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo.

Por otra parte, el art. 23 de la Ley señala aquellos rubros en que pueda estar invertido, en forma limitativa, el capital pagado y reservas de capital de la controladora:

1. Acciones emitidas por los demás integrantes del grupo.
2. Inmuebles, mobiliario y equipo estrictamente indispensable para la realización de su objeto.
3. Valores a cargo del gobierno federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la SHCP.
4. Títulos representativos de cuando menos el 51% del capital ordinario de entidades financieras del exterior, previa autorización de la SHCP en los términos y condiciones que ésta señale.

³⁴ *Ibidem*, pp. 83 a 85.

El propio artículo señala que la controladora no podrá contraer pasivos directos o contingentes, ni dar en garantía sus propiedades, salvo el convenio de responsabilidades a que se refiere el art. 28 de la LRAF, obligaciones con el IPAB y obligaciones convertibles con autorización del Banco de México.

De conformidad con las disposiciones transcritas, es factible, que una sociedad controladora únicamente se limite a ser tenedora de acciones emitidas por entidades del grupo, no así que en su patrimonio obre ningún tipo de valor líquido, ni tampoco inmuebles, mobiliario y equipo indispensable para la realización de sus fines. En este caso, ante el incumplimiento o pérdida por parte de una o varias empresas que controla, la propia controladora únicamente tiene en su patrimonio las mencionadas acciones de las controladas. Así, en el caso de que tenga que responder conforme a las reglas y a la ley, sería mediante incremento de capital en la o las empresas controladas que han sufrido pérdidas, de conformidad con lo anterior. Ahora bien, la sociedad controladora está obligada a pagar el importe del aumento de capital social de la o las controladas; sin embargo, el importe de dichas aportaciones podrá obtenerse de las siguientes fuentes:

- a) Mediante aportaciones que efectúen, a su vez, los accionistas de la sociedad controladora, quienes, como en toda sociedad anónima, están sujetos al principio de responsabilidad limitada y de ninguna manera, tienen la obligación de aportar más allá de lo que en su tiempo se obligaron a aportar.
- b) Mediante la obtención de un préstamo y, por tanto, de la adquisición de un pasivo directo o contingente por parte de la controladora. Sin embargo, tampoco existe ninguna obligación por parte de los terceros de financiar a la controladora, a efecto de que se lleven a cabo las aportaciones y pago del aumento de capital que forzosamente deberán decretar las controladas.
- c) Mediante la venta, de una parte de sus activos, lo cual en la especie, con menos de dos sociedades filiales, lleva consigo la disolución y desaparición del grupo financiero, toda vez que la sociedad controladora tendrá que enajenar las acciones de una de sus controladas, a efecto de cumplir con el aumento de capital en la o en las otras. Lo anterior, sin perjuicio de que pudiera existir la posibilidad de que nadie se encuentre inte-

resado en la posibilidad de adquirir tales acciones patrimonio de la controladora. Además, de conformidad con la LRAF, para la separación de una de las entidades controladas, y por tanto, para la venta de las acciones que signifiquen la pérdida del control se requiere permiso de la SHCP, sin tomar en cuenta que será necesaria una serie de gestiones y trámites, que hacen prácticamente imposible que en el periodo fijado en las Reglas, la controladora pueda hacer efectivo el aumento de capital.

Como se desprende del breve análisis anterior, pueden existir diversos casos en que sea impráctico o imposible que la sociedad controladora pueda responder por las obligaciones o pérdidas de alguna de sus controladas, toda vez que su patrimonio es limitado, con una cantidad tal de regulaciones sobre el mismo, que es posible que tal responsabilidad se vuelva inoperante. Asimismo, puede suceder que las obligaciones incumplidas o las pérdidas de alguna de las sociedades controladas sean superiores al patrimonio de la propia controladora, que puede tener otras entidades de menor valor y que incluso, con dicho patrimonio en su totalidad no se alcance a cubrir el importe de la obligación o pérdida sufrida, haciendo de esta forma la intención del legislador de proteger los intereses del público nugatoria.

La LRAF en su art. 28, frac. I, señala que la controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las entidades financieras integrantes del grupo, dando un sentido diverso a lo que se entiende por subsidiariedad. Esto es, una persona está obligada subsidiariamente al cumplimiento de una obligación cuando el obligado principal no puede cumplir, lo que significa que no basta que no se haya cumplido para que la subsidiariedad tenga efectos. No obstante, las Reglas que estamos en comento, establecen que la controladora responderá por las obligaciones de una entidad cuando esta última no haya cumplido con una obligación que, a juicio del organismo que le compete su inspección y vigilancia, sea exigible.

Lo anterior otorga al organismo poderes plenos para asumir, incluso, actividades que corresponden al poder judicial, a fin de determinar cuándo es exigible o no una obligación a cargo de la entidad financiera que vigila, dejando en estado de indefensión a dicha entidad, ante una controversia o duda que exista sobre la validez, existencia o exigibilidad de la propia obligación, puesto que la con-

troladora deberá proceder al pago, por el simple hecho de que el organismo así lo haya considerado. Además, en ningún caso se establece el hecho de que, en primer lugar, deberá agotarse el patrimonio de la empresa controlada, para que la controladora tenga la obligación de pagar en forma subsidiaria, sino que basta la comunicación del organismo para que, en un periodo de quince días, la controladora esté obligada al pago, sin tener derecho de oponer excepción alguna.³⁵

Las reglas son claras en cuanto a que en caso de pérdida por parte de algunas de las controladas, la controladora deberá aportar, por vía de aumento de capital, las cantidades que fueren necesarias. Sin embargo, en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones de las entidades financieras subsidiarias, simplemente se establece la obligación a la controladora, previos los requisitos antes enunciados, de pagar, no estableciéndose la forma en que tal pago quedará a favor de la sociedad controladora y si el mismo será capitalizado o no, si la sociedad subsidiaria deberá reintegrarlo posteriormente a la controladora, ni mucho menos las reglas que abarcan los derechos de las minorías y las obligaciones de los accionistas minoritarios, en caso de que la controladora asuma alguna o algunas obligaciones a cargo de la controlada.

Por último, nos resulta interesante que el art. 3 de la LRAF, establezca que "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las entidades financieras podrán utilizar denominaciones iguales o semejantes, actuar de manera conjunta y ofrecer servicios complementarios, de acuerdo con las disposiciones correspondientes", esto es, en otras palabras, la LRAF está autorizando a dichas instituciones a que puedan actuar como agrupaciones financieras, teniendo tales organismos, además de su naturaleza propia, en forma adicional el carácter de controladoras de un grupo financiero. Sin embargo, en ningún momento se establece que la LRAF les será aplicable y, por ende, que tengan la obligación de responder en ninguna forma por las obligaciones de sus subsidiarias, ya que el art. 28 de la mencionada ley no se aplicará a tales agrupaciones, lo que consideramos injusto y una falta de sistematización legislativa.³⁶

³⁵ *Ibidem*, pp. 86 a 88.

³⁶ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

K. Las entidades financieras del exterior

Por reformas del 23 de noviembre de 1993, para armonizar nuestra legislación financiera con los cambios que conllevó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se añadió un capítulo a la LARF denominado "De las filiales de instituciones financieras del exterior", por el que se autoriza a entidades financieras del exterior (en adelante IFE) para constituir sociedades controladoras filiales, para que actúen como sociedades controladoras de un grupo financiero. Para ello, requieren autorización por parte de la SHCP (art. 27 D).

Para poder constituirse como tal, requieren estar expresamente autorizadas por un tratado o acuerdo internacional aplicable (art. 27 F).

Los requisitos para la solicitud de autorización son similares a los que se exigen para los grupos financieros en general (art. 27 G).

El capital social de estas sociedades deberá estar integrado por una sola serie de acciones, debiendo la IFE ser propietaria de acciones que representen cuando menos el 51% de la Filial (art. 27 H).

Las acciones representativas del capital social de una Sociedad Controladora Filial o entidad financiera filial, para enajenarse requieren autorización de la SHCP, debiéndose en principio, modificarse los estatutos de la Sociedad Controladora Filial (en adelante SCF, art. 27 I).

La SHCP puede autorizar que una IFE o una SCF adquieran acciones representativas de una sociedad controladora de un grupo financiero, o de que una SCF adquiera acciones representativas de una entidad financiera en cuyo capital participen mayoritariamente mexicanos, con ciertos requisitos (art. 27 J).

Las SCF no pueden, salvo excepciones, emitir obligaciones subordinadas.

El Consejo de Administración de la SCF estará integrado, por lo menos, por cinco consejeros y quince consejeros como máximo, los cuales deberán ser residentes en territorio nacional (art. 27 L).

El órgano de vigilancia de dichas sociedades estará integrado por lo menos por un comisario, nombrado por la IFE propietaria de las acciones de la SCF (art. 27 N).

III. CONCLUSIONES

La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras constituyó el paso definitivo para el logro de la banca universal en México. Su modo de constitución es relativamente *sui generis*, esto es, a través de grupos financieros constituidos a través de una sociedad controladora y sus filiales, estableciendo un mecanismo novedoso y peligroso: la firma de un convenio a través del cual la sociedad controladora responde de las obligaciones y de las deudas de sus subsidiarias, con todos los inconvenientes que hemos visto.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, concebimos en dicha legislación un intento por proteger los intereses del público inversionista, y una forma jurídica para alcanzar la banca universal, hacia la cual tienden los servicios financieros.

Consideramos que dicha legislación puede servir de base para que otros países regulen la prestación de servicios financieros.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS DERECHOS SOCIALES EN MATERIA DEL TRABAJO EN MÉXICO

UNA PROPUESTA PARA ROMPER EL CÍRCULO VICIOSO
ENTRE EL OLVIDO Y EL NO ME ACUERDO

Luis GÓMEZ ROMERO

A mí me parece completamente intolerable que haya gente que pueda trabajar ocho horas como loca, porque es así, por 5, 300 francos por mes. ¡Es difícil de admitir! Pero la verdad es que no tienen elección: están obligados a callarse.

Hamid, sindicalista francés
La miseria del mundo

SUMARIO: I. *Introducción. La igualdad en el frontis y el traspatio revolucionarios.* II. *Igualdad, diferencia y desigualdad.* III. *Un modelo garantista de derechos sociales en el ámbito laboral.* IV. *Los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo según el marco jurídico internacional.* V. *Obligación de progresividad en materia de derechos sociales en México.* VI. *Los derechos sociales en el Constituyente de 1916-1917: la germinación del olvido.* VII. *La trivialización doctrinal de los derechos sociales: la consolidación del no me acuerdo.* VIII. *Los derechos sociales desde el traspatio: uso alternativo del derecho e interpretación progresiva de la Constitución.* IX. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN. LA IGUALDAD EN EL FRONTIS Y EL TRASPATIO REVOLUCIONARIOS

Dado que me he propuesto reflexionar sobre algunas cuestiones en torno a los “derechos sociales” y, en específico, a los “derechos so-

ciales en el ámbito del trabajo”, he pensado comenzar este ensayo conforme lo ordena la ortodoxia en la materia y citar el consabido artículo 1o. de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, adoptada por la célebre Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789. Dicho artículo, como ustedes recordarán, ordena a la letra lo siguiente:

Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común.

Tales eran los —desde entonces— aclamados valores que campeaban en el frontis revolucionario: *Libertad, igualdad y fraternidad*. De la fraternidad, a la fecha, nadie hace demasiado caso. La igualdad gozó de mayor atención, y se expresó formalmente en el voto y en la idéntica consideración de los ciudadanos frente a la ley. La libertad, por último, también contó con múltiples corifeos, quienes a la postre terminaron por resumirla (síntesis bastante polémica, por cierto, pero cuyo análisis sin duda excede los propósitos de estas líneas) en la obediencia a leyes que la nueva nación-Estado se daba a sí misma mediante representantes legítimos.

Cuando llegó el momento de instrumentar estos valores, empero, las cosas no resultaron tan sencillas. La libertad degeneró en el *legicentrismo* del positivismo ideológico, la fraternidad —que continuó siendo ignorada por la mayoría de los mortales— en beneficencia y la igualdad en “movilidad social”. Mejor aún: en promesa de movilidad social que, como afirma Amelia Valcárcel, se reserva a “los varones inteligentes y esforzados y las mujeres bellas de honestidad bien administrada”.¹

El frontis revolucionario, por ende, puede aparecer como una veta agotada para el estudio del valor jurídico de la igualdad. Quizás en los traspatios revolucionarios —aunque abandonemos los lineamientos de la ortodoxia académica en materia de derechos sociales— encontremos algo relativamente nuevo que decir respecto al principio de igualdad. Después de todo, el ejercicio de semejante opción mantendrá nuestra conciencia tranquila: el cambio jurídico rara vez viene de las filas de la corrección política.

¹ VALCÁRCCEL, Amelia, *Del miedo a la igualdad*, Crítica, Barcelona, 1993, p. 115.

En el traspatio de la revolución destaca, desde el primer vistazo, *Graco Babeuf*.² La vida de François Noel Babeuf (alias *Graco*) constituye, sin lugar a dudas, un ejemplo acabado de lo que entendemos por “pasión revolucionaria”. Joven aún al producirse el gran estallido del 89, su corta vida fue —porque en materia de revoluciones, la paradoja es regla— lo suficientemente larga como para permitirle ser testigo apasionado, primero, y protagonista iluminado, después, de los grandes hitos de la Revolución Francesa.

Nacido de familia modesta, en Picardía (Francia), Babeuf llegó a París en 1780. Casi diez años después, se dejó encender rápidamente por el ardor revolucionario de las jornadas de julio, y regresó a su región natal para entregarse a una intensa lucha política que abarcó desde la agitación contra los impuestos indirectos hasta la campaña electoral, lo que le valió ser elegido administrador de distrito. Posteriormente obtuvo un empleo en la Comisión de Subsistencia de la Comuna de París, y fue encarcelado por los thermidorianos a la caída de Robespierre. Liberado pocos meses después, se entregó de nuevo a la actividad revolucionaria, que en esta ocasión se centró en el llamado Club de Panthéon y la bandera del restablecimiento de la Constitución del Año I. Poco tiempo de (agitada) vida le estaba reservado al Club: el gobierno del Directorio, amedrentado ante la influencia popular que alcanzó, ordenó en 1796 su clausura a Bonaparte.

Arrojado a la clandestinidad, Babeuf se dedicó en cuerpo y alma a la organización de un movimiento revolucionario de masas cuyo objetivo sería la conquista de París, primero, y el establecimiento en Francia, después, de una sociedad comunista: se trataba de la “Conspiración de los Iguales”. En torno a Babeuf se reunió un grupo de hombres de bravo talante: Buonarroti, Le Pelletier, Darthé y Maréchal quienes, reunidos en comité secreto, y mediante el empleo de métodos de agitación, comenzaron a organizar la insurrección.

Aquellos hombres trataban de llevar hasta sus últimas consecuencias la obra de “nivelación” emprendida por la Revolución. “Realiza-

² Para abundar sobre las andanzas de Babeuf y la *conspiración de los iguales*, véase el magnífico estudio introductorio que BRAVO GALA Pedro, realizó sobre el “Manifiesto de los iguales”, en *Socialismo premarxista*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1998. También es recomendable la lectura del capítulo sobre este tema en SOBOUL, Albert, *Compendio de la historia de la Revolución Francesa*, trad. E. Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1994.

zada la igualdad política”, pensaban, “debe operarse un *suplemento de revolución* que materialice la igualdad que viene dada en la naturaleza”, según asentó el propio Babeuf en el *Manifiesto de los Iguales*:

Siempre y por doquier se arrulló a los hombres con bellas palabras [...] Desde tiempo inmemorial se nos repite con hipocresía: los hombres son iguales, y desde tiempo inmemorial la desigualdad más envilecedora y más horrorosa pesa insolentemente sobre el género humano. Desde que hay sociedades civiles, se ha reconocido sin reservas el patrimonio más bello que posee el hombre, pero no ha podido realizarse todavía una sola vez: la igualdad no fue otra cosa que una bella y estéril ficción de la ley. Cuando hoy se la reclama con voz más potente se nos responde: “¡Callaos, miserables!” La igualdad de hecho no es más que una quimera; contentaos con la igualdad condicional: sois todos iguales ante la ley. ¿Qué más necesitas, canalla?” ¿Qué es lo que necesitamos aún? Legisladores, gobernantes, ricos propietarios, escuchad a vuestra vez.

[...]

Pues bien, pretendemos, de ahora en adelante, vivir y morir iguales, como hemos nacido: queremos la igualdad real o la muerte, eso es lo que necesitamos.

[...]

¿Qué necesitamos además de la igualdad de derechos?

No nos basta con que esta igualdad aparezca escrita en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; la queremos entre nosotros, bajo el techo de nuestras casas [...]³

Las palabras incendiarias de Babeuf, empero, quedaron —para tristeza del aguerrido revolucionario— en eso: simples palabras. Como suele suceder con los movimientos gestados en los traspatios revolucionarios, advertido el gobierno y traicionados los conspiradores por uno de sus agentes, los elementos más importantes de la *conspiración de los iguales* fueron detenidos. Llevados ante la Corte Suprema, en Vendôme, los culpables fueron castigados severamente. Babeuf y Darthé fueron condenados a la pena de muerte, misma que fue puntualmente ejecutada.

Sin embargo, algo podemos aprender del fracasado intento de aquellos conspiradores de la igualdad. En primer término, debemos repa-

³ BABEUF, Gracchus, “El manifiesto de los iguales”, en BRAVO GALA, Pedro (comp.), *op. cit.*, pp. 12-17.

rar en esa valiosa lección que establece que la *igualdad declarada en la ley* es distinta a la *igualdad material*. En otras palabras, la *igualdad formal* aparece como una categoría insuficiente: Babeuf y sus conspiradores aspiran a algo más, que confusamente llaman “igualdad material”. ¿A qué se habrá referido Babeuf cuando empleó semejante enunciado? ¿Cuál es la manifestación jurídica contemporánea de aquella “igualdad material” que hacia fines del setecientos se exigía desde los traspatios de la revolución?

II. IGUALDAD, DIFERENCIA Y DESIGUALDAD

Cuando se trata dogmáticamente el tema de los derechos sociales, es preciso recurrir a los conceptos de *igualdad*, *diferencia* y *desigualdad*. La confusión entre estas tres locuciones ha dado lugar a amargas polémicas —en el mejor de los casos— o a profundas injusticias —en el peor—, de modo que la exactitud en su empleo resulta imprescindible cuando se analiza un asunto como el que ahora nos ocupa. Espero, por consiguiente, no aburrirles con esta breve pero necesaria digresión sobre dogmática constitucional.

La *igualdad jurídica*, según enseña el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, consiste en “un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido que sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales”.⁴ Así, decir que un determinado derecho es “fundamental” quiere decir que “todos” (es decir, todas las personas) somos igualmente titulares del mismo. El sentido común nos advierte, empero, que la idéntica titularidad y garantía en los derechos fundamentales es independiente del hecho de que los titulares —los hombres y mujeres de carne y hueso que son los destinatarios de la norma jurídica— son entre sí diferentes.

La *igualdad de derecho* en la titularidad de los derechos fundamentales se garantiza *precisamente* porque todas las personas son *de hecho diversas* unas de otras por diferencias de género, etnia, religión, opiniones políticas o cualquier otra condición personal o social, más allá del hecho incontrovertible de que cada persona es un

⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 81.

ser único e irrepetible. La “diferencia”, en este contexto, se concibe como un elemento determinante de la identidad de la persona, misma que es tutelada por el derecho en su integridad. En otras palabras, “igualdad” es un término normativo: quiere decir que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales y que, siendo ésta una norma, no basta con enunciarla sino que es preciso observarla y sancionarla. “Diferencia”, por el contrario, es un término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay discrepancias, que la identidad de cada persona está dada, justamente, por tal diversidad y que, por consiguiente, ésta debe ser jurídicamente valorada en obsequio al principio de igualdad.⁵

A partir de tales presupuestos se comprende el nexo que, por vía de los derechos, vincula las diferencias con la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las *diferencias* —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que distinguen y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*.⁶ Las *desigualdades* —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción.⁷

Las diferencias concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las desigualdades, a formar las diversas esferas jurídicas. Las primeras son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales de libertad. Las segundas son, si no removidas, cuando menos compensadas o reducidas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales de índole social. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las “diferencias”; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las “desigualdades”.

De este modo, podemos afirmar que hemos dado un primer paso hacia la definición de aquello que, jurídicamente, podemos designar

⁵ *Ibidem*, p. 79.

⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁷ *Loc. cit.*

hoy en día como *igualdad material*. El ideal de *igualdad material* persigue atemperar las desigualdades que se constituyen a partir de la distinta titularidad de derechos patrimoniales entre las personas, o bien de las diferentes posiciones que, en los hechos, juegan en las relaciones de poder. Sin embargo, debemos reconocer que este enunciado, aparentemente sencillo, en realidad oculta una serie de aristas polémicas. No podemos sostener que exista un consenso respecto a los medios o los alcances de las acciones encaminadas al establecimiento de la igualdad material entre las personas.⁸ Resta averiguar, por consiguiente, cuáles son los principios que informan la estructura jurídica de las normas que conocemos como *derechos sociales*, cuya orientación ético-política responde al anhelo de la referida igualdad material.

III. UN MODELO GARANTISTA DE DERECHOS SOCIALES EN EL ÁMBITO LABORAL

¿Cuáles son, a la luz de las premisas anotadas, los instrumentos planteados por la ciencia jurídica contemporánea para satisfacer los requerimientos de la igualdad material en el ámbito del trabajo?

La respuesta a esta cuestión en la que se juegan incontables vidas (porque el trabajo, al margen de toda retórica, *efectivamente es fuente de vida*) requiere que, en primer término, señalemos algunas de las características que definen el equívoco proceso que denominamos *globalización*, actualmente determinante en la aplicación de normas jurídicas y, sobre todo, de aquéllas orientadas a la instauración de la igualdad material. Acto seguido, habremos de recurrir a

⁸ El gran reto que representa, tanto en el ámbito teórico como en el político, el planteamiento de la igualdad material, ha sido resumido por PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, en los siguientes términos: “De lo que se trata es de encontrar un criterio de igualdad material que impida la frustración de la vocación moral del hombre en sentido negativo y que la facilite, la promueva y la impulse desde el punto de vista positivo, en aquellos supuestos en que el individuo no puede hacerlo por sí mismo. Si lo planteamos pensando en el papel central de la libertad social, política y jurídica para alcanzar la libertad moral, la igualdad material supondría el criterio adecuado para que todos pudiesen llegar en igualdad de condiciones a ese ejercicio de la libertad protectora y de la libertad participación, y sería el criterio material para realizar la libertad promocional”. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 289.

algunos de los conceptos fundamentales tanto de la teoría política moderna como de la dogmática jurídica contemporánea para formular soluciones prácticas frente a los problemas que, en el ámbito del derecho del trabajo, plantea dicha globalización.

La globalización, a últimas fechas, ha ocupado la reflexión de las más brillantes mentes que, en todas las esferas del saber humano, ha generado nuestra época. El más elemental sentido de humildad me obliga a admitir que poco podría agregar a lo que otros, más sabios y prudentes que yo, han dicho sobre el tema. Me conformaré, entonces, con hacer énfasis en una denuncia concreta que, desde la óptica de las relaciones laborales, se formula cada vez con mayor frecuencia en contra de la globalización: se dice que el proceso globalizador es una perversa construcción ideológica, empleada por oscuros enemigos del género humano para justificar, por un lado, la especulación financiera que desplaza impunemente a muchedumbres enteras de los beneficios de la economía de mercado y, por otro, la explotación irracional de la naturaleza que deriva en el deterioro ambiental que todos —en este punto no caben las excepciones— padecemos en la actualidad.⁹ Sobre el particular, me gustaría formular dos precisiones:

1. Una de las mayores falacias que pueden afirmarse en torno a la globalización reside, precisamente, en sostener que consiste en una mera falacia ideológica. La globalización —nos guste o no— *está ahí*, manifestándose en cada una de sus secuelas, ya positivas (por ejemplo, en la amplia difusión de los avances científicos y tecnológicos), ya negativas (verbigracia, en los efectos que los movimientos bursátiles desafortunados tienen en la microeconomía).
2. El hecho de que admitamos la *existencia* de la globalización, empero, no implica que aceptemos *fatalmente* las secuelas negativas que ésta trae aparejada. La globalización, en este sentido, debe someterse a un pensamiento riguroso que critique y analice sus principios y fundamentos.¹⁰

⁹ Véase, a manera de ejemplo, la obra de FORRESTER, Viviane, *Una extraña dictadura*. Buenos Aires, FCE, 2000.

¹⁰ Cfr. OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, Paidós/Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 23-36 (cap. I: "Globalización y multiculturalismo").

Por así convenir al orden de la exposición, desarrollaré en primer término la segunda de las observaciones que he señalado. El instrumento crítico que la ciencia jurídica ofrece frente a la globalización, bajo el modelo contemporáneo de derecho constitucional y democrático, sin lugar a dudas pasa por los derechos fundamentales de la persona. En otras palabras, los derechos fundamentales de la persona constituyen el límite indiscutible de toda política social o económica fundamentada en la "globalización", cualquiera que sea el sentido que los agentes encargados de instaurar tales políticas confieran a este término.

Bajo la tradición liberal se concibió un Estado de Derecho limitado solamente por prohibiciones, mismas que tenían la finalidad de garantizar los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre-políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). Así, las *garantías liberales o negativas* consisten únicamente en deberes públicos negativos que se resumen en el célebre aforismo que reza *laissez faire, laissez passer*, dejar vivir, dejar hacer.

Sin embargo, junto a los tradicionales derechos de libertad, las constituciones del siglo XX —en forma principalísima aunque no exenta de defectos, como veremos adelante, la Constitución mexicana vigente— reconocieron a la persona humana otros derechos vitales o fundamentales: por ejemplo, los derechos a la subsistencia, a la salud, al trabajo, a la educación o a la vivienda. A diferencia de los derechos de libertad, que son *derechos de* (o facultades de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer), estos derechos, que podemos llamar "sociales", son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* (o deberes públicos de hacer). La vieja noción liberal de "Estado de derecho", en consecuencia, debió ser ampliada para estructurar la figura de un Estado vinculado por obligaciones, además de las tradicionales prohibiciones que limitaban su actuación. En este contexto, surgieron dos modelos diferenciados del Estado de Derecho, según la inclinación que presentan los diversos ordenamientos constitucionales: cuando una Constitución incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *Estado de derecho liberal*; cuando por el contrario, incorpora también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en

garantía de derechos sociales, se le caracteriza como *Estado de derecho social*.

La base de legitimación del Estado cambia de un modelo a otro: mientras el *Estado de derecho liberal* cumple su cometido simplemente *no empeorando* las condiciones de vida de los ciudadanos, el *Estado de derecho social* debe también *mejorarlas*. En otras palabras, un *Estado de derecho social* no debe conformarse con no representar un inconveniente para los gobernados, toda vez que la Constitución le obliga a ir más allá, le impone la garantía de determinadas *ventajas* para la persona.¹¹

La diferencia entre ambos modelos de Estado se encuentra sustancialmente vinculada a la distinta naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de la existencia humana: la vida, las libertades y las inmunidades frente a los abusos de poder; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten, por el contrario, adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda o la educación.¹² Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.¹³

La Constitución mexicana de 1917 establece ambos tipos de garantías a favor de la persona, de modo que podemos válidamente afirmar que, si nuestra realidad social guardara congruencia con los principios inscritos en el régimen constitucional de garantías, los mexicanos deberían tener plenamente asegurados tanto sus libertades individuales como un entorno económico-social regido por ciertos principios de justicia social. Sabemos —y en este punto prescindiré de cualquier respaldo estadístico, puesto que basta con asomarse a la

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 860 y ss.

¹² Sobre el deber de provisión de los bienes enunciados que, hoy en día, corresponde al Estado, asienta DÍAZ, Elías: "El individuo hoy, por diferencia de lo que ha venido pasando en otras sociedades históricas, no ejerce un verdadero señorío más que sobre una parte mínima de sus condiciones materiales de existencia, estando el resto de su esfera vital a cargo del Estado, el cual debe subvenir a lo que los alemanes llaman la *Daseinsvorsorge*, la procuración de la existencia de los ciudadanos, y no sólo ya el orden externo". Véase *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9a. ed., Madrid, 1998, p. 107.

¹³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 862.

calle y/o leer el periódico para comprobarlo— que las expectativas del régimen constitucional de garantías no son plenamente satisfechas en la vida cotidiana de cada habitante del país. En este sentido, todavía resta un largo trecho por recorrer antes de dotar de plena efectividad, mediante la ley y la interpretación judicial de la misma, el régimen constitucional de garantías.

En vista de tales presupuestos, la primera y fundamental característica que, frente al proceso de globalización, debería definir a la legislación laboral, consiste en la plena actualización de las garantías constitucionales en materia de derecho del trabajo. Tal es el rasgo fundamental de un *modelo garantista de derecho social*, esto es, de un modelo de derecho social orientado a la garantía de los derechos fundamentales de la persona.

Una vez asentada esta premisa teórica, podemos enunciar dos principios generales del Estado constitucional de derecho que, en el contexto de las relaciones laborales, guardan especial relevancia respecto a la construcción garantista de un modelo de derecho social:¹⁴

1. *El principio de legalidad*. Para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos en vez de abandonarse al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos. Por ejemplo, el derecho a un "salario remunerador" debe ser garantizado mediante una detallada regulación de las medidas protectoras del salario.
2. *El principio de jurisdiccionalidad*. Para que las lesiones a los derechos sociales sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación. Por ejemplo, toda vez que el Estado no puede garantizar en términos absolutos el derecho *al* trabajo, en la medida en que es materialmente imposible que ejerza un monopolio frente a la oferta de empleo,¹⁵ la protección del derecho *al* trabajo se ob-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 915 y ss.

¹⁵ Véase SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*. Madrid, Trotta, 1996, pp. 123 y ss.

tiene mediante la garantía del principio de *estabilidad en el empleo*, que asegura la resolución en sede judicial del conflicto que genera la terminación arbitraria de la relación de trabajo por parte del empleador.

La alusión al principio de *jurisdiccionalidad*, de esta manera, nos conduce a una encrucijada sustancial en el contexto del moderno derecho del trabajo. Existe una serie de derechos sociales que, en el ámbito del trabajo, requieren ser justiciables para encontrarse, al propio tiempo, dotados de eficacia, como acertadamente señalan sobre el particular Víctor Abramovich y Christian Courtis:

Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho [...] Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular/acreador está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho.¹⁶

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales. Por desgracia, éste es quizá el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales en-

¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en CARBONELL, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 153 y 154.

cargados de la aplicación de los tratados.¹⁷ En materia laboral, empero, algo se ha avanzado en la esfera internacional para superar este perenne vicio en la determinación de los derechos sociales.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO SEGÚN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Durante el año de 1998, en el seno de la 86a. Conferencia Internacional del Trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó su *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Aquella fue considerada una ocasión histórica, y con toda razón. Como declarara el Secretario General de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), Bill Jordan, la *Declaración* "podría dar mayor fuerza a la OIT en su empeño por dotar de una dimensión social y una faceta humana a la mundialización, dos aspectos que se necesitan con urgencia".¹⁸

La *Declaración* establece claramente que todos los Estados miembros de la OIT tienen la obligación, por el mero hecho de pertenecer a la Organización, de "respetar, promover y hacer realidad" los derechos fundamentales de los trabajadores, mismos que se definen en cuatro rubros (artículo 2o.):

- La libertad de asociación y la libertad sindical, así como el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- La abolición efectiva del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Los Estados parte de la Organización tienen la obligación de promover estos derechos, hayan o no ratificado los convenios pertinentes (artículo 2o.). Tales convenios son, a saber, los siguientes:

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ Citado por BRET, William, "Las normas fundamentales del trabajo: un terreno de juego parejo para todos los países", en *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación y perspectivas*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

- *Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación*, 1948 (núm. 87).¹⁹
- *Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*, 1949 (núm. 98).
- *Convenio sobre el trabajo forzoso*, 1939 (núm. 29).²⁰
- *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso*, 1957 (núm. 105).²¹
- *Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, 1951 (núm. 100).²²
- *Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, 1958 (núm. 111).²³
- *Convenio sobre la edad mínima*, 1979 (núm. 138).
- *Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, 1999 (núm. 182).²⁴

Así, al menos en el ámbito laboral se ha adelantado significativamente, desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, en la identificación de aquellos derechos fundamentales de índole social que deben ser justiciables a efecto de dotarles de plena eficacia. En el caso mexicano, además, existe una nota singular que caracteriza la aplicación de tales derechos fundamentales. Dicha nota es la *progresividad*.

¹⁹ Este convenio fue ratificado por México, y apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el lunes 16 de octubre de 1950.

²⁰ Este convenio fue ratificado por México. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de agosto de 1935.

²¹ Este convenio fue ratificado por el gobierno mexicano. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 21 de agosto de 1959.

²² Este convenio fue ratificado por México. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de octubre de 1952.

²³ Este convenio fue ratificado por México. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del día 11 de agosto de 1962.

²⁴ Este convenio fue ratificado por México. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 7 de marzo de 2001.

V. OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO

Conforme a lo ordenado en el artículo 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*,²⁵ el Estado mexicano asumió el compromiso de adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.²⁶ Para efectos laborales, entre tales derechos destacan —además de los señalados anteriormente—, en términos del numeral 43 de la aludida *Carta*, los siguientes:

- a) El derecho al bienestar material y al desarrollo espiritual de la persona, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.
- b) El reconocimiento del trabajo como un derecho y un deber sociales, que otorga dignidad a quien lo realiza y que debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.
- c) El derecho de trabajadores y empleadores, tanto rurales como urbanos, de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva.

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

²⁶ En el mismo sentido, el artículo 16. del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*, ratificado por México el 16 de abril de 1996 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 1 de septiembre de 1998.

- d) La instauración de justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad.
- e) La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático.
- f) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y el proceso de desarrollo.
- g) El desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

La *progresividad* en materia de derechos sociales se aprecia desde dos perspectivas: i) la *interpretación* de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales (en general) y sociales (en particular); y ii) el *deber* de los Estados consistente en adecuar su derecho interno a las prerrogativas de la persona establecidas en tratados internacionales de derechos humanos.

Por lo que se refiere a la *interpretación progresiva* de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁷ ha establecido lo siguiente:

Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.²⁸

²⁷ Cfr. la *Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día 24 de febrero de 1999.

²⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Nicaragua, Sentencia de 1 de febrero de 2000, Serie C, núm. 67, párrafo 146. En el mismo sentido, véase, de la propia Corte, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párrafo 114.

En lo atinente a la *adecuación progresiva* del derecho interno a las obligaciones que, en materia de derechos humanos, el Estado mexicano ha asumido en el ámbito internacional, cabe destacar que el legislador nacional tiene el deber de buscar en forma perenne más perfectas garantías de los derechos fundamentales de la persona en general y, en concreto, de los derechos sociales que, en el ámbito del trabajo, han sido enunciados hasta este momento. De este modo, en orden a una interpretación sistemática²⁹ del marco internacional regulatorio de los derechos humanos, podemos sostener que los límites de dicho *deber de progresividad* se encuentran definidos en el párrafo primero del artículo 2o. del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*,³⁰ cuyo tenor literal es el siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

²⁹ *Grosso modo* se llama sistemática toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el "sistema" del derecho: unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución (en el caso que nos ocupa, el conjunto de disposiciones fiscales). Bajo esta óptica, el sistema jurídico y los subsistemas que lo componen se conciben generalmente como conjuntos de normas coherentes (carentes de antinomias o contradicciones) y completos (carentes de lagunas). Véase GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3a. ed., trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2001, p. 43. En términos análogos, apunta GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: "[...] la [interpretación] lógico-sistemática [...] no busca la intención (puramente subjetiva) del legislador, sino el sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho. De acuerdo con esta segunda postura, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que la constituyen, e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores. Tal significación no sólo depende de lo que las palabras de la ley por sí mismas expresan, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otros que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trate". *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 329.

³⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 12 de mayo de 1981.

En términos análogos, la CIDH ha asentado el siguiente precedente en relación con el artículo 2o. de la anteriormente citada *Convención Americana sobre Derechos Humanos*:³¹

El deber general del artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas [para adecuar el derecho interno] en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³²

En suma, conforme al deber de progresividad, el Estado mexicano está obligado, en materia de derechos fundamentales relativos al trabajo:

- A promover reformas legislativas que doten de eficacia tales derechos.
- A establecer, en las reformas que promueva en la materia, el deber del poder público consistente en destinar el máximo de los recursos disponibles a la satisfacción de los derechos sociales.

³¹ El artículo 2o. de dicho instrumento internacional, a la letra, ordena lo siguiente: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Por su parte, el artículo 1o. establece: "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. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

³² Caso Castillo Pertuzzi y otros, Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Serie C, núm. 41, párrafo 207. En forma análoga, en el caso Garrido y Baigarroia, Argentina, Sentencia de 2 de febrero de 1996, Serie C, núm. 26, párrafo 68, estableció lo siguiente: "En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*'principe allant de soi'*; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultif, 1925, C. P. J. I., série B, núm. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados".

Una vez delimitados con claridad los deberes que el derecho internacional impone al Estado mexicano en la materia que es objeto de nuestro análisis, resulta sorprendente que el derecho interno haya sido prácticamente omiso en el desarrollo de los mismos. Al respecto, cabe destacar que las premisas normativas que aparecen tan claras desde la perspectiva internacional, resultan confusas cuando se estudian bajo la óptica del texto constitucional en el caso mexicano. El Constituyente de 1916-1917, ciertamente, estableció el catálogo de derechos sociales en el ámbito del trabajo sin pretender dotarles de carácter coactivo frente al Estado y, en consecuencia, sin respaldarles adecuadamente con la justiciabilidad que es condición de su eficacia. Con miras a comprender este aserto, por consiguiente, habré de detenerme unos instantes en algunas reflexiones contemporáneas respecto a la gestación de los derechos sociales en la Constitución mexicana vigente.

VI. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUYENTE DE 1916-1917: LA GERMINACIÓN DEL OLVIDO

La cuestión relativa a la comprensión jurídica de los derechos sociales en el ámbito laboral es particularmente relevante en el desarrollo histórico del constitucionalismo mexicano, toda vez que el texto del artículo 123 constitucional, durante décadas, apareció en el discurso oficial como una gran "conquista de clases" legitimadora del corporativismo característico del antaño hegemónico Partido Revolucionario Institucional (PRI). Sin embargo, el modelo de los "derechos sociales" surgido del Constituyente de 1916-1917 les privó de calidad normativa, de modo que fueron clasificados, en cambio, bajo la errática categoría de "frutos" o "conquistas" de la Revolución. Sobre el particular, anota José Ramón Cossío:

Si analizamos el modelo social resultante de la Constitución de 1917, el mismo no imponía al Estado la obligación de otorgar una serie de prestaciones materiales de carácter directo a favor de quienes menos tenían (salvo la educación básica gratuita). Por el contrario, era el de un Estado que, fundamentalmente, establecía limitaciones a ciertas categorías de sujetos calificados como poderosos o relevantes (Iglesia, latifundios o patronos), a efecto de lograr que éstos respetaran ciertas condiciones mínimas de otros sujetos

considerados débiles o menos poderosos (niños, jornaleros, trabajadores, etcétera). A la concepción de Estado social introducida en 1917, subyacía la idea de que el papel de las normas jurídicas y, por ende, el papel del Estado, debía limitarse al establecimiento de condiciones de protección en contra de los abusos que se habían dado en el porfiriato. La visión del papel que debía jugar el Estado no era, pues, en el sentido de que confiriera subsidios, otorgara puestos de trabajo, llevara a cabo dotaciones diversas a las que tenían un carácter fundamentalmente restitutorio, etc.³³

Bajo tales presupuestos, por “derechos sociales” se entendían aquellas normas constitucionales que:³⁴

- Se hubieren elaborado en contraposición a los contenidos (liberales) de la Constitución de 1857.
- Fueran la expresión directa de los postulados de la Revolución de 1910.

³³ COSSÍO, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México/Miguel Ángel Porrúa, p. 124. Esta tesis resulta corroborada por el siguiente criterio jurisprudencial de la época, relativo a la ley reglamentaria del texto constitucional:

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, NATURALEZA PROTECCIONISTA DE LA. Las normas contenidas en la Ley Federal del Trabajo están inspiradas más que en un principio distributivo equivalente de la justicia en relación con ambas partes, basado en la igualdad ante la ley, en una nueva idea sobre que la justicia en materia social estriba en tratar igualmente casos iguales y desigualmente a los que así lo sean, prestando apoyo a quienes, por falta de elementos o incultura, no pueden asesorarse técnicamente en su defensa y resienten mayores perjuicios por la falta de expedición de la justicia.

Amparo directo en materia de trabajo 138/41. La Latino Americana, Compañía de Seguros sobre la Vida, S. A. 8 de abril de 1941. Unanimidad de cinco votos. Relator: Hermilio López Sánchez.

Quinta Época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXVIII, p. 450.

³⁴ COSSÍO, *op. cit.*, p. 124. En términos análogos, Graciela Bensusán Areous divide la organización jurídica del mercado laboral a partir del texto original del artículo 123 constitucional en tres elementos: i) la promulgación de una legislación destinada a uniformar las condiciones laborales, estableciendo un conjunto de derechos irrenunciables, para todo aquel que trabaje a cambio de un salario; ii) la legalización de la organización y acción colectiva, incluyendo la huelga, como forma de equilibrar fuerzas y de avanzar más rápido en el mejoramiento de la situación de los trabajadores, obligando a los empleadores a negociar bajo presión, y 3) el papel tutelar del Estado, a favor de los más débiles, reconociendo con ello la desigualdad entre el capital y el trabajo. *Cfr. El modelo mexicano de regulación laboral*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco/Fundación Friedrich Ebert/Plaza y Valdés Editores, 2000, p. 93.

- Confirieran atribuciones al Estado para imponer obligaciones a cierto tipo de particulares.
- No impusieran obligaciones patrimoniales directas a los propios órganos estatales.

De este modo, la elogiada “novedad” de la Constitución de 1917 en materia de derechos sociales se reduce, en los análisis contemporáneos sobre la elaboración del texto constitucional, al rompimiento de la visión del derecho como regulación de las conductas dadas en una sociedad homogénea, con el consecuente nacimiento de la idea de que la norma constitucional puede regular también las posiciones de diversos grupos o clases sociales. Semejante concepción de los derechos sociales, empero, resulta parcial en la medida en que no les permitió consolidarse como auténticos instrumentos para la instauración de la igualdad material. En otras palabras, los derechos sociales nacieron en el orden jurídico mexicano viciados por el “pecado original” del “olvido” de las condiciones de su eficacia, es decir, de su plena justiciabilidad. De ahí que, en el mediano plazo, el referido concepto sobre los derechos sociales sirviera como coartada al régimen autoritario para legitimar el pretendido “carácter social” del Estado mexicano.

VII. LA TRIVIALIZACIÓN DOCTRINAL DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA CONSOLIDACIÓN DEL *NO ME ACUERDO*

Con el paso de los años, la concepción original del Constituyente de 1916-1917 sobre los derechos sociales en el ámbito del trabajo, fue revisada por la doctrina mexicana. Sobre el particular, cabe subrayar, en seguimiento de Cossío, que los autores que llevaron a cabo tal revisión, en múltiples ocasiones, estaban más ocupados en justificar el referido régimen autoritario que en realizar aportaciones valiosas a la ciencia jurídica. En este contexto, el resultado de sus esfuerzos fue una sólida *trivialización* ideológica de los derechos sociales, que fueron calificados como meras “normas programáticas”. Al respecto, enseña el propio Cossío:

Revisado [...] el tipo de explicaciones que se dieron respecto a la “naturaleza jurídica” de estos últimos [los derechos sociales] y la relación existente entre

algunos de los juristas citados y el régimen político [...] nos parece posible afirmar [...] que] era necesario llevar a cabo un ejercicio fundamentalmente ideológico sobre los derechos sociales, de manera tal que, a pesar de su constitucionalización, los mismos poco o nada significaran normativamente. El modo de alcanzar este objetivo fue, primeramente, sosteniendo el carácter político de la Constitución, al punto de hacerla aparecer como el mero resultado de los factores reales de poder y, posteriormente y ya de un modo más específico, sosteniendo el carácter programático de los derechos sociales. Así [...] se vació la Constitución de sentido normativo [...].³⁵

A raíz de esta “evacuación” ideológica de las normas constitucionales, tanto en la legislación secundaria como en los hechos se perfilaron los rasgos que habrían de definir el corporativismo laboral mexicano. Tales características del modelo laboral prevaleciente durante los setenta años de hegemonía del PRI³⁶ pueden ser resumidas, conforme la categorización propuesta por Graciela Bensusán,³⁷ en dos grandes rubros:

- *El perfeccionamiento del control jurídico-político sobre los trabajadores.* La tendencia a la corporativización de los trabajadores tiene sus orígenes en el *Estatuto de los Trabajadores al Servicio del Estado* del año de 1938, que estableció un régimen jurídico limitante de los derechos colectivos de los trabajadores al servicio del Estado, a cambio de la estabilidad en el empleo. Posteriormente, con la transformación del Partido de la Revolución Mexicana (PRM) en el PRI (1946) que incluyó, entre las corporaciones que lo integraban, un “sector obrero”, se consolidó la corporativización de los sindicatos en el sistema político, de manera que en adelante los recursos de poder derivados de su presencia en el aparato estatal permitieron dar forma a un intenso intercambio de favores y ventajas con los sucesivos gobiernos priistas, que beneficiaron tanto a los liderazgos como a los contingentes obreros ubicados en las ramas estratégicas, a cambio de la paz laboral. En otras palabras, la estabilidad en el mercado laboral fue asegurada mediante la incorporación de la mayoría

³⁵ *Ibidem*, p. 142.

³⁶ Me refiero a los años comprendidos en el periodo 1929-2000.

³⁷ Cfr. BENSUSÁN, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

de los sindicatos al partido, hecho que permitía “recompensar” a los grupos sindicales leales al sistema con prestaciones compensatorias “pactadas” según criterios de oportunidad política.

- *La subordinación del movimiento obrero.* En general, las políticas reductoras de la autonomía del movimiento obrero no se manifestaron en modificaciones al marco jurídico laboral, sino en la práctica de medidas legales e ilegales de control (v. gr., utilización del ejército, toma de instalaciones sindicales, etc.) y de una interpretación restrictiva y autoritaria de las disposiciones vigentes en materia de registro de sindicatos e inexistencia de huelgas. El registro de los sindicatos ante las autoridades laborales, ciertamente, se volvió en los hechos una barrera infranqueable a menos que se garantizara el control por otras vías, como la incorporación de los sindicatos o secciones a las centrales u organizaciones existentes y vinculadas con el PRI. Dichas centrales (tristemente, aún hoy en día), suelen vender a los empleadores la “protección” de contratos colectivos cuyas prestaciones “pactadas” se encuentran debajo de las necesidades reales de los trabajadores. Esta situación se encuentra jurídicamente reforzada —por ejemplo, en lo que atañe a las demandas de titularidad de contratos colectivos— mediante la incorporación, mantenida hasta la fecha, de los tribunales del trabajo al Poder Ejecutivo. De este modo, el marco jurídico vigente en la materia dota al Ejecutivo de la potestad extrajurídica de subordinar la justicia laboral, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, a la compleja red de lealtades descrita anteriormente.

En este contexto, los rasgos “tutelares” del modelo de regulación laboral mexicano no fueron resultado del aumento del poder sindical o de su expansión y movilización, sino del costo que debió pagarse para recuperar la legitimidad perdida en situaciones abiertamente represivas, cuando el movimiento obrero probó su lealtad al régimen (1959-1968).³⁸ Ello explica en buena medida la adopción de la *Ley*

³⁸ Para un análisis somero del proceso histórico que dio origen a la vigente LFT, véase AGUILAR CAMÍN, Héctor, y MEYER, Lorenzo, *A la sombra de la Revolución Mexicana*, 6a. ed., México, Cal y Arena, 1991, pp. 219 y ss., y KRAUZE, Enrique, *La presidencia imperial*, México, Tusquets, 1997, pp. 277 y ss.

Federal del Trabajo (LFT) vigente durante el periodo de gobierno de Gustavo Díaz Ordaz, ordenamiento en cuya formulación no participaron las organizaciones sindicales, sino que fue elaborado por una comisión redactora designada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS),³⁹ presentada ante el Congreso como iniciativa presidencial, y que no llegó a modificar en modo alguno las características distintivas del modelo mexicano de regulación laboral. Como era de esperarse, cuando la iniciativa salió a la luz pública en el año de 1970 no hubo debate alguno, más que el intrascendente paso de la iniciativa por un Congreso de la Unión controlado por el PRI y con una minoritaria representación del Partido Acción Nacional (PAN), que planteó sin éxito sus demandas para democratizar dicha esfera del ordenamiento jurídico.⁴⁰

Así, el modelo de regulación laboral resultante del frontis de la Revolución Mexicana es francamente antidemocrático, en la medida en que se encuentra estructurado sobre consideraciones de razón de Estado. El régimen político autoritario establecido por el PRI, en efecto, empleó el aludido modelo como un instrumento relativamente flexible para asegurar su continuidad. De ahí que, frente a la crisis mundial de los principios y categorías fundacionales del derecho del trabajo, que ha suscitado reformas limitativas de los derechos de los trabajadores en prácticamente todo el mundo,⁴¹ la LFT mexicana haya permanecido intacta durante más de treinta años. Sobre el particular, apunta Bensusán:

[...] el modelo mexicano de regulación laboral combina zonas de rigidez en la protección de los asalariados (estabilidad en el empleo y condiciones mí-

³⁹ La referida comisión se integró por Salomón González Blanco, María Cristina Salmorán de Tamayo, Ramiro Lozano, Alfonso López Aparicio y Mario de la Cueva. Cfr. CUEVA, Mario DE LA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 15a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 55 y ss.

⁴⁰ Cfr. BENSUSÁN, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

⁴¹ Para un estudio introductorio de este fenómeno en América Latina y Europa es recomendable la lectura, respectivamente, de SÉLLER, Jürgen, *Reformas económicas, crecimiento y empleo. Los mercados de trabajo en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica/Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2000; y SUPLOT, Alain (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

nimas de trabajo) con otras donde se deja un margen importante a la discrecionalidad estatal (derechos colectivos y resolución de conflictos) y patronal (selección de la contraparte sindical, organización del trabajo en la empresa). El resultado de ello es la adaptación de los niveles legales de protección a los imperativos cambiantes de la acumulación capitalista. La particularidad atañe a los mecanismos a través de los cuales se contrarrestan los factores de rigidez legal —tanto en el campo de los derechos individuales como en el de los colectivos— y que configuran lo que hemos denominado como un caso de “flexibilidad corporativa”.⁴²

La *flexibilidad corporativa* a la que alude Bensusán consiste en la abierta o encubierta trasgresión de la legalidad laboral con impunidad, mediante la discrecionalidad estatal y patronal en la interpretación y/o aplicación de las normas y de la complicidad sindical que las acompaña.⁴³ Dicha *flexibilidad corporativa* propicia la utilización de estrategias de competitividad basadas en el abatimiento de los costos laborales, la precarización del empleo y el debilitamiento de los sindicatos. Por el contrario, desalienta tanto los esfuerzos encaminados a configurar una fuerza laboral con las calificaciones y habilidades necesarias para adaptarse a los cambios de los ciclos económicos, como la adopción de formas de implicación consensuales y de mecanismos de cooperación y fijación de las remuneraciones e incentivos destinados a lograr un reparto equitativo de los resultados de la producción o la prestación del servicio.⁴⁴ En suma, el modelo mexicano de regulación laboral vigente es, en múltiples facetas, un obstáculo para la realización de la igualdad material.

En vista de semejantes antecedentes y de la situación que prevalece actualmente en el mercado laboral mexicano, parece necesario aventurarnos en el traspaso revolucionario con miras a la instauración efectiva —cuando menos, en el ámbito del trabajo— de la igualdad material entre los mexicanos.

⁴² BENSUSÁN, *op. cit.*, p. 247.

⁴³ *Ibidem*, p. 248.

⁴⁴ *Loc. cit.*

VIII. LOS DERECHOS SOCIALES DESDE EL TRASPATIO:
USO ALTERNATIVO DEL DERECHO E INTERPRETACIÓN
PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN

A últimas fechas se ha extendido en América Latina cierto discurso jurídico orientado a la teorización de las relaciones sociales, en relación con la normatividad jurídica, desde la perspectiva de un urgente cambio social y, en concreto, de la búsqueda de la mejor y efectiva satisfacción de los derechos fundamentales del hombre. Dicho en otras palabras, algunas vetas del discurso jurídico latinoamericano se han orientado a la idea de emancipación como interés-guía y, consecuentemente, al rastreo intencionado de estrategias que hagan posible la vigencia real de los derechos humanos.⁴⁵ Tales manifestaciones del discurso jurídico —sus fuentes son sumamente diversas—, pueden interpretarse como expresiones de cierto estado social descrito, desde tres décadas atrás, por una corriente del pensamiento jurídico conocida como *uso alternativo del derecho*, cuyo origen debe rastrearse hasta el Viejo Continente.

Hacia el último tercio del siglo XX y en el seno de la discusión sobre el paradigma científico del derecho, se gestó —principalmente en España e Italia— el movimiento del *uso alternativo del dere-*

⁴⁵ A modo de ejemplo, entre las obras de publicación reciente que han mostrado el interés aludido en el ámbito latinoamericano cabe mencionar las compilaciones de ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos (Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, España)*, México, ILANUD/Comisión Europea/Secretaría de Gobernación/Porrúa, 2000, y de CARRANZA, Elías, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, México, ILANUD/Siglo XXI editores, 2001. En México, destaca el texto de CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford, 2002. Entre el nutrido catálogo de obras publicadas por organizaciones no gubernamentales de promoción y defensa de los derechos humanos, citaré sólo un par de muestras: *La legalidad de la injusticia*, México, Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, 1988; ÁLVAREZ, Rafael, et al., *Tortura en México: impunidad amparada en la ley*, México, Amnistía Internacional/Universidad Iberoamericana/Red de Derechos Humanos Todos los Derechos para Todos/Instituto Tecnológico Autónomo de México/Misión Civil por la Paz, 2001; RAMÍREZ CASILLAS, Vicente Manuel, *Tierra, diferencia y poder. Violaciones a los derechos humanos indígenas en México: 1988-1994*, México, Universidad Iberoamericana/Red de Derechos Humanos Todos los Derechos para Todos/Universidad Latina de América/Amnistía Internacional, 2000; *Injusticia legalizada. Procedimiento penal mexicano y derechos humanos*, México, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez", A. C./Lawyers Comité for Human Rights, 2001.

cho.⁴⁶ Las teorías sobre el *uso alternativo del derecho* insisten, en un momento de crisis de los modelos clásicos del derecho y de la ciencia jurídica, en el carácter ideológico y no neutral del derecho y de las técnicas para su aplicación. Basándose en el carácter político de la actividad judicial, los partidarios del *uso alternativo* intentan invertir el papel que, en su opinión —y con la teoría del positivismo jurídico como coartada— había desempeñado el derecho durante décadas. El punto de partida de las tesis sobre el *uso alternativo del derecho* consiste, por consiguiente, en evidenciar que, bajo el paradigma científico, el derecho no es, como se había pensado, una herramienta neutra o apolítica de administración de justicia, sino que en realidad constituye un instrumento de dominación de clase.

Sin embargo, cabe precisar que el *uso alternativo* va más allá de la crítica al derecho identificado como "derecho burgués", absolutamente irredimible y sin otro porvenir que su extinción. Desde los presupuestos del *uso alternativo*, ciertamente, cabe la superación del nihilismo jurídico al que podrían llevar ciertos desarrollos de las teorías marxistas. El punto de vista *alternativo* considera la posibilidad de convertir al derecho en "arma emancipatoria de la clase trabajadora" y contraria, por ende, a los intereses de la clase burguesa y capitalista.⁴⁷

⁴⁶ Cfr. GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Ed. Alfons el Magnànim/Generalitat Valenciana, Valencia, 1996, pp. 212 y ss. Para el caso italiano, véase ACCATTATIS, Vincenzo, FERRAJOLI, Luigi, y SENESE, Salvatore, "Por una 'Magistratura Democrática'", en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (ed.), *Política y justicia en el Estado capitalista*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Barcelona, Fontanella, 1978, pp. 132 y ss.

⁴⁷ En su escrito sobre *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, MARX denunció, refiriéndose a la Carta constitucional francesa de 1848, que: "[...] la Constitución se remite constantemente a futuras leyes orgánicas, que han de precisar y poner en práctica aquellas reservas y regular el disfrute de estas libertades ilimitadas, de modo que no choquen entre sí, ni con la seguridad pública. Y estas leyes orgánicas fueron promulgadas más tarde por los amigos del orden, y todas esas libertades reguladas de modo que la burguesía no chocase en su disfrute con los derechos iguales de las otras clases. Allí donde veda completamente "a los otros" estas libertades, o consiente su disfrute bajo condiciones que son otras tantas celadas policíacas, lo hace, pura y exclusivamente, en interés de la 'seguridad pública', es decir, de la seguridad de la burguesía, tal y como lo ordena la Constitución. En lo sucesivo, ambas partes invocan, por tanto, con pleno derecho, la Constitución: los amigos del orden al anular todas esas libertades, y los demócratas, al reivindicarlas todas. Cada artículo de la Constitución contiene, en efecto, su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad. Por tanto, mientras se respetase el nombre de la libertad y sólo se impidiese su aplicación real y

Con miras a la emancipación de la clase trabajadora, los juristas del *uso alternativo* hacen énfasis en las lagunas y antinomias que presenta el ordenamiento jurídico. Es por demás sabido que las incoherencias en el sistema jurídico, así como el talante poco preciso o ambiguo de algunos preceptos constitucionales, multiplican las posibilidades interpretativas de las normas. Los defensores del *uso alternativo*, por ende, hacen especial hincapié en la posibilidad de hacer una interpretación de las normas que: i) realice los principios y valores constitucionales específicamente democráticos, mediante la praxis judicial; ii) proyecte los contenidos de las normas constitucionales a supuestos cada vez más amplios (interpretación progresiva), y iii) sirva como instrumento de liberación de la clase obrera. En suma, desde la perspectiva hermenéutica, el “uso alternativo” rechazó el estudio fragmentario del conflicto jurídico y propugnó, en cambio, por el análisis del caso concreto en el contexto de un orden social burgués fundamentalmente discriminatorio e injusto.⁴⁸

Esta posibilidad teórica de dotar al derecho de una dimensión emancipadora no es ajena a los operadores del derecho positivo mexicano, ni puede considerarse como una de las últimas, caducas hijas del pensamiento marxista. Por el contrario, goza de una vigencia incontestable, y se ha extendido más allá de los horizontes de la clase trabajadora para abarcar —en un sentido más garantista— a la parte débil en cualquier relación de poder. Nuestros tribunales federales, ciertamente, han reconocido que las normas constitucionales requieren de una labor hermenéutica específica, distinta a la propia del resto del ordenamiento jurídico, según se reconoce en la siguiente tesis jurisprudencial aislada:

INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS. *El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede*

efectiva —por la vía legal se entiende—, la existencia constitucional de la libertad permanecía íntegra, intacta, por mucho que se asesinase su existencia común y corriente”. La crítica marxista ha servido de acicate para la postulación de una praxis hermenéutica alternativa encaminada a poner al descubierto las políticas excluyentes que subyacen a la teoría conservadora del derecho burgués, así como para propugnar un modelo de jurista-intérprete comprometido con la emancipación de las clases populares. Consulté la traducción de las *Obras escogidas*, Moscú, Progreso, s/f, pp. 105-106.

⁴⁸ ACCATTATIS, FERRAJOLI, SENESE, *op. cit.*, p. 137.

lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia —pasada la época del legalismo—, se ha convertido en una fuente del derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del derecho vivo, el derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del derecho.

Amparo en revisión 553/89. Perfiles Termoplásticos, S. A. 7 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, Segunda Parte-1, enero a junio de 1989, p. 419.⁴⁹

En el mismo sentido, cabe destacar que entre los métodos de hermenéutica constitucional destaca la llamada *interpretación evolutiva* o *progresiva*, conforme a la cual se ha superado la identificación del objeto de la interpretación con el texto o documento formal, para

⁴⁹ Las cursivas son mías.

preocuparse, en cambio, por el modo de entender o aplicar el contenido de la normativa constitucional. La interpretación evolutiva de la constitución, en cuanto interpretación adecuada de los textos normativos a las exigencias y los contextos actuales, resulta imprescindible dada la propia naturaleza de la normativa constitucional. Dichas normas, dado su mayor grado de elasticidad y su constante remisión a sus contextos, amplían las atribuciones del intérprete. Además, en la medida en que los aludidos contextos económicos y sociopolíticos disciplinados por la constitución se encuentran sujetos a una continua evolución, la interpretación progresiva de su contenido resulta una consecuencia natural y necesaria de la hermenéutica constitucional,⁵⁰ como lo ha reconocido nuestro máximo tribunal en jurisprudencia firme:

Tesis P./J. 61/2000. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. *Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva.* En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se

⁵⁰ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 271 y ss. En el mismo sentido, GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 262 y ss. COMANDUCCI, Paolo, explica la interpretación progresiva en el contexto de lo que denomina "modelo axiológico de constitución como orden", y anota sobre el particular lo siguiente: "[...] el intérprete de la Constitución, lejos de atribuir un significado a un documento (como ocurre cuando se trata de interpretar la ley), atribuye sentido a un objeto natural-cultural. Desempeña una actividad hermenéutica que le asigna una función de coautoría del objeto interpretado". Véase "Modelos e interpretación de la constitución", en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 138.

puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, *será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.*

Amparo en revisión 2301/98. Justo Andrés Medina Escobedo. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro.

Amparo en revisión 2295/98. César Daniel Ruiz Vera. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 536/99. Rosaura Hernández Vargas. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo en revisión 1323/98. Luis Alberto Muy Ceballos. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Tereso Ramos Hernández.

Amparo en revisión 690/99. Edgardo Medina Durán. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: María del Socorro Olivares de Fabela.

Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, p. 13.⁵¹

A la luz de las anteriores consideraciones, podemos concluir que la interpretación progresiva de las normas del derecho del trabajo vigentes en México, a la luz del breve catálogo de derechos fundamentales asentado en la anteriormente citada *Declaración* de la OIT —libertad de asociación y libertad sindical; negociación colectiva *eficaz*;⁵² eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil, y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación— se encuentra ampliamente legitimada en el derecho jurisprudencial mexicano. Por ende, si las autoridades laborales mexicanas no cumplen debidamente con las obligaciones que nuestro país ha asumido en el ámbito internacional, corresponderá a los juristas y abogados —esos *soldados desconocidos* de la jurisprudencia— dotar de eficacia a los aludidos derechos, puesto que la revolución pacífica se hace en los tribunales, y no debemos olvidar que quien obstaculiza la justicia que no exige derramamiento de sangre, a la postre —quizás en la generación de sus hijos o sus nietos— terminará lamentando la revolución violenta, que ya no escucha razones y está bien dispuesta a pagar con muerte el reconocimiento del derecho que durante tanto tiempo le fue negado.

Actualmente —es decir, al tiempo en que se redacta este ensayo— se encuentra en proceso de revisión la vigente LFT. Sin embargo, si hemos de dar crédito a lo que los medios han adelantado sobre los debates en torno a la modernización y actualización de la legislación laboral mexicana, poco podemos esperar de los “representantes” de los “sectores productivos” (trabajadores y empleadores) que, como en los mejores tiempos del régimen autoritario (con la sola excepción de la delegación de la Unión Nacional de Trabajadores, central sindical ajena al PRI), convocara la STPS.⁵³

⁵¹ El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el 29 de mayo de 2000, aprobó, con el número 61/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. Las cursivas son mías.

⁵² Nótese el subrayado del adjetivo *eficaz*: únicamente el cinismo del régimen autoritario, que aparentemente ha sido heredado por el gobierno actual (2000-2006), ha sido capaz de considerar satisfecho el derecho de negociación colectiva mediante la parodia de los llamados “contratos de protección” que he descrito en el apartado anterior.

Aparentemente, la *progresividad* en materia de derechos sociales poco debe esperar de las adecuaciones al derecho interno. La igualdad material, en México, sigue esperando en el traspasado.

IX. EPÍLOGO

“¿Para qué preocuparse por conceptos como la igualdad material?”, podrá preguntarse alguno.

Igualdad material. Dos palabras. A fin de cuentas, como dice un conocido refrán mexicano, *las palabras se las lleva el viento*.

No siempre. En ocasiones las palabras alivian esas terribles heridas que no dejan cicatriz en la carne, sino en el alma. Las heridas que provoca la devastadora plaga que José Revueltas describiera magistralmente en breves líneas:

El viento helado, inmovilizador, ya recorría la tierra. Un viento que tenía nombre: desnudaba a las familias y paraba en seco el engranaje de las máquinas; agostaba los campos de trigo y ensombrecía los surcos. El viento cíclico: la crisis que grita en las esquinas, que clama por las noches terribles, que agranda los ojos de las mujeres.⁵⁴

Las palabras, cuando son voz de la justicia, permanecen en los corazones doloridos por la angustia del hambre y son semilla de esperanza renovada. Las palabras son refugio que los débiles anhelan cuando el viento cíclico de la crisis les cobija con frío. Para que esas palabras nazcan, empero, se necesitan juristas. Juristas comprometidos con los derechos antes que con la ley, con la justicia antes que con el poder. Juristas, en fin, que tengan el coraje de aventurarse en la interpretación evolutiva del texto constitucional y de los tratados internacionales suscritos por México en materia de derechos sociales, y exigir a los poderes públicos que sean consecuentes con ella.

⁵³ Al respecto, y a modo de ejemplo, véanse CERVANTES, Jesusa, “La reforma laboral, sin futuro”, en *Proceso*, núm. 1315, 13 de enero de 2002, pp. 16-18; XANIC, Alejandra, “¿Reforma o reformita?”, en *Cambio*, año I, núm. 31, 13 al 19 de enero de 2002, pp. 29-31; VELASCO, Elizabeth, “Sin cambios constitucionales quedó el anteproyecto de la reforma laboral”, en *La Jornada Virtual*, en línea [http://www.jornada.unam.mx/2002/mar02/020324/032n1soc.php?origen=index.html], consulta de 25 de marzo de 2002.

⁵⁴ REVUELTAS, José, “El corazón verde”, en *Dios en la tierra*, México, Era, 1996, p. 25.

MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción y ámbito de este estudio.* II. *Teoría de las medidas precautorias.* 1. *General.* 2. *Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias.* A. *El Acuerdo Arbitral.* B. *Las Reglas de Arbitraje.* C. *La lex arbitri.* III. *La práctica internacional.* 1. *Nota preliminar.* A. *Concepto de "Remedy".* B. *Tipos de "Remedies".* 2. *Precedentes internacionales.* A. *Evitar un daño irreparable.* B. *Proteger la jurisdicción del tribunal/Procedimientos locales paralelos.* C. *Medidas precautorias que buscan preservar u obtener pruebas.* D. *Garantías financieras.* E. *Propaganda hostil.* F. *Venta de bienes.* G. *Medidas ex-parte.* IV. *Derecho extranjero.* 1. *Derecho estadounidense.* A. *General.* B. *Precedentes de Estados Unidos.* C. *Ejecución judicial en Estados Unidos de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral.* D. *Medidas precautorias ordenadas por tribunales de Estados Unidos.* E. *El estándar que aplicará una corte de Estados Unidos para emitir una medida precautoria.* F. *Lecciones de la experiencia estadounidense.* 2. *Francia.* A. *Antecedentes.* B. *Regulación.* C. *Procedimiento Référé.* D. *Reglamento Referee de la CCI.* 3. *Otras legislaciones.* 4. *Esfuerzos internacionales.* A. *UNCITRAL.* B. *La Asociación de Derecho Internacional.* C. *American Law Institute/UNIDROIT.* D. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.* V. *Derecho mexicano.* 1. *Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias.* A. *Alcance.* B. *Ejecutabilidad.* C. *Obtención de pruebas.* 2. *Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral.* 3. *Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el Tribunal Arbitral.* 4. *Marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con el arbitraje.* A. *Código de Comercio como derecho procesal supletorio.* B. *La facultad del juez mexicano en medidas precautorias es independiente.* VI. *Comentario final.*

I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

Las medidas precautorias¹ son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.

Si bien las medidas precautorias son un instrumento útil y frecuentemente utilizado por tribunales, con frecuencia se observa en la práctica que su conveniencia, procedibilidad o lo apropiado de la medida escogida es cuestionable. Lo anterior ya sea por su abuso o por la falta de pericia del tribunal o de los abogados que las solicitan. Ello se traduce en diversos problemas como, por ejemplo, la solicitud de medidas improcedentes, su falta de solicitud en casos en que se justifican, su negación por tribunales en situaciones que las invitaban, la emisión de medidas que no se justificaban por las circunstancias, y/o la emisión de medidas exageradas.² Es decir, en resumidas cuentas, con frecuencia las medidas precautorias son mal empleadas.

La problemática anterior tiene como origen, en buena medida, la conjugación de cuatro factores: (1) la novedad en México del arbitraje; (2) la falta de una reglamentación enteramente satisfactoria; (3) la complejidad del tema; y (4) la inexistencia de una guía práctica que facilite consultar y entender la vasta experiencia internacional y extranjera que facilite su emulación en México.

Este estudio busca elaborar un bosquejo que facilite a los abogados postulantes, tribunales arbitrales y jueces estatales, la comprensión, utilización y ejecución de medidas precautorias siguiendo para ello el método del derecho comparado.

¹ Por razones de simplicidad y uniformidad por "medidas precautorias" pretendo abarcar las diferentes especies de las mismas así como las diferentes denominaciones con las que se aluden; v. gr., medidas provisionales, medidas protectoras, medidas conservadoras, providencias precautorias y medidas interinas. Existen autores que al examinarlas diferencian entre, por un lado, las medidas *interinas* o *provisionales*, de, por el otro, las medidas *protectoras*, *precautorias* o *conservadoras*. Las primeras hacen alusión a la *naturaleza* de las mismas y no vinculan al árbitro o juez ventilando el asunto; mientras que las segundas se refieren al *propósito* de las mismas: resguardar derechos de las partes, mantener el *status quo* y obtener/conservar pruebas.

² Ya sea porque se sobre-prohíbe, se sobre-exige, o, en general, la medida no está lógicamente relacionada/justificada con las circunstancias del caso y objetivos que se pretenden alcanzar.

Para lo anterior procederé a realizar un comentario sobre la teoría de las medidas precautorias (§II), una mención sobre las medidas que son habitualmente utilizadas en el derecho y práctica internacional (§III) y extranjera (§IV), un estudio sobre derecho mexicano (§V), para terminar con las lecciones y conclusiones que de todo lo anterior se desprenden (§VI).

II. TEORÍA DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

1. General

Las medidas precautorias *pendente lite* encuentran su *raison d'être* en la urgencia. En caso de que derechos y/o bienes que formen parte del objeto/materia de la controversia se estén deteriorando de tal manera que se causará un daño irreparable a los mismos antes de la emisión de la decisión final, puede la parte en perjuicio de quien está transcurriendo el tiempo justificadamente considerar solicitarlas.³ De otra manera, bien podría esperarse a la emisión del laudo final para resguardar sus derechos.

Debe existir *urgencia* de un posible daño *serio* para que se justifique el emitir una medida con anterioridad al laudo final. Qué es "urgente" es algo difícil de definir, pero debe por lo menos involucrar que, de esperarse al laudo final, sería demasiado tarde para adecuadamente proteger los derechos o bienes amenazados.

A su vez, no sólo debe existir *urgencia*, sino que dicha urgencia debe tratarse de circunstancias que amenazan con causar un *daño*. Más aún, el daño no debe ser cualquier daño, sino *irreparable*. Es decir, daño que no sea corregible mediante una indemnización monetaria. De lo contrario, también se justificaría negar la medida en la inteligencia de que el daño provocado sería parte de la indemnización monetaria incluida —en su caso— en la decisión final.

³ Así lo han estimado diversos tribunales internacionales. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* [Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)], 1993 I.C.J. 3, 19 (Provisional Measures Order of 8 April); *Nuclear Test Case* (Australia vs. France), 1973 I.C.J. 106; *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom vs. Iceland), 1972, I.C.J. 12, 16; *Anglo-Iranian Oil Case* (United Kingdom vs. Iran), 1951 I.C.J. 8, 93.) y el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U. (*United Technologies International, Inc. and Islamic Republic of Iran*, Decision DEC 53-114-3 (10 de diciembre de 1986), 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 254, 257).

La interrelación entre los elementos "urgencia" y "daño irreparable" son con frecuencia tratados como uno solo puesto que se entiende que un daño sustancial existe únicamente cuando existe un riesgo de que ocurra en el futuro cercano. Sin embargo, hay casos en que los analizan por separado y la ausencia de uno (p.e., urgencia) ha sido suficiente para desestimar la medida en su totalidad.

En general, las medidas precautorias tienen como propósito conservar el *status quo*,⁴ evitar la pérdida o daño de algo, facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral,⁵ tomar y/o preservar pruebas,⁶ o impedir la transferencia o dilapidación de bienes.⁷ Es decir, inducir conducta por las partes que sea propicia para que el arbitraje sea exitoso⁸ y/o facilitar la ejecución ulterior del laudo.⁹

⁴ Mediante, por ejemplo, órdenes en el sentido de que se continúe con la ejecución de un contrato durante el procedimiento arbitral (por ejemplo, que un contratista prosiga con obras aun cuando desee hacer valer su derecho contractual de discontinuarlas), órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo, órdenes para proteger bienes (mediante medidas de seguridad, venta de bienes percederos o nombramiento de un administrador de los mismos), órdenes que se adopten para evitar la pérdida de un derecho (por ejemplo, el pago de cantidades necesarias para prorrogar la validez de un derecho de propiedad intelectual), órdenes de limpiar un lugar determinado.

⁵ Órdenes en las que se solicita a una parte que permita obtener una prueba determinada (por ejemplo, dando acceso a sus oficinas con la finalidad de examinar bienes o documentos), órdenes manteniendo la confidencialidad de las actuaciones (por ejemplo, conservando expedientes de cierta manera o guardándolos bajo llave; no divulgación de la hora y lugar de un evento).

⁶ Por ejemplo, ordenando que no se efectúen cambios de lugar de bienes.

⁷ A través de, por ejemplo, órdenes de hacer o no hacer ("*injunctive relief*"), secuestro o embargo de bienes ("*attachment, garnishment or sequestration of a party's funds*"), depósito en garantía ("*security deposit*"), depósito con un tercero o en una cuenta especial ("*escrow account*"), y la designación de un tercero para administrar el objeto de la controversia o dirigirla de acuerdo con lo que ordene el tribunal arbitral ("*temporary receivership*").

⁸ Otros ejemplos son: embargo de bienes y medidas análogas con la finalidad de que los bienes permanezcan en la jurisdicción en la que se ejecutará el laudo, órdenes de no sacar bienes de la jurisdicción, órdenes que prohíben la transferencia de bienes situados fuera del Estado del foro y exigir información sobre los bienes de una parte (conocidos en el Reino Unido como "*Mareva Injunctions*" o "*Anton Piller Injunctions*"), órdenes de depositar en una cuenta conjunta la cantidad en litigio o de depositar los bienes muebles en litigio en manos de un tercero, órdenes para que una o ambas partes ofrezcan una garantía (v. gr., fianza) para cubrir gastos del arbitraje, u órdenes para que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada.

⁹ Como se detallará con posterioridad, las medidas pueden buscar objetivos distintos, como el ofrecimiento de pruebas, preservar los derechos de las partes, prevenir medidas que mejoren la posición de una de las partes en detrimento de la contraparte (lo que con frecuen-

En virtud de que las medidas precautorias deben tomarse en un momento en que el resultado de la controversia es incierto, existen dos riesgos inherentes a las mismas que el tribunal arbitral debe tener en mente y evitar que se materialicen: (1) el prejuzgar —o dar la apariencia de que se ha prejuzgado— el fondo de la controversia; y (2) el que la medida se solicite por una parte para oprimir al contrario. Por consiguiente, en la emisión de dichas medidas el tribunal arbitral debe actuar con cuidado al tener que tomar la (frecuentemente difícil) decisión de su emisión equilibrando dos intereses a veces opuestos y ambos justificados: por un lado, la urgencia para emitir las medidas so pena de que el transcurso del tiempo haga nugatoria la ejecutabilidad o utilidad práctica del laudo final; y, por el otro lado, el peligro de prejuzgar el fondo del asunto lo cual invitaría una solicitud de nulidad y/o no-reconocimiento.

2. Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias

Al ponderar la emisión de una medida precautoria, además de decidir sobre su procedibilidad, un tribunal arbitral debe analizar si tiene facultades para ello mediante la revisión de las siguientes fuentes de derecho: el acuerdo arbitral, las reglas aplicables al arbitraje y la *lex arbitri*.

A. El Acuerdo Arbitral

El arbitraje es, en su esencia, una cuestión contractual. Por lo tanto, un tribunal arbitral que ventile la emisión de medidas precautorias deberá guiarse por el acuerdo arbitral celebrado por las partes.

En la experiencia del autor es raro encontrarse con acuerdos arbitrales que expresamente mencionen la facultad de los árbitros para emitir medidas precautorias. Muchas de las dudas tanto jurídicas como prácticas que surgen en esta área pueden ser evitadas con un pacto expreso que las contemple.

cia denominan "self-help"), salvaguardar la implementación eventual del laudo y, en general, preservar las circunstancias de tal manera que no se agrave la controversia.

B. Las reglas de arbitraje

En ausencia de disposición expresa, debe acudirse a las reglas arbitrales designadas por las partes —en su caso—, las cuales, dada la naturaleza contractual del arbitraje, forman parte del acuerdo arbitral y obligan a las partes en los términos de las mismas.

La mayoría de los arbitrajes en México se siguen de conformidad con reglamentos arbitrales, ya sean institucionales o *ad hoc*, por lo que las reglas son quizá el marco jurídico más importante de las medidas precautorias.

Los reglamentos arbitrales más utilizados en México son CCI, CAM y CANACO. Otros frecuentemente utilizados son el Reglamento de Arbitraje de la AAA, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, las reglas de la LCIA y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Todas estas reglas permiten expresamente la emisión de medidas precautorias, sujeto a ciertas condiciones. Haré un pequeño comentario sobre cada una.

a) Reglamento CCI

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento CCI”) permite expresamente¹⁰ al tribunal arbitral ordenar medidas precautorias en contraste con la versión anterior (de 1988) que contemplaba dicha facultad en forma implícita.¹¹ Sin embargo, es generalmente aceptado que, en la ausencia de un impedimento contractual o legal, los árbitros en procedimientos bajo el Reglamento CCI siempre han podido emitir medidas precautorias, inclusive bajo las reglas de 1988 que eran omisas al respecto.¹²

Es interesante notar que el artículo 23(2) del Reglamento CCI permite a las partes solicitar medidas precautorias de un juez estatal antes de que el tribunal arbitral tenga el expediente y en “circunstan-

¹⁰ Artículo 23 del Reglamento CCI.

¹¹ Artículo 8.5 del anterior Reglamento CCI.

¹² Ver CRAIG, W. Laurence, PARK, William W., y PAULSSON Jan, *Craig, Park & Paulsson's Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary*, Oceana, 1998, p. 137; DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 1998, p. 273.

cias apropiadas” con posterioridad a dicho evento. La práctica bajo el Reglamento CCI anterior limitaba dicha acción judicial a “circunstancias excepcionales”.¹³

Como nota precautoria, las partes deben abstenerse de solicitar asistencia judicial que rebase lo estrictamente necesario, ya que de lo contrario ello podría interpretarse como una renuncia o violación del acuerdo arbitral.¹⁴

b) Reglamento CAM

El artículo 30 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (“Reglamento CAM”) contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal arbitral emita medidas precautorias. Es interesante notar que la redacción condiciona su emisión a, *inter alia*, que la parte que las solicite otorgue la garantía que el tribunal establezca. A su vez, podría¹⁵ interpretarse el texto en el sentido que el tribunal debe necesariamente fijar una garantía al respecto, algo no siempre procedente.

c) Reglamento CANACO

El artículo 31 del Reglamento de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“Reglamento CANACO”) contiene un precepto atinado y complejo que regula la mayoría de los temas que involucran las medidas precautorias, y lo hace una manera congruente con las opiniones más modernas sobre el tema, lo cual incluye dejarle un gran margen de maniobra al tribunal arbitral.

¹³ Párrafo 5 del artículo 8 del anterior (1988) Reglamento de la CCI.

¹⁴ Ver, por ejemplo, el Caso ICC núm. 5650 (1989), (ARNALDEZ, DERAIS Y HASCHER, *ICC Arbitral Awards 1991-1995*, ICC Publishing/Kluwer, 1997, p. 34) en el cual el tribunal arbitral interpretó que una de las partes había renunciado a su derecho a arbitrar al haber solicitado que un juez estatal designara a un experto solicitando daños y perjuicios de la contraparte.

¹⁵ Mencionó que *podría*, puesto que las palabras “en su caso” en el inciso 1(c) también pueden interpretarse en el sentido de darle carácter potestativo a la facultad de emitir una garantía junto con la medida.

d) Reglamento AAA

El artículo 21 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) ("Reglamento AAA") también permite en forma amplia la emisión de medidas precautorias. Es de notar que dichas reglas no contienen limitación alguna para comenzar acciones judiciales solicitando medidas precautorias, ya sea antes o después de que el tribunal arbitral esté constituido.

e) Reglamento de Arbitraje UNCITRAL

El artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("Reglamento UNCITRAL") confiere amplias facultades al tribunal arbitral.

Dos puntos deben notarse. Primero, el artículo 26(1) hace una explícita conexión entre las medidas precautorias y la materia objeto de la controversia, en particular sobre la conservación de bienes. Segundo, como el Reglamento AAA, el artículo 26(3) no limita la solicitud de medidas precautorias paralelas de un juez estatal.

f) Reglamento de Arbitraje de la LCIA

El artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* ("Reglamento LCIA") es más detallado en su regulación sobre medidas precautorias y pone énfasis en la garantía por la cantidad en disputa y los costos. Es de notar que una vez que el tribunal arbitral ha sido formado, el Reglamento LCIA limita el derecho de las partes para iniciar procedimientos judiciales paralelos en materia de medidas precautorias a casos "excepcionales" y restringe el derecho de las partes para solicitar fianza por costas de la corte.¹⁶

g) El Reglamento de Arbitraje del CIADI

La Regla 39 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión ("Reglamento CIADI") alude a las medidas precautorias en una forma un tanto más

¹⁶ Artículo 25(3).

diplomática que otras. Establece la facultad del tribunal arbitral para "recomendar" (contrario a "ordenar") medidas precautorias. Lo anterior obedece a que una de las partes del arbitraje es un Estado.

Es de mencionarse que la Regla 39(5) requiere a las partes sometidas a un arbitraje CIADI que contemplen expresamente el derecho de solicitar por la vía judicial la emisión de medidas precautorias. Esto no debe sorprender al lector si se considera el antecedente sobre inmunidad soberana de los Estados-parte de arbitrajes CIADI y el hecho que el Mecanismo CIADI está diseñado para estar "insulado" de los derechos locales.¹⁷

C. La *lex arbitri*

Al margen de la facultad para emitir medidas precautorias que las partes confieran al tribunal arbitral (ya sea expresamente o mediante reglamentos arbitrales), dicha facultad siempre permanecerá sujeta a las disposiciones/limitantes de orden público/imperativas del derecho local aplicable.

Teniendo en mente la ejecución del laudo, como es su deber, un árbitro en raras ocasiones emitirá medidas precautorias si no está satisfecho que las disposiciones imperativas del derecho local se lo permiten. El derecho mexicano aplicable será objeto de análisis en la sección V de este estudio.

III. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

1. Nota preliminar

Antes de embarcarme en la ejemplificación de las medidas precautorias que el derecho y práctica internacional nos proporciona creo prudente hacer un comentario preliminar.

¹⁷ Ello se logró estableciendo que la *lex arbitri* de los procedimientos CIADI sea la Convención CIADI. No abundaré por rebasar ello el objeto de este estudio. En caso que el lector desee profundizar al respecto, confere Francisco González de Cossío, *México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Un comentario*, Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., p. 36 et seq.; y *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Global, Apuntes Jurídicos*, Revista Anual del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, año 5, núm. 4, p. 353.

El tópico de medidas precautorias guarda una íntima relación con un tema que tiene un diferente tratamiento y desarrollo en derecho extranjero e internacional que en derecho mexicano: lo que se conoce en inglés como “*the law of remedies*” y que llamaré el derecho de los Medios de Apremio.¹⁸

A diferencia de derecho mexicano (y probablemente otros sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición/familia jurídica romano-canónica),¹⁹ el tema de las medidas que puede adoptar un órgano aplicador del derecho (juez o árbitro) para hacer observar o ejecutar, ya sea preliminar o finalmente, su decisión es una rama independiente —mas no excluyente— tanto del derecho sustantivo como adjetivo. A diferencia de México, en donde este tema se toca como parte de derecho procesal, esta materia es estudiada en países que siguen el *common law* en forma independiente del derecho procesal y del derecho sustantivo. Más aún, una vez conocido el alcance y desarrollo de esta rama en el derecho extranjero, su regulación y práctica en México parece insuficiente.

Dada la diferencia de tratamiento, a continuación realizaré un breve y general comentario sobre cómo se aborda y regula este tema en otras jurisdicciones con la finalidad de dar al lector un marco de referencia.²⁰

¹⁸ Adopto esta definición puesto que corresponde, en principio, al concepto de “medidas de apremio” derecho mexicano: *conjunto de instrumentos a través de los cuales un tribunal puede hacer cumplir coactivamente sus resoluciones*. Sin embargo, al adoptar esta definición no deseo constreñirme al limitado número de medidas existentes en derecho mexicano (v. gr., aquéllos incluidos en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, así como 59 del Código Federal de Procedimientos Civiles) sino utilizarlo como el término de arte que más se acerca al concepto que quiero describir.

¹⁹ Utilizando el término de John Henry Merryman (*La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989) para diferenciar la tradición o familia de derecho civil de las otras dos más influyentes: derecho común y derecho socialista (id., p. 15). Sin embargo, existen otras como el islámico, el indio, el de Extremo Oriente, y todas las especies de los géneros anteriores (ver, por ejemplo, en forma general, Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, Ed. Debate, Madrid, España, 1982) Como toda generalización, la descripción anterior está sujeta a matices que no abordaré.

²⁰ El lector podría (válidamente) cuestionar la autoridad del autor al realizar esta descripción, ya que mi formación es de abogado civilista. Atendiendo a la recomendación de Aristóteles (en su obra *Retórica*) que todo expositor debe empezar por mencionar sus credenciales para establecer, lo que él denominaba, su *ethos* (el carácter del expositor y por qué debía ser escuchado), menciono que he tenido la oportunidad de estudiar y trabajar en jurisdicciones del *common law* (Estados Unidos) y Europa (Francia y Países Bajos). Mi experiencia teórica y práctica involucró esta materia.

A. Concepto de “Remedy”

Un “*remedy*” es todo lo que un tribunal puede hacer por una parte que ha sufrido un perjuicio o está a punto de sufrirlo. Los dos tipos de “*remedies*” más frecuentes son las sentencias o laudos en los cuales se le ordena a una parte a realizar un pago a otra, y las órdenes en las cuales se le obliga a una parte a realizar o abstenerse de realizar cierta conducta (presumiblemente ilícita) o a deshacer sus consecuencias.

B. Tipos de “Remedies”

El derecho angloamericano ha desarrollado un vasto inventario de los “*remedies*” que pueden adoptarse. A continuación realizaré una descripción de los mismos.²¹

- *Compensatorios*. Son aquellos que buscan compensar a una parte por el daño que ha sufrido. El más importante es la indemnización monetaria que busca restituir al ofendido a la situación que prevalecería si no hubiera ocurrido la conducta ilícita.
- *Coercitivos*. Busca prevenir un daño antes de que suceda a efecto de evitar la necesidad de compensar. Este género y los declaratorios están íntimamente vinculados y podrían llamarse medidas preventivas. Con frecuencia se les combina. La medida preventiva más importante es el “*injunction*” que es una orden de hacer (“*positive injunction*”) o no hacer (“*negative injunction*”) algo.
- *Declaratorios*. Previenen que ocurra un daño a las partes mediante la resolución de cierta ambigüedad acerca de la existencia o falta de un derecho de una de las partes. Estas medidas resuelven la controversia sin que concluyan en una orden a una de las partes. El ejemplo más importante de este tipo de medidas es la sentencia declaratoria (“*declaratory judgment*”); sin embargo existen otras como los “*bills to quiet title*” y “*cancellation of instruments*”.

²¹ LAYCOCK, Douglas, *Modern American Remedies*, 2a. ed., Little, Brown and Company, Boston/New York/Toronto/London, 1994.

- *Restitucionarios* (“*restitutionary remedies*”). Buscan restituir a una parte lo que la contraparte ganó a su merced o en su detrimento. Existen diversas medidas como “*constructive trust*”, “*equitable lien*”, “*accounting for profits*”, etc., que constituyen especies de dicho género.
- *Punitivos*. Están diseñados para castigar a la parte que haya actuado ilegalmente. Se derivan de la responsabilidad civil y el ejemplo más conocido son los daños punitivos (“*punitive damages*”). Podría cuestionarse el que éstos sean un “*remedy*” —puesto que no corrigen nada sino que buscan establecer un mínimo que podrá recuperar una parte del procedimiento con la finalidad de hacer viable la ejecución de derechos considerados importantes.
- *Accesorios*. Este tipo de medidas están diseñadas para ayudar a otras medidas. Como ejemplos encontramos la obtención de los gastos judiciales y honorarios legales, así como el aseguramiento o garantía por una parte del monto principal en juicio. Otros ejemplos son el “*garnishment*”, en el cual se emite una orden a un deudor del demandado a pagarle al demandante. El “*receivership*” en el que el juez administra bienes mientras se emite la sentencia final. Esta medida es inusual y onerosa y se diferencia de las demás en que no es el fin sino un medio. A veces se emplea como un medio extraordinario de cobranza.

Este tema constituye una de las grandes diferencias que ofrece el derecho comparado. Lo anterior, al margen de su aspecto de interés, ha tenido como resultado el acentuar la dificultad de su utilización e implementación por tribunales internacionales. Es por ello que considero que, con el antecedente teórico y la descripción práctica que a continuación se elaborará, este estudio puede ser de utilidad a aquellas personas que estén involucradas en arbitrajes, abogados postulantes, jueces y árbitros.

2. Precedentes internacionales

La jurisprudencia internacional es rica en ejemplos y lecciones sobre medidas precautorias y los requisitos para su emisión. A continuación se mencionarán algunos.

Siempre que exista ánimo cooperativo entre las partes,²² no hay límite (más que la creatividad o imaginación del tribunal y/o las partes) en las medidas precautorias que un tribunal arbitral puede otorgar o las partes pueden acordar.

Ejemplos imaginativos que la práctica internacional nos demuestra que se han utilizado como medidas precautorias son los siguientes:

- a) Depósitos de acciones objeto de la controversia en un fideicomiso para ser poseídas y administradas por una persona distinta al tribunal, mismas que no podrán ser sacadas a menos que las partes lo acuerden en forma conjunta o lo ordene el tribunal arbitral.²³
- b) Depósito de dinero en una cuenta “*escrow*” bajo el control conjunto de las partes hasta la emisión del laudo,²⁴ o bajo el control del tribunal arbitral.²⁵
- c) La orden a una parte de realizar pagos provisionales en parcialidades.²⁶
- d) Autorizar a una parte a suspender un pago parcial sujeto a que se garantice el mismo mediante una garantía bancaria por el mismo monto.²⁷
- e) Que el demandado realice un pago provisional de un monto específico por el cual el demandante proveyó una garantía por el mismo monto.²⁸
- f) Que una parte reembolse a la otra el monto total de una carta de crédito en caso de que la contraparte haga efectiva la misma.²⁹
- g) Que se obligue a una de las partes a abstenerse de vender productos de la contraparte, so pena de pagar una pena por cada producto vendido en caso de incumplimiento.³⁰

²² El asumir que existirá deseo de cooperar entre las partes puede ser inocente. Si bien se han dado casos en los que ello se presenta, en la experiencia del autor, en la contundente mayoría de los casos, la controversia sobre el fondo se extiende a la controversia sobre el procedimiento, ¡y a veces en forma virulenta!

²³ Como sucedió en el laudo interino del caso CCI núm. 8879, 1998.

²⁴ Como sucedió en el laudo final del caso CCI núm. 9154 de 1998.

²⁵ Laudo final, caso CCI núm. 7536 de 1996.

²⁶ Laudos interinos del caso CCI núm. 8670, de diciembre de 1995 y junio de 1996.

²⁷ Laudo interino del caso CCI núm. 8670, diciembre de 1996.

²⁸ Laudo interino, caso CCI núm. 7544 de 1996.

²⁹ Caso CCI núm. 9324 de 1998.

³⁰ Como sucedió en el laudo final del caso CCI núm. 7895 de 1994.

- h) Que se le solicite a una de las partes la cancelación de la licencia de manufactura y registro de importación de materia prima de productos farmacéuticos que constituían la litis de la disputa.³¹
- i) Que se le ordene al demandado entregar las declaraciones de aduanas originales sobre ciertos bienes, que divulgue dónde se encuentran bienes o que se abstenga de utilizar dichos bienes.³²

Al margen de los ejemplos anteriores, a continuación mencionaré medidas que buscan objetivos específicos y que con frecuencia se emiten en ausencia de ánimo cooperativo entre las partes.

A. Evitar un daño irreparable

Con frecuencia durante un procedimiento arbitral surge la necesidad —a veces urgente— de emitir medidas que buscan evitar un daño irreparable o, como con frecuencia se dice en el medio de arbitraje, mantener el *status quo*.³³ En ambos casos se trata de situaciones en las cuales un laudo que otorgue una indemnización monetaria no será suficiente para compensar satisfactoriamente a una de las partes por los daños que ha sufrido.

Si bien existe consenso en la práctica de diversos tribunales internacionales sobre la posibilidad de emitir este tipo de medidas, no existe universalidad sobre el tipo o seriedad de “daño” que debe estar involucrado para justificar una medida que lo evite. Es decir, si bien un simple “daño” no es suficiente para justificar la emisión de la medida, sino que debe de tratarse de un daño “serio”, qué tan serio debe ser es una cuestión aceptada en forma dispar.

Uno de los estándares generalmente aceptados es el de “daño irreparable”. Sin embargo, existen otros. Por ejemplo, el de “perjuicio irreparable” (“*irreparable prejudice*”) de derecho internacional. Dicho estándar es más amplio que el concepto de “daño irreparable”

³¹ Laudo interino, caso CCI núm. 8894 de 1997.

³² Laudo parcial del caso CCI núm. 10040 de 1999.

³³ Por ejemplo, evitar un daño reputacional, pérdida de oportunidades de negocio y demás situaciones que son de difícil prueba y/o cuantificación de daños y perjuicios, asumiendo que pudieren probarse.

(“*irreparable injury*”) bajo derecho anglo-americano³⁴ en el sentido que la posibilidad de obtener una indemnización monetaria no precluye la posibilidad de obtener una medida precautoria bajo el estándar de perjuicio irreparable.

Al respecto, la práctica del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos³⁵ ha sido que, excepto cuando se trate de bienes especiales o únicos en su especie, es muy difícil establecer un *daño irreparable* ya que la obtención de una indemnización monetaria es generalmente considerada como adecuada para compensar a la parte que la solicita por cualquier daño que sufra.³⁶ Existe un caso (*Behring*),³⁷ en el cual el Tribunal Irán-Estados Unidos razonó que la posibilidad de obtener indemnización monetaria no precluía el que se obtuviera protección interina a través de una medida precautoria. Dicho caso es considerado como una anomalía que no refleja la práctica habitual de dicho tribunal arbitral.³⁸

B. Proteger la jurisdicción del tribunal/Procedimientos locales paralelos

Una medida que en ocasiones ha sido empleada por tribunales internacionales consiste en la suspensión de procedimientos en otros fo-

³⁴ La práctica de Estados Unidos es que la posibilidad de obtener daños y perjuicios por un daño que pudo haber sido evitado mediante una medida precautoria es suficiente para evitar la emisión de la medida precautoria. (BROWER, Charles N., y BRUESCHKE, Jason D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/Londres, 1998, p. 227, y, en general, LAYCOCK, *Modern American Remedies*, *op. cit.*).

³⁵ Este tribunal, conocido como “*The Iran-U.S. Claims Tribunal*”, sustituyó los procedimientos ante cortes estadounidenses estableciendo un cuerpo arbitral en La Haya, Países Bajos, con la finalidad de ventilar y solucionar las reclamaciones de ciudadanos de Estados Unidos contra Irán y de ciudadanos de Irán contra el gobierno de Estados Unidos. El mismo se estableció mediante los Acuerdos de Algeria (“*Algiers Accords*”) de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión por manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979. En lo sucesivo me referiré a dicho órgano como el “Tribunal Irán-Estados Unidos”.

³⁶ BROWER y BRUESCHKE, pp. 226-229.

³⁷ *Behring International, Inc. and Islamic Republic of Iran Air Force*, Interim and Interlocutory Award núm. ITM/ITL 52-382-3 (21 de junio de 1985), 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 238, 276-277.

³⁸ BROWER, p. 229.

ros mientras se decide un procedimiento arbitral determinado. La razón que motiva este tipo de decisiones ha sido que el tribunal está interesado en proteger su jurisdicción y la efectividad del laudo final.

A continuación se tratará la experiencia de los siguientes tribunales internacionales que han tratado el tema en forma interesante: a) el Tribunal Irán-Estados Unidos; y b) el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI).³⁹

Como comentario preliminar quisiera mencionar que la razón por la cual me parece interesante cómo dichos tribunales han abordado y resuelto el tema de la existencia de litigios estatales paralelos a un arbitraje internacional es que reflejan una mayor asertividad sobre sus funciones que la estrictamente necesaria. Por virtud del principio de que no existe subordinación entre un tribunal internacional a uno estatal,⁴⁰ el tribunal arbitral que se encuentre con que un tribunal estatal se ha arrogado jurisdicción sobre una controversia —o aspecto de la misma— que forma parte de la litis del procedimiento arbitral, podría tomar una actitud pasiva ignorándolo y procediendo en forma independiente. Al fin y al cabo le corresponderá a la parte que prevalezca en el arbitraje ejecutar el laudo al margen de lo que disponga la sentencia local. En virtud de que los laudos derivados del arbitraje internacional tienen mucha más “entera fe y crédito internacional”⁴¹ que una sentencia local, parecería que, aun en el caso que

³⁹ El CIADI o ICSID, por sus siglas en inglés (“International Centre for the Settlement of Investment Disputes”), fue creado a través de la Convención de Washington de 1965 (el Convenio CIADI) que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y tiene sus instalaciones en el Banco Mundial en Washington, D. C. El objetivo del CIADI es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados Contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación o arbitraje. Para abundar sobre esta institución se puede consultar GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “The International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *The Mexican Experience*, *Journal of International Arbitration*, 19(3): 227-244, 2002.

⁴⁰ O, para ser más específico, un tribunal internacional no está obligado por las determinaciones de un tribunal estatal.

⁴¹ Ya que mientras que existen múltiples convenciones internacionales que buscan que un laudo se ejecute en forma internacional con un mínimo nivel de revisión —dentro de las cuales destaca la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que es uno de los instrumentos internacionales

existiera contradicción *total* entre el laudo y la sentencia, el vencedor en el laudo tendría más elementos para hacer valer sus derechos.⁴²

Sin embargo, y no obstante lo anterior, como a continuación se tratará, dichos tribunales arbitrales en ocasiones han decidido no ser pasivos sino proactivos. En lugar de adoptar la actitud pasiva y dejar que sea el vencedor del procedimiento arbitral el que tenga que enfrentar dicho (espinoso) problema, han adoptado medidas precautorias que lo abordan *a priori*.

a) Tribunal Irán-Estados Unidos

El Tribunal Irán-Estados Unidos ha emitido órdenes que exigen la suspensión de procedimientos paralelos. Para ello la práctica ha sido requerir que: (1) exista identidad de las partes en ambos procedimientos; y (2) la identidad de la materia (“*subject-matter*”) en ambos. Acerca del segundo punto, la “identidad de la materia” no quiere

más exitosos de la historia de la humanidad— no existe una sola convención internacional *universal* que establezca la *obligación* de ejecución de sentencias estatales en el extranjero. Existen convenciones *regionales* que establecen la *posibilidad* de ejecución de sentencias, sujeto a su (profunda, en mi opinión) revisión.

A las convenciones internacionales a las que hago alusión son: la Convención Europea del 21 de abril de 1961, Convención de Estrasburgo del 20 de enero de 1966, la Convención de Moscú del 26 de mayo de 1972, la Convención de Montevideo del 11 de enero de 1889, Convención de Montevideo del 8 de mayo de 1979, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975, la Convención de Riyadh del 6 de abril de 1983, la Convención sobre la Solución de Controversias de Inversión entre Estados Huéspedes de Inversiones Árabes y Nacionales de otros Estados Árabes del 10 de junio de 1974, en vigor desde el 20 de agosto de 1976, la Convención (de Kuwait) que establece la Corporación de Garantías a las Inversiones Inter-Árabes en vigor desde el 1 de abril de 1974, el Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en Países Árabes firmada en Amman el 27 de noviembre de 1980 y que entró en vigor el 7 de septiembre de 1981, el Tratado OHADA (*l'Acte Uniforme de l'Organization pour l'Harmonization en Afrique du Droit des Affaires*) entre países africanos del 17 de octubre de 1993, la Convención de Washington del 19 de marzo de 1965 que establece el CIADI, la Convención Lomé de 1989 entre miembros de la Comunidad Europea y los países asociados de Asia, el Caribe y el Pacífico, los más de 2,000 tratados de inversión existentes a la fecha que en su contundente mayoría —si no es que todos— contemplan arbitraje, los tratados de libre comercio (que también incluyen arbitraje) y el Tratado Europeo de Energía (European Energy Charter Treaty) de 1994.

⁴² Confieso que el comentario es simplista ya que existen una diversidad de variables que podrían modificar el resultado de la regla que —reitero, simplísimamente— he mencionado. Sin embargo, dado que abundar sobre este tema rebasaría el propósito de dicho estudio, tendré que abstenerme de tratarlo. Ello será objeto de una contribución posterior.

decir identidad de reclamaciones. Es decir, se han presentado órdenes de suspensión cuando el litigio en el otro foro involucraba la misma materia, aunque los puntos legales a resolver (los *issues*) no sean los mismos o involucraban puntos de hecho o derecho distintos; aun cuando una de las partes no haya presentado una reconvencción al respecto.⁴³ El razonamiento que motiva lo anterior es evitar resultados inconsistentes, no sólo el mantener la jurisdicción exclusiva de las reclamaciones ante el tribunal.⁴⁴

En muchas ocasiones el éxito de las órdenes de suspensión ha residido en que la orden condicione la suspensión del litigio paralelo a la emisión del laudo final del procedimiento arbitral. De esta manera, se establece un justo medio entre los intereses de ambas partes.

b) CIADI

El Tribunal Irán-Estados Unidos no ha sido el único en implementar este tipo de medidas. Diversos tribunales arbitrales CIADI han tratado el mismo tema. A continuación se mencionarán.

En *Holiday Inns vs. Marruecos*⁴⁵ se inició un arbitraje CIADI como resultado de una controversia derivada de la construcción de hoteles en Marruecos. En enero de 1972 el gobierno de Marruecos inició procedimientos locales en los cuales obtuvo órdenes que le autorizaban a tomar todos los pasos para continuar y terminar las construcciones en cuestión a costa del demandante. A su vez, se designó un administrador judicial. En mayo de 1972 el demandante solicitó que el tribunal arbitral emitiera medidas precautorias solicitando que las acciones locales se dieran por concluidas. En julio de ese mismo año el tribunal arbitral no ordenó específicamente que el gobierno de Marruecos se desistiera de los procedimientos, más bien exhortó a las partes en términos generales a abstenerse de tomar medidas incompatibles con el contrato y recomendó que las partes cooperaran al respecto.⁴⁶

⁴³ *E-Systems, Inc. and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 13-388-FT (4 Feb. 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51.

⁴⁴ BROWER y BRUESCHKE, p. 233.

⁴⁵ *Holiday Inns S.A. and others vs. Marocco*, caso CIADI núm. ARB/72/1.

⁴⁶ SHIHATA, Ibrahim F., y PARRA, Antonio, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", 14 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 299, 325-326 (1999).

En *Atlantic Triton vs. Guinea*,⁴⁷ el demandado solicitó que el tribunal arbitral ordenara a los demandantes a dejar sin efectos secuestros de embarcaciones que el demandante había obtenido y desistirse de procedimientos locales.⁴⁸ El tribunal arbitral negó las reiteradas solicitudes de Guinea puesto que la litis se había agotado al haber zarpado las embarcaciones.⁴⁹

En el caso *MINE vs. Guinea*,⁵⁰ el demandante obtuvo un laudo AAA en 1980 en contra de Guinea, que Guinea se rehusó a cubrir. El demandante comenzó procedimientos de ejecución y Guinea solicitó del tribunal arbitral CIADI (cuyo procedimiento había sido comenzado en 1984) que ordenara a MINE a desistirse de todos los procedimientos de ejecución. En julio de 1985 el tribunal arbitral negó la solicitud por considerarla prematura ya que Guinea no había ofrecido defensa alguna en los procedimientos de ejecución. Guinea apeló los procedimientos de ejecución y presentó una nueva solicitud al tribunal arbitral a efecto de que reconsiderara la solicitud inicial. El tribunal arbitral ordenó a MINE a discontinuar inmediatamente todas las acciones y embargos en tribunales locales. MINE acató la instrucción y se desistió del procedimiento de apelación. Con posterioridad, y como resultado de una diferencia sobre las garantías, MINE volvió a solicitar que el tribunal modificara la orden inicial sobre medidas precautorias. El tribunal arbitral rechazó la modificación de la orden, emitió una aclaración a la orden inicial y MINE se desistió de todos los embargos.⁵¹

En *Vacuum Salt vs. Ghana*,⁵² el gobierno del demandado adoptó legislación que cancelaba los contratos de arrendamiento que documentaban la inversión de Vacuum Salt y establecían un procedimiento

⁴⁷ *Atlantic Triton Company Limited vs. People's Revolutionary Republic of Guinea* (caso CIADI núm. ARB/84/1).

⁴⁸ Atlantic Triton había obtenido tres secuestros de embarcaciones de Guinea. El primero fue revocado por la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia. Como resultado de esto, Atlantic obtuvo un segundo embargo que también fue eventualmente levantado. Atlantic obtuvo un tercer secuestro que no pudo ejecutar puesto que las embarcaciones habían zarpado.

⁴⁹ FRIEDLAND, P. D., *Provisional Measures and ICSID Arbitration*, 2 *Arbitration International* 335 (1986), p. 343.

⁵⁰ *Maritime International Nominees Establishment vs. Republic of Guinea*, caso CIADI núm. ARB/84/4.

⁵¹ 4 *ICSID Reports*, p. 77.

⁵² *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Republic of Ghana*, caso CIADI núm. ARB/92/1.

local para resolver las reclamaciones de compensación que surgían de la cancelación de los mismos. En mayo de 1992 se iniciaron procedimientos CIADI y en octubre de ese mismo año el demandante presentó una solicitud de medidas precautorias ante el tribunal arbitral CIADI en la que aseveraba que el gobierno de Ghana, al establecer un procedimiento paralelo para resolver la controversia, había denostado el arbitraje CIADI.⁵³ En diciembre de dicho año el tribunal arbitral emitió una decisión en la que se plasmó el compromiso por parte del gobierno para negociar la reclamación del inversionista y a detener los procedimientos locales hasta que se llegara a un acuerdo sobre la reclamación, se llegue a un acuerdo de continuar con procedimientos locales, o se resolviera el procedimiento CIADI. El demandante aceptó estos compromisos.

En *CSOB vs. Slovakia*,⁵⁴ el demandante presentó diversas promociones ante el tribunal solicitando que se suspendieran los procedimientos locales de quiebra. En un principio, el tribunal arbitral rechazó dichas solicitudes razonando que no tenía razón para dudar que los tribunales locales suspenderían el procedimiento en caso de que en el mismo se ventilaran puntos que deben ser decididos por el tribunal CIADI.⁵⁵ Con posterioridad el tribunal CIADI recomendó la suspensión de los procedimientos de quiebra en la medida en que los mismos podrían ventilar el aspecto relativo a si existía una reclamación válida en contra de la República de Slovakia (lo cual era parte de la litis del arbitraje CIADI).⁵⁶ En virtud de que los procedimientos de quiebra continuaron, CSOB volvió a solicitar la emisión de medidas precautorias, mismas que el tribunal otorgó haciendo notar la negativa por los tribunales eslovacos de atender la solicitud de CSOB de suspender el procedimiento de quiebra.⁵⁷

No obstante las decisiones anteriormente resumidas, hay ocasiones en que las solicitudes de órdenes de suspensión de procedimientos locales paralelos han sido rechazadas con fundamento en que no

⁵³ *Vacuum Salt vs. Ghana*, Decision on Provisional Measures, 14 de junio de 1993, 4 ICSID Reports, p. 325. Laudo de fecha 16 de febrero de 1994, 4 ICSID Reports, p. 331.

⁵⁴ *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. vs. Slovak Republic*, caso CIADI núm. ARB/97/4.

⁵⁵ Órdenes procesales del 9 de septiembre y 5 de noviembre de 1998.

⁵⁶ El 11 de enero de 1999.

⁵⁷ 14 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1999, p. 251.

son "urgentes".⁵⁸ A su vez, algunos tribunales exigen, para que se ordene la suspensión de procedimientos paralelos, que los mismos versen sobre una reclamación idéntica, o sustancialmente similar, a la reclamación o reconvención ante el tribunal arbitral,⁵⁹ o que los procedimientos paralelos involucren los mismos hechos o derecho.⁶⁰

C. Medidas precautorias que buscan preservar u obtener pruebas

En ocasiones es necesario preservar u obtener pruebas. Son dos hipótesis distintas. En el caso de preservar pruebas, necesariamente se está en presencia de una situación en la que de no hacer algo, se perderían las pruebas. En el caso de obtención de pruebas, se trata de obtener la colaboración de tribunales estatales para suplir una de las fronteras del arbitraje: la falta de imperio de los árbitros.

Únicamente un juez puede obligar a una parte o a un tercero a presentar pruebas en un procedimiento ya sea litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes⁶¹ —e inclusive en algunos casos a los árbitros!⁶²— para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

⁵⁸ *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Decision núm. DEC 116-A15 (IV) & A24-FT (18 de mayo de 1993).

⁵⁹ *Ford Aerospace and Communications Corporation and The Government of Iran*, Interim Award núm. ITM 28-159-3 (20 de octubre de 1983), 3 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 384; *Touche Ross and Company and the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 22-480-1 (13 de junio de 1983), 3 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 59; *Reading and Bates Corporation and the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 21-28-1 (9 de junio de 1983), 2 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 401; *Rockwell International Systems, Inc.*, Interim Award núm. ITM 17-430-1, 2 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 310.

⁶⁰ *Aeronutronic Overseas Services, Inc.*, Interim Award núm. ITM 44-158-1, 7 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

⁶¹ Por ejemplo, Reino Unido (artículo 43 de la 1996 Arbitration Act); Estados Unidos (Sección 7 de la Federal Arbitration Act de 1925 (9 U.S.C.A.) y sección 1297.92 de la ley de arbitraje de California); Suecia (Sección 26 de la 1999 Swedish Arbitration Act); en lo que concierne a Francia, el Nuevo Código de Procedimiento Civil (Nouveau Code de Procédure Civile) es omiso al respecto, sin embargo, autores diversos consideran que es posible que las partes pueden solicitar ayuda a los tribunales estatales, y existen otros autores que opinan que el tribunal arbitral mismo puede solicitar dicha asistencia (Moreau). El tema no ha sido conclusivamente decidido y, por ende, es discutible.

⁶² Reino Unido [artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 1996 (1996 Arbitration Act)]; Estados Unidos (Sección 7 de la Federal Arbitration Act de 1925 [9 U.S.C.A. §7]); Suiza

En el caso *CIADI AGIP vs. Congo*,⁶³ el demandante solicitó que el tribunal arbitral ordenara al gobierno de Congo que junte todos los documentos que habían sido mantenidos en la oficina local, presente al tribunal arbitral una lista de los mismos y los mantenga disponibles para su presentación ante el tribunal a solicitud de AGIP.⁶⁴ El gobierno no acató la recomendación del tribunal.

En *Vacuum Salt vs. Ghana*,⁶⁵ el demandante presentó una solicitud para que se conserven sus registros corporativos. Más que recomendar que así se haga, el tribunal arbitral tomó nota del acuerdo voluntario del gobierno de Ghana en el sentido de no negar acceso al demandante a dichos documentos.⁶⁶

D. Garantías financieras

Ciertas medidas precautorias tienen como propósito facilitar la ejecución eventual del laudo arbitral. Este es el caso del secuestro, la fianza y demás medidas que buscan “congelar” los activos sobre los cuales se trabaría embargo a efecto de satisfacer el laudo arbitral. Como es de esperarse, estas medidas son de jurisdicción exclusiva de los tribunales estatales por lo que será necesario solicitar su intervención para su obtención y ejecución.

Un caso particular de lo anterior lo constituyen las medidas que buscan asegurar los costos de un arbitraje. Como cualquier abogado —que haya participado en un arbitraje— sabe, los costos de proseguir un procedimiento arbitral son importantes. En términos generales, se entiende que, sujeto a la determinación final que de ello realice el tribunal arbitral, cada una de las partes cubrirá sus costos (incluyendo los de la institución arbitral, en su caso) y honorarios legales. Lo anterior con frecuencia hace que surja la duda acerca de la posibilidad de recobrar los mismos de la contraparte cuando se ha preva- lecido en todas o una gran parte de las pretensiones en el arbitraje.

[artículo 184 (2) de la Ley de Derecho Internacional Privado Suizo]; artículo 27 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y artículo 1444 del Código de Comercio de México.

⁶³ *AGIP S.p.A. vs. People's Republic of the Congo*, caso CIADI núm. ARB/77/1.

⁶⁴ Laudo de 30 de noviembre de 1979, 1 ICSID Reports 311.

⁶⁵ *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Republic of Ghana*, caso CIADI núm. ARB/92/1.

⁶⁶ Laudo del 16 de febrero de 1994, 4 JCSID Reports 331/2.

Más aún, en caso de duda sobre la disponibilidad de activos suficientes sobre los cuales pueda trabarse embargo para satisfacer el laudo arbitral, surge la pregunta sobre la posibilidad de que el tribunal arbitral emita una orden para que la contraparte garantice que, en caso de perder en el arbitraje y que se le requiera cubrir los costos del arbitraje, cuente con recursos suficientes para enfrentar el mismo evitando una victoria pírrica por parte del ganador, al prevalecer en el arbitraje pero que el laudo carezca de efectos prácticos por ser el deudor insolvente.

En general, las solicitudes de garantías de los costos en un arbitraje son poco frecuentes. Lo anterior puesto que hay quien opina que la facultad del tribunal arbitral de emitirlos es cuestionable.⁶⁷ A su vez, aun cuando se esté cierto sobre la facultad de realizar la medida en cuestión, es posible que el tribunal prefiera ser conservador y no la ejerza a efecto de evitar tomar medidas que pueden hacer pensar que ha prejuzgado cualquier aspecto de la controversia. De cualquier manera, es preferible que las solicitudes de garantías de costos sean realizadas únicamente ante el tribunal arbitral y no a los tribunales estatales ya que es el primero el que está en más contacto con las partes y las circunstancias de la controversia por lo que es el mejor situado para decidir si una orden de esta naturaleza es justificada. Más aún, es un aspecto que queda amparado por el acuerdo de las partes de resolver la controversia mediante arbitraje. Una intromisión por parte de un juez local seguramente será una solución menos perfecta por las razones descritas.⁶⁸

⁶⁷ Una duda bastante superada, por cierto, puesto que la jurisprudencia arbitral deja claro que el incluir una cláusula arbitral en un contrato trae aparejada la obligación financiera de cubrir los gastos inherentes al procedimiento arbitral en la forma que el tribunal lo decida.

⁶⁸ Como sucedió en el famoso caso inglés *Ken-Ren (Coppée Levalin NV vs. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.* ([1995] 1 A.C. 38; [1994] 2 Lloyd's Rep. 109, HL), el cual dio lugar a un cambio de derecho al respecto. En resumidas cuentas el caso versó sobre un arbitraje en el cual el demandado, Ken-Ren, era insolvente y le era imposible cubrir su parte del anticipo de los costos del arbitraje. El mismo fue pagado por el accionista mayoritario de Ken-Ren, quien se beneficiaría en caso de que Ken-Ren prevaleciera en el arbitraje, pero que no sería responsable en caso de que perdiera. El máximo tribunal inglés (House of Lords) decidió —por mayoría— que debería ordenarse una garantía por el monto en controversia puesto que “era un caso que demostraba de la manera más convincente que cualquier otro caso que por equidad debe exigirse una garantía (“*This is a case which, as strongly as any*

Habiendo realizado un comentario acerca de este tipo de medidas mencionaré algunos casos internacionales.

En el caso *ICSID Atlantic Triton vs. Guinea*,⁶⁹ el demandante solicitó que el demandado presentara una garantía por el monto demandado en virtud de que, en opinión del demandante, el demandado podría no cumplir con el laudo que eventualmente se emitiera. Por su cuenta Guinea solicitó una garantía para cubrir sus gastos por embargos que Atlantic Triton había obtenido en otro foro (Francia). El argumento que Guinea esgrimía para su procedibilidad era que el inversionista extranjero estaba en proceso de liquidar sus activos y en un futuro cercano sería insolvente por lo que no podría cubrir los mismos. El tribunal rechazó ambas pretensiones considerando que no era del todo claro que los riesgos que cada una de las partes alegaba estaban presentes, aunque no dejó pasar la oportunidad para dejar claro que tenía facultad para emitir las mismas.⁷⁰

Quiero compartir una experiencia personal con el lector. En un arbitraje de inversión en el cual el autor representa a inversionistas extranjeros en contra de un Estado Huésped de inversión cuya litis está compuesta por medidas diversas que los demandantes (y yo, evidentemente) sostienen que violan los deberes de trato a la inversión, protección, transferencia y no expropiación contenidas en un tratado de inversión, los demandantes se encontraron con que el Estado Huésped demandado se rehusaba a cubrir su porción del anticipo del arbitraje. La razón *oficial* que el Estado brindaba para no cubrir era que no estaba obligado a ello bajo el tratado de inversión. La razón *real*, en mi opinión, era usar una de las tácticas dilatorias más frecuentes: la negativa a cubrir el anticipo a sabiendas que (i) los demandantes (personas físicas) no contaban con recursos suficientes para soportar la totalidad de los costos del arbitraje; y (ii) la institución supervisora del arbitraje instruiría al tribunal a suspender el procedimiento hasta que el total del anticipo fuera cubierto. Así ocurrió.

case could, demonstrates as a matter of fairness that there should be security") (trad. del autor). El derecho inglés aplicable ya no permite que un tribunal estatal ordene garantías de costos en el arbitraje (secciones 38 y 44 de la 1996 English Arbitration Act) ya que se considera que esa facultad le compete a los árbitros, quienes con seguridad la utilizarán con mesura.

⁶⁹ *Atlantic Triton Company Limited vs. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Caso CIADI núm. ARB/84/1.

⁷⁰ El laudo no fue reportado.

Al no ser cubierta la provisión de gastos por el Estado demandado, la institución arbitral "invitó" a los demandantes a cubrir la parte restante del anticipo. Los demandantes carecían de fondos suficientes. Se les otorgó un plazo perentorio para cubrir el adelanto en el entendido que, de no cubrirse, se tendría por no presentada la demanda y se devolverían las cantidades inicialmente pagadas. En pocas palabras, *la táctica dilatoria estaba siendo exitosa*. Como último recurso el autor presentó una solicitud de medida precautoria del tribunal arbitral en el sentido que ordenara al Estado demandado a cubrir su parte del anticipo.⁷¹ Después de varios meses, el tribunal arbitral emitió un laudo sosteniendo que el Estado Huésped estaba obligado a cubrir su parte del anticipo del arbitraje y ordenó que pagara la parte que le corresponde del anticipo de gastos de arbitraje.⁷² El Estado pagó y el procedimiento está en curso.⁷³

E. Propaganda hostil

En *AMCO vs. Indonesia*,⁷⁴ el demandado solicitó medidas precautorias que ordenaran a los demandantes a desistirse de generar propa-

⁷¹ Debo confesar que al momento de la solicitud de la orden yo mismo dudé que prosperara. No porque el Estado no estuviera obligado a cubrir su parte del anticipo, sino porque los tribunales arbitrales son poco propensos a emitir ese tipo de medidas, entre otras razones, porque de no cumplirse no hay nada que se pueda hacer al respecto, al margen de deducir las inferencias adversas que de ello puedan surgir. Claro que, en este caso, en la medida que el procedimiento arbitral se hubiera suspendido, no habría inferencia adversa que deducir. Sería un caso de denegación de justicia. Un aspecto de especial relevancia es que el demandado es un Estado, un aspecto que complica aún más el que la orden se hubiera emitido puesto que tratándose de Estados en arbitrajes, los árbitros tienden a ser aún más cautelosos y conservadores. Véase, a guisa de ejemplo, la redacción de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI que al tratar medidas precautorias, en lugar de utilizar la palabra "ordenar", usa la palabra "recomendar".

⁷² El Tribunal consideró que, dado que la negativa de pago por el Estado demandado tendría como resultado el que la demanda arbitral se tuviera por retirada, y que los inversionistas demandantes carecían de fondos suficientes para sustituirse en el pago de la misma, ello resultaría en un daño irreparable para los inversionistas demandantes. Es de recalcar que el Tribunal "ordenó" al Estado Demandado a pagar, algo poco frecuente —pero plausible— en la práctica.

⁷³ Me veo imposibilitado de brindar más información por razones de confidencialidad. Sin embargo, no quiero dejar de mencionar que el razonamiento del tribunal arbitral es muy interesante y en mi opinión es una decisión digna de ser emulada.

⁷⁴ *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, caso CIADI núm. ARB/81/1.

ganda que pueda agravar o alargar la controversia. Las publicaciones en cuestión versaban sobre un artículo que contenía declaraciones atribuidas al accionista controlador del demandante en un periódico en Hong Kong en junio de 1983. Según Indonesia dicho artículo presentaba la versión unilateral del demandante y era dañino a la percepción internacional del clima de inversión en Indonesia. El tribunal arbitral se negó a emitir la recomendación solicitada razonando que el artículo no podía dañar a Indonesia ni agravar o exacerbar la controversia legal.⁷⁵

En otro caso,⁷⁶ la Corte Internacional de Justicia señaló que es un principio universalmente aceptado que las partes deben abstenerse de cualquier medida que pueda tener un efecto perjudicial en relación con la decisión que en forma general se emitiría, o que pueda agravar o extender la controversia.⁷⁷

F. Venta de bienes

Hay casos en los que se han emitido órdenes que restringen la venta de bienes. Para que ello suceda, los tribunales involucrados han requerido que se pruebe que es claro que la contraparte desea vender los mismos y que la parte que solicita la orden pruebe que los bienes son irremplazables y que un daño irreparable resultaría de ello.⁷⁸

G. Medidas ex-parte

Existen ocasiones en que la situación puede ser tan urgente que el tribunal deba actuar en forma inmediata, sin siquiera ventilar la postura de la contraparte en contra de quien se emitirían las medi-

⁷⁵ 1 ICSID Reports, p. 410.

⁷⁶ *Electricity Co. of Sofia and Bulgaria* (Interim Protection) (1939), A/B. 79, p. 199.

⁷⁷ Textualmente dijo: "Parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute".

⁷⁸ *Shipside Packing Company, Incorporated and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 27-11875-1 (6 de septiembre de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 331; *Behring International, Inc. and Islamic Republic Iranian Air Force*, Interim Award núm. ITM 25-382-3 (10 de agosto de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 173.

das. En general los tribunales internacionales prefieren que la contraparte sea escuchada antes de otorgar una medida precautoria.⁷⁹ Sin embargo, han habido casos en los que tribunales internacionales han decretado la medida antes de escuchar al demandado en razón de la urgencia.⁸⁰

Generalmente las leyes de arbitraje no tratan la posibilidad de que se impongan medidas precautorias sin que se escuche lo que la parte afectada tiene que decir al respecto. Sin embargo, cuando ello se ha presentado, las razones aducidas al otorgar las mismas han sido: si no se adopta la medida se producirían pérdidas o daños irreparables, la urgencia de la situación que no permite escuchar la parte afectada,⁸¹ o la conveniencia de no dar a conocer la medida por adelantado a la parte contra quien va dirigida.⁸²

Una excepción a lo anterior es derecho de Estados Unidos bajo el cual una orden *ex-parte* puede ser otorgada sin escuchar al demandado cuando se muestre en forma sumaria su necesidad con la finalidad de prevenir un daño inmediato e irreparable, sujeto a una audiencia en la que se determinen los derechos de las partes.⁸³

Si bien hay preferencia a que se escuche a la contraparte, en caso de que exista retraso injustificado por parte de esta última, los tribunales han reaccionado brindando la medida solicitada, claro, estando en presencia de circunstancias que la justifiquen.⁸⁴

⁷⁹ Por razones evidentes de debido proceso.

⁸⁰ *Reading and Bates Corporation and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 21-28-1 (9 de junio de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 401, en el cual se le ordenó al demandante a suspender los procedimientos y, en particular, una audiencia, hasta que el Tribunal Irán-Estados Unidos haya decidido si debe otorgar la solicitud del demandado acerca de las medidas precautorias. A su vez, véase *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217; *Ford Aerospace and Communications Corporation and The Government of Iran*, Interim Award núm. ITM 16-93-2 (27 de abril de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 281.

⁸¹ Por ejemplo, el caso de bienes perecederos.

⁸² Por ejemplo, una medida que prohíba sustraer activos del territorio de una jurisdicción daría oportunidad a la parte afectada para trasladarlos antes de que se dicte la medida.

⁸³ J. Moore's Fed. Practice, para. 65.05, 2a. ed., 1989.

⁸⁴ *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

IV. DERECHO EXTRANJERO

En esta sección, trataré derecho estadounidense; derecho francés, otras legislaciones arbitrales y concluiré con una mención concisa sobre algunos esfuerzos internacionales al respecto.

El motivo por el cual trato en forma y con extensión distinta dichas legislaciones, obedece a que tienen importancia distinta y algunas arrojan más lecciones que otras sobre el tema.

1. Derecho estadounidense

A. General

La legislación más importante de Estados Unidos sobre arbitraje comercial internacional es la Ley Federal de Arbitraje ("Federal Arbitration Act", FAA).⁸⁵ La FAA es omisa en la cuestión de medidas precautorias. A pesar de este silencio, y de la notoria complejidad para aplicar la FAA versus derecho estatal en materia de arbitraje, puede aducirse una regla general: la mayoría de las decisiones establecen que los tribunales arbitrales tienen, bajo la Ley Federal de Arbitraje, la facultad para ordenar medidas precautorias en ausencia de pacto en contrario por las partes.

B. Precedentes de Estados Unidos

No parece haber decisión alguna de las cortes de Estados Unidos que haya interpretado a la Ley Federal de Arbitraje en el sentido de pro-

⁸⁵ La FAA de 1925 está codificada en la sección 9 del United States Code, y contiene tres capítulos: (1) arbitraje local; (2) la legislación que implementa en derecho interno la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; y (3) la legislación que implementa en derecho interno la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Al margen de la FAA, que es derecho federal, existe legislación estatal al respecto puesto que, en palabras de la Suprema Corte de Justicia de E.U., la FAA no "ocupa toda el área" (*Volt Information Sciences, Inc. vs. Board of Trustees*, 489 U.S. 468, 477 (1989)) ("The FAA contains no express pre-emptive provision, nor does it reflect a congressional intent to occupy the entire field of arbitration. But even when Congress has not completely displaced state regulation in an area, state law may nonetheless be preempted to the extent that it actually conflicts with federal law") (énfasis agregado). Mis comentarios sobre este tema tomarán en cuenta únicamente derecho federal.

hibir a las partes otorgar al tribunal arbitral la facultad para emitir medidas precautorias.

La situación más común es que las partes en el acuerdo arbitral no mencionen nada con respecto a medidas precautorias. En dichos casos, las cortes de Estados Unidos han determinado que los tribunales arbitrales cuentan con facultades *implícitas* para ordenar medidas precautorias como una de las facultades inherentes del tribunal para dirigir y concluir el procedimiento arbitral. Una importante decisión sostiene en relación con las medidas precautorias:⁸⁶

Las medidas precautorias en arbitraje pueden ser indispensables para preservar activos o para que, en caso de ejecución, el laudo final no resulte vacío o sin sentido.⁸⁷

Esta observación refleja la postura más aceptada, mas no unánime. Existen decisiones en contrario. En un número reducido de casos, las cortes de Estados Unidos han interpretado a la Ley Federal de Arbitraje en el sentido de obstaculizar el que tribunales arbitrales otorguen medidas precautorias en ausencia de autorización expresa de las partes.

C. Ejecución judicial en Estados Unidos de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral

Si bien los tribunales arbitrales tienen la posibilidad *de facto* (lo contrario de *de iure*) para hacer cumplir las medidas precautorias que emitan,⁸⁸ también se le brindan a los tribunales herramientas jurídicas para hacer cumplir las mismas.

⁸⁶ *Pacific Reinsurance Management Corporation vs. Ohio Reinsurance Corporation* (935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991)). Véase también *Island Creek Coal Sales Co. vs. Gainesville*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); y *Sperry Int'l Trade, Inc. vs. Government of Israel*, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982).

⁸⁷ "Temporary equitable relief in arbitration may be essential to preserve assets or enforce performance which, if not preserved or enforced, may render a final award meaningless". (935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991). Ver también *Island Creek Coal Sales Co. vs. Gainesville*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); *Sperry Int'l Trade, Inc. vs. Government of Israel*, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982). 935 F.2d 1019, 1022-1023) (trad. del autor).

⁸⁸ Mediante, por ejemplo, la posibilidad de derivar las inferencias adversas que resulten de una negativa de cumplimiento, o por el control de fondos o activos puestos bajo su custodia.

a) Precedentes

El derecho arbitral estadounidense permite la ejecución judicial de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral. La razón que motiva lo anterior es que se considera que las medidas precautorias son necesarias para darle efectividad al procedimiento arbitral y las cortes de Estados Unidos las ejecutarán al considerar que dichas medidas disponen en forma definitiva y final de las cuestiones contempladas en los mismos. Lo anterior es sin perjuicio de que la medida precautoria sea emitida mediante un "laudo" o simplemente como una "orden".⁸⁹

No hay muchos precedentes en relación con la ejecución judicial de órdenes emitidas por tribunales arbitrales contemplando medidas precautorias. En términos generales, la jurisprudencia que existe establece criterios de revisión a grandes rasgos iguales a los de la ejecución de laudos arbitrales.

El caso más importante al respecto es *Sperry International Trade, Inc. vs. Government of Israel*,⁹⁰ en el cual el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos categóricamente hizo cumplir un laudo de medidas precautorias de un tribunal AAA aun cuando las medidas excedían lo que la corte por sí misma podría haber emitido. *Sperry*, con toda su complejidad procesal, muestra contundentemente el apoyo que tribunales arbitrales pueden esperar de la (mayoría de la) judicatura estadounidense.⁹¹

⁸⁹ NEUHAUS, Joseph E., *Interim Measures and their Enforceability under National Law*, Seventh Annual Transnational Commercial Arbitration Workshop, The Transnational Arbitration of High-Tech Disputes, Institute of Transnational Arbitration (20 de junio de 1996), p. 2.

⁹⁰ 689 F.2d 301 (2d Cir. 1982).

⁹¹ *Sperry* involucró un contrato bajo el cual Sperry diseñaría y construiría un sistema de comunicación para la fuerza aérea israelí, garantizado mediante una carta de crédito irrevocable por 15 millones de dólares en favor de Israel. Al deteriorarse la relación, Sperry comenzó un arbitraje ante la AAA (American Arbitration Association) e Israel presentó varias contrademandas. Casi simultáneamente, Sperry demandó ante un tribunal federal de primera instancia de Estados Unidos para obligar a Israel a no cobrar la carta de crédito hasta que se emitiera el laudo del tribunal arbitral de la AAA. El tribunal de primera instancia otorgó la orden de no-hacer ("injunction"). Sin embargo, la Corte de Apelación (Segundo Circuito) la revocó razonando que Sperry no había demostrado daño irreparable ya que únicamente daños pecuniarios estaban en juego. Israel comenzó los pasos para cobrar la carta de crédito, pero Sperry obtuvo una orden *ex parte* de embargo de una corte estatal de Nueva York.

Desde el caso *Sperry* en 1982, diversas cortes federales de Estados Unidos han decidido hacer cumplir medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral.⁹²

b) Criterio de revisión para ejecución

Las cortes de Estados Unidos aplican un criterio de revisión parecido a las causales de no reconocimiento contempladas en de la Convención de Nueva York.⁹³ En resumidas cuentas, las cortes de Estados Unidos ejecutarán medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral a menos que: (1) el laudo haya sido procurado mediante corrupción o fraude; (2) los árbitros hayan sido parciales; (3) los árbitros se hayan comportado de tal forma que se afecten los derechos de

Israel transfirió el procedimiento estatal a un tribunal federal de primera instancia y solicitó la revocación del embargo. Justo en la mañana del día en que el tribunal federal fijó la audiencia para ventilar los alegatos de Israel, el tribunal arbitral AAA emitió un laudo ordenando que los montos derivados de la carta de crédito se depositaran en una cuenta especial de depósito (*escrow*) a nombre tanto de Israel como Sperry. La corte federal confirmó el laudo de la AAA y dejó sin efectos el embargo de Sperry. Israel apeló argumentando que la solución de los árbitros sobre el depósito era inconsistente con la revocación del primer *injunction* por la Corte de Apelación ya que, en opinión de Israel, la Corte de Apelaciones había determinado que Israel podía cobrar la carta de crédito sin causar a Sperry un daño irreparable. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó los argumentos de Israel aplicando los artículos 9 y 10 de la Ley Federal de Arbitraje (que esencialmente incorporan las causales de no reconocimiento de la Convención de Nueva York). La corte sostuvo que los árbitros no habían excedido sus facultades ni que el sentido del laudo era manifiestamente contrario a derecho. La corte hizo hincapié en la *amplia facultad de los árbitros* bajo derecho de Nueva York *para llegar a un resultado justo*, a tal grado que dicha *facultad abarca la posibilidad de tomar medidas de las que un tribunal nacional carecería*.

⁹² Ver *Yasuda Fire & Marine Ins. Co. of Europe, Ltd. vs. Continental Casualty Co.*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994) (en la que el reasegurador fue ordenado a presentar como garantía una carta de crédito haciendo énfasis en la importancia de los laudos interinos en la consecución de la meta que los laudos sean ejecutables); *Pacific Reinsurance Management Corp. vs. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991) (en donde se ejecutó la "Orden Final Interina" que ordenaba que se realizaran pagos a una cuenta *escrow* sujeto a la conclusión del arbitraje); *Island Creek Coal Sales Co. vs. City of Gainesville, Florida*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984) (que confirmó la "Orden Interina" que una parte continuó a aceptar las entregas bajo un contrato de compra de carbón); *Konkar Maritime Enter., SA vs. Compagnie Belge D'Affretement*, 668 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1987) (que sostuvo una orden de depósito de fondos a una cuenta *escrow*); *Southern Seas Navigation Limited of Monrovia vs. Petroleos Mexicanos of Mexico City*, 606 F. Supp. 692 (S.D.N.Y. 1985) (que sostuvo un laudo interino que reducía un gravamen en una embarcación durante la solución del conflicto).

⁹³ Artículo 10 de la Ley Federal de Arbitraje.

una de las partes; (4) los árbitros hayan excedido sus facultades o las hayan ejercido tan imperfectamente que un laudo final y definitivo sobre el objeto de la materia no haya sido obtenido.

Las cortes estadounidenses pueden modificar un laudo, a solicitud de una parte, únicamente en los siguientes (restringidos) casos:⁹⁴ (1) haya habido un error de cálculo en las cifras o una descripción equivocada; (2) los árbitros hicieron un laudo sobre cuestiones no sometidas a su jurisdicción; o (3) el laudo tiene un vicio de forma.

D. Medidas precautorias ordenadas por tribunales de Estados Unidos

Antes de que el tribunal arbitral se encuentre constituido y en funciones, y en ciertas circunstancias aun después de ello, una parte puede necesitar solicitar medidas precautorias urgentes de una corte nacional.⁹⁵ Las facultades de una corte estatal para ordenar este tipo de medidas están regidas por el derecho local.

Al margen de observar las reglas de arbitraje seleccionadas por las partes, cualquier restricción impuesta por las partes en el acuerdo arbitral y la *lex arbitri*, las facultades de los tribunales arbitrales regidos por derecho arbitral de Estados Unidos para ordenar medidas precautorias están en gran medida determinadas por precedentes judiciales.

Me saltaré el aspecto de las reglas de arbitraje y trataré directamente el derecho arbitral de Estados Unidos, que incluye la Convención de Nueva York.

No obstante que la Convención de Nueva York es omisa en la cuestión de medidas precautorias, su artículo II(3) obliga a las cortes de los Estados Parte hacer cumplir los acuerdos arbitrales.⁹⁶

⁹⁴ Artículo 11 de la Ley Federal de Arbitraje.

⁹⁵ El ejemplo clásico bajo la doctrina y experiencia estadounidense es el solicitar un secuestro precautorio de cargamento encontrado en una embarcación que está a punto de zarpar cuando la titularidad o derechos sobre el mismo forma parte de la litis arbitral y que el arbitraje no ha comenzado o los árbitros no se encuentren disponibles.

⁹⁶ Dicho precepto establece: "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

Varias cortes de Estados Unidos han interpretado que el artículo II(3) de la Convención de Nueva York prohíbe el ordenar secuestros en forma previa al comienzo del arbitraje razonando que hacerlo sería inconsistente con la jurisdicción de los árbitros. Esta línea de casos persiste a pesar de que decisiones extranjeras y opiniones autoritativas interpretan al artículo II(3) como compatible con medidas precautorias emitidas por cortes estatales.⁹⁷

El caso más importante al respecto es *McCreary Tire & Rubber Co. vs. CEAT, SpA*.⁹⁸ *McCreary* versó sobre un contrato de distribución que contemplaba arbitraje CCI en Bélgica. Cuando surgió la controversia, *McCreary* demandó ante el tribunal federal de primera instancia de Massachusetts. La corte remitió a las partes al arbitraje con fundamento en la cláusula arbitral encontrada en el mismo desechando la acción. *McCreary* posteriormente demandó ante el tribunal federal de primera instancia en Pennsylvania, donde solicitó un embargo precautorio de los fondos adeudados a *CEAT* por un banco de Pennsylvania. En apelación, el Tercer Circuito de la Corte de Apelaciones (con jurisdicción en Pennsylvania), fundamentándose en el artículo II(3) de la Convención de Nueva York, sostuvo que no podía otorgarse el secuestro precautorio y que las partes deben ser remitidas al arbitraje. En su parte relevante, la corte determinó:

Lo que se observa evidente es que [la acción de *McCreary* ante la corte federal] es una violación del convenio de *McCreary* de someter sus controversias al arbitraje... Es posible que los embargos en el extranjero estén disponibles para la ejecución del laudo arbitral. Esta demanda no busca ejecutar un laudo arbitral mediante un embargo extranjero. Busca pasar por alto el acuerdo sobre el método de solución de controversias. Esta contravención está prohibida por la Convención [de Nueva York]. ... La Convención prohíbe a las cortes de un estado contratante admitir una demanda que viole el acuerdo arbitral. De este modo, la postura que el arbitraje es simplemente otro

⁹⁷ Por ejemplo, Albert Jan van den Berg opina que la doctrina de *McCreary* (que a continuación se tratará) debería ser rechazada puesto que la Convención de Nueva York no debe interpretarse en el sentido de proscribir medidas provisionales ("...the *McCreary doctrine* should be rejected as the [New York] Convention must be held, in general, not to preclude provisional remedies...") (Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 142.)

⁹⁸ 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974).

método de juicio, al cual le son aplicables los recursos locales provisionales, es insostenible".⁹⁹

Algunas cortes estadounidenses han seguido la estela de McCreary sosteniendo que la Convención de Nueva York impide embargos anteriores al juicio. Por ejemplo, en *Cooper vs. Ateliers de la Motobecane*,¹⁰⁰ la Corte de Apelación de Nueva York sostuvo que la Convención de Nueva York prohibía un secuestro precautorio anterior a juicio aparentemente dirigido a evadir un arbitraje en Suiza.

Otras cortes han llegado a la conclusión opuesta. El caso principal es *Carolina Power & Light Co. vs. Uranex*,¹⁰¹ en el cual un tribunal federal de primera instancia de California otorgó un secuestro precautorio anterior a juicio en asistencia de un arbitraje internacional en Nueva York, razonando que la argumentación de McCreary era "inconvincente"¹⁰² y que "no hay indicación en el texto ni teteología aparente de la Convención [de Nueva York] que recurrir al secuestro precautorio antes de juicio debe ser precluido".¹⁰³

Otras cortes estadounidenses han adoptado una postura ecléctica distinguiendo entre los secuestros precautorios anteriores a juicio como los que se ventilaron en los casos *McCreary* y *Cooper*, de otro tipo de medidas precautorias tales como mandamientos judiciales ("preliminary injunction"). Por ejemplo, en *Borden, Inc. vs. Meiji Milk Products Co.*,¹⁰⁴ un tribunal de segunda instancia¹⁰⁵ confirmó

⁹⁹ "What is plainly there to see is that [McCreary's federal court action] is a violation of McCreary's agreement to submit the underlying disputes to arbitration. ... Quite possibly, foreign attachment may be available for the enforcement of an arbitration award. This complaint does not seek to enforce an arbitration award by foreign attachment. It seeks to bypass the agreed upon method of settling disputes. Such a bypass is prohibited by the [New York] Convention. ... The Convention forbids the courts of a contracting state from entertaining a suit which violates an agreement to arbitrate. Thus, the contention that arbitration is merely another method of trial, to which state provisional remedies should equally apply, is unavailable". (501 F.2d 1032, 1038 (3d Cir. 1974) (trad. del autor).

¹⁰⁰ 456 N.Y.S.2d 728 (Ct. App. 1982).

¹⁰¹ 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977).

¹⁰² "[I do] not find the reasoning of McCreary convincing" fueron sus palabras exactas.

¹⁰³ Para ser fiel a lo que dijo, repetiré el texto exacto: "[there] is no indication in either the text or the apparent policies of the Convention that resort to prejudgment attachment was to be precluded."

¹⁰⁴ *Borden, Inc. vs. Meiji Milk Products Co.*, 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

¹⁰⁵ El Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

una orden emitida por un tribunal federal de primera instancia otorgando un mandamiento judicial ("preliminary injunction") en asistencia a un arbitraje.

Como seguramente el lector se ha percatado, los precedentes de Estados Unidos sobre el impacto del artículo II(3) de la Convención de Nueva York son contradictorios. La circunstancia anterior trae como resultado lo que en el argot internacional se conoce como *forum shopping*; es decir, la conducta estratégica soslayada por litigantes al preferir demandar en ciertas jurisdicciones que en otras por ser su derecho (sustantivo o adjetivo) más favorable a las pretensiones de su cliente. Este fenómeno, aunque no es *per se* objeto de repudio, es el resultado de una disparidad jurídica y debe ser evitado mediante la correcta confección de normas jurídicas. Sin embargo, lejos de generar un dolor de cabeza, puede trazarse una ruta estratégica de las mismas e inferirse la siguiente lección: las cortes de Estados Unidos recibirán positivamente solicitudes de medidas precautorias que busquen facilitar el arbitraje (ya sea que aún no haya comenzado o se encuentre en progreso), pero verán con malos ojos y rechazarán aquellas solicitudes —particularmente de embargos anteriores al juicio— que puedan frustrar el arbitraje.

En este contexto es interesante mencionar que el estado de Nueva York ha adoptado legislación que específicamente permite embargos o mandamientos judiciales ("injunctions") en asistencia del arbitraje en aquellos casos en que el laudo puede resultar ineficaz si no se adopta dicha asistencia provisional.¹⁰⁶ Este precepto fue interpre-

¹⁰⁶ La sección 7502(c) del New York Civil Practice Law and Rules establece: "Provisional remedies. The supreme court in the county in which an arbitration is pending, or, if not yet commenced, in a county specified in subdivision (a), may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitrable controversy, but only upon the ground that the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without such provisional relief. ... The provisions of article 62 and 63 of this chapter [relating to attachments and injunctions] shall apply to the application, including those relating to undertakings and to the time for commencement of an action (arbitration shall be deemed an action for this purpose) if the application is made before commencement, except that the sole ground for the granting of the remedy shall be as stated above. The form of the application shall be as provided in subdivision (a)". [New York Civil Practice Law and Rules, §7502(c)].

Es de notarse que estas medidas no están disponibles en casos internacionales bajo el capítulo de la Convención de Nueva York de la FAA. (*Drexel Burnham Lambert, Inc. vs. Reubsamen*, 531 N.Y.S.2d 547 (App. Div. 1988)).

tado aun por encima de *Cooper en Alvenus Shipping Co. vs. Delta Petroleum*,¹⁰⁷ donde un tribunal federal de primera instancia¹⁰⁸ determinó que *Cooper* no era un obstáculo para un mandamiento judicial ("injunction") en apoyo a un arbitraje puesto que, *inter alia*, la decisión era anterior a dicha legislación.

E. El estándar que aplicará una corte de Estados Unidos para emitir una medida precautoria

En virtud de que la Convención de Nueva York y la Ley Federal de Arbitraje son omisas al respecto, los requisitos que una corte de E.U. exigirá para emitir una medida precautoria emanan de la judicatura.

Las reglas del *common law* en materia de mandamientos judiciales ("injunctions") son las más claras al respecto. Si bien los criterios varían de una jurisdicción a otra, en términos generales las cortes de Estados Unidos ejercerán su discreción para emitir un *injunction* en apoyo de un arbitraje cuando se pruebe:¹⁰⁹ (1) daño irreparable; y (2) ya sea (a) posibilidad de éxito¹¹⁰ o (b) que la controversia sea lo suficientemente seria y la mayoría de los aspectos negativos sean en detrimento de la parte que solicita el *injunction*.¹¹¹

Con respecto a otras medidas precautorias, tales como embargos y garantías de los costos, el principio general es que la parte que solicite la medida debe demostrar que es necesaria para proteger el procedimiento arbitral.¹¹² La corte que la ventile no tiene que —ni debe— prejuzgar los puntos controvertidos para emitir la medida precautoria en cuestión.

Para concluir, quiero hacer notar que no es necesario que la parte que solicita las medidas precautorias de una corte estatal estadouni-

¹⁰⁷ 876 F. Supp. 482 (S.D.N.Y. 1994).

¹⁰⁸ Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito del Sur de Nueva York.

¹⁰⁹ A guisa de ejemplo, ver, *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. vs. Dongsan Construction Co.*, 598 F.Supp. 754 (S.D.N.Y. 1984), que cita *Jackson Dairy, Inc. vs. H.P. Hood & Sons, Inc.*, 596 F.2d 70, 72 (2d Cir. 1979).

¹¹⁰ "Likelihood of success on the merits".

¹¹¹ Para utilizar los términos exactos: "sufficiently serious issues on the merits to justify litigation and the balance of hardship leaning toward the party requesting the injunction".

¹¹² Ver, por ejemplo, *Ortho Pharmaceutical Corp. vs. Amgen, Inc.*, 882 F.2d 806, 812 (3d Cir. 1989).

dense esté involucrada en un arbitraje con sede en los Estados Unidos. La facultad de las cortes estadounidenses para emitir medidas precautorias no se encuentra condicionada a que los arbitrajes se estén llevando en Estados Unidos o bajo las leyes de Estados Unidos; se extiende también a la asistencia de arbitrajes seguidos bajo otras legislaciones arbitrales.¹¹³

F. Lecciones de la experiencia estadounidense

La explicación elaborada arroja lecciones tanto positivas como negativas. Las positivas son:

- a) Existe una actitud judicial pro-arbitraje que hace que los tribunales estadounidenses no interfieran con el arbitraje.
- b) Los tribunales estadounidenses muestran una tendencia a desecher las solicitudes por las partes que pueden entorpecer el procedimiento arbitral.
- c) Las medidas que los tribunales estadounidenses adoptan buscan darle efectos al pacto de arbitrar mediante la adopción de medidas que el tribunal arbitral no puede ejecutar por carecer de imperio frente a las partes.
- d) Los tribunales estadounidenses ejecutan medidas precautorias ordenadas por el tribunal arbitral, aun cuando el tipo de medida no pudiere ser adoptada por el tribunal estatal.

Las lecciones negativas son:

- a) Algunos tribunales han interpretado que el acuerdo arbitral les prohíbe adoptar medidas, con anterioridad al arbitraje, que buscan darle eficacia al mismo.

¹¹³ A manera de ejemplo, *confere Tampimex Oil Ltd. vs. Latina Trading Corp.*, 558 F.Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983) en el cual se otorgó un embargo de una cuenta bancaria en Nueva York en asistencia de un arbitraje en Londres; *Atlas Chartering Services vs. World Trade Group*, 453 F.Supp. 861, 863 (S.D.N.Y. 1978) en el cual se embargaron dos cuentas en Nueva York en asistencia de un arbitraje en Londres; *Andros Compania Maritima SA vs. Andre and Cie*, 430 F.Supp. 88 (S.D.N.Y. 1977) en el cual se embargó una embarcación en asistencia de un arbitraje en Londres; *Paramount Carriers Corp. vs. Cook Industries*, 456 F.Supp. 598 (S.D.N.Y. 1979) (same); *Carolina Power & Light Co. vs. Uranex*, 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977).

- b) Distintas jurisdicciones han adoptado soluciones divergentes a situaciones similares en relación con la procedibilidad de medidas precautorias lo cual invita a *forum shopping* por litigantes.

2. Francia

A. Antecedentes

Hasta 1981 el tema de las medidas precautorias no había sido regulado. El 12 de mayo de dicho año se introdujo una reforma que ha servido de cimiento jurídico de jurisprudencia y doctrina que constituyen las fuentes más importantes de regulación de este tema.¹¹⁴

B. Regulación

Si bien existe la posibilidad de acudir a un tribunal estatal francés para solicitar una medida precautoria no obstante la existencia de un acuerdo arbitral,¹¹⁵ la tendencia jurisprudencial es de afirmar la posibilidad de renunciar al derecho de solicitar las mismas de un tribunal estatal francés.¹¹⁶ Dicha renuncia puede resultar de un pacto expreso de las partes o de reglas arbitrales.¹¹⁷ Sin embargo, la renuncia no se extiende implícitamente al derecho de hacerse valer de una medida de *référé* (la cual se comentará). En la medida que la función del juez francés es la de llenar las lagunas o insuficiencias pasajeras del procedimiento arbitral, un acreedor que reúna los requisitos aplicables (urgencia y clara apariencia de derecho) podrá solicitar la emisión de la medida precautoria.¹¹⁸

¹¹⁴ Mediante la inclusión de los artículos 1492 a 1507 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

¹¹⁵ Véase *Société d'exploitation du cinéma REX vs. Rex*, Corte de Casación, 3er Civ., 7 de junio de 1979.

¹¹⁶ Matthieu de Boissésou *Le Droit Français de l'arbitrage interne et international*, GNL-éditions, p. 759.

¹¹⁷ *Atlantic Triton*, *Arrêt* de la Corte de Casación de fecha 18 de noviembre de 1986.

¹¹⁸ *République islamique d'Iran et autres vs. Société Framatome et autres*; así como *OEAI et autres vs. Eurodif et autres*, Corte de Casación, Civ. 1er, 20 de marzo de 1989.

La jurisprudencia de la Corte de Casación hace una distinción dependiendo de si el tribunal arbitral está constituido o no. Mientras no se haya constituido un tribunal arbitral, el juez *des référés* conserva su competencia para otorgar una provisión a la parte que pueda probar un derecho que no esté seriamente controvertido.¹¹⁹ Una vez constituido el tribunal arbitral, el juez *des référés* se torna incompetente.¹²⁰

C. Procedimiento Référé

En resumidas cuentas, un procedimiento *en référé* permite a un acreedor beneficiarse de procedimientos de emergencia para hacer ejecutar sus derechos en forma inmediata cuando dichos derechos no están "seriamente controvertidos".¹²¹ Existen dos requisitos: (a) que el tribunal no se haya constituido; y (b) que exista urgencia.

Las medidas que el juez *des référés* puede decretar son:¹²² designar un mandatario para conservar las pruebas, nombrar un administrador judicial, un secuestro de bienes, designar a un experto o emitir una orden de no hacer.¹²³

El motivo de una institución tan veloz es brindarle a los acreedores una medida para proteger sus derechos, restar efectos a las tácticas dilatorias de malos deudores y coadyuvar con el objetivo de moralizar las relaciones contractuales.¹²⁴

La existencia de dicha institución,¹²⁵ y sus beneficios, ha dado origen a su emulación mediante un procedimiento similar con un matiz arbitral. A continuación lo trataré.

D. Reglamento Referee de la CCI

La CCI emitió el 1 de enero de 1990 el Reglamento CCI para Procedimientos Pre-Arbitrales de Referee ("*ICC Rules for Pre-Arbitral*

¹¹⁹ Corte de Casación, 18 de junio de 1986.

¹²⁰ Caso *Eurodif*, Corte de Casación, 14 de marzo de 1984.

¹²¹ Artículos 809 y 873 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

¹²² Matthieu de Boissésou, pp. 254 y 257.

¹²³ *Injunction* en inglés, *astreinte* en francés.

¹²⁴ NORMAND, citado por DE BOISSÉSON, p. 762.

¹²⁵ Francia no es la única jurisdicción que contempla esta institución, también los Países Bajos (artículo 289 *et seq.*, Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos).

Referee Procedure”, el “Reglamento Referee CCI”). Dicho reglamento contempla un procedimiento mediante el cual pueden adoptarse medidas inmediatas al surgir problemas en una relación contractual. El Reglamento Referee CCI está diseñado para resolver la siguiente necesidad: acudir, en un lapso muy rápido, a un tercero facultado para tomar medidas precautorias con carácter de urgente, mismas que no pueden esperar a la emisión del laudo.

El Reglamento Referee CCI no usurpa la jurisdicción del juez o árbitro competente para eventualmente resolver los puntos en controversia.

En términos generales, el procedimiento es el siguiente. En presencia de un acuerdo que contemple la posibilidad de acudir al Reglamento Referee CCI, quien solicite la medida deberá presentar la solicitud de Referee a la CCI. La contraparte debe contestar en un lapso de ocho días mediante el método más rápido de comunicación. En caso de que no exista acuerdo entre las partes sobre quién fungirá como Referee, el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI lo designará. El Referee debe rendir su respuesta en un lapso de 30 días. Los poderes del Referee son, salvo pacto en contrario:¹²⁶

- Ordenar cualquier medida precautoria o de restauración que sea urgente y necesaria para prevenir ya sea un daño o pérdida irreparable y para salvaguardar cualesquiera derechos de las partes.
- Ordenar a una parte a pagar a otra un pago debido.
- Ordenar a una parte a tomar cualquier paso que deba ser tomado de conformidad con el contrato, incluyendo la firma de cualquier documento.
- Ordenar cualquier medida que busque preservar u obtener pruebas.

Las partes están obligadas a implementar la medida ordenada por el Referee y se tiene por renunciado el derecho a cualquier recurso para oponerse a la orden del Referee.

Salvo pacto en contrario, el Referee no debe fungir como árbitro.

A la fecha de elaboración de este estudio, desde su emisión el primero de enero de 1990 sólo se han registrado cinco casos bajo el Reglamento Referee CCI.

¹²⁶ Artículo 2 del Reglamento Referee CCI.

3. Otras legislaciones

La posibilidad de que un tribunal emita medidas precautorias, con o sin apoyo de tribunales estatales, ha sido generalizada en legislaciones arbitrales avanzadas (por ejemplo, Suiza,¹²⁷ Países Bajos¹²⁸ y Reino Unido),¹²⁹ así como otras no tan avanzadas —con algunos matices— (por ejemplo, Egipto¹³⁰ y Oman,¹³¹ que revirtieron la regla tradicional reflejada en el artículo 17 de la Ley Modelo requiriendo que las partes autoricen expresamente al tribunal arbitral a emitir medidas precautorias).

4. Esfuerzos internacionales

A. UNCITRAL

Desde 1999 la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés) se ha abocado a elaborar ciertas normas en algunas áreas del arbitraje comercial internacional. Entre ellas está la de medidas precautorias. Actualmente se está discutiendo una modificación al artículo 17 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional que versa sobre la facultad del tribunal arbitral de emitir medidas precautorias.¹³²

El texto más reciente, mas no final, aborda las siguientes áreas:¹³³ a) el derecho de las partes de restarle facultad al tribunal para emitir medidas precautorias; b) la naturaleza temporal y objetivos que pueden buscar lograr las medidas precautorias; c) los requisitos que debe reunir una parte para la emisión de una medida precautoria; d) la posibilidad de requerir garantía por la emisión de la misma; e) la posi-

¹²⁷ Artículo 183 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (*Loi fédérale sur le droit international privé*) y artículo 26 de la Convención Inter-Cantonal sobre Arbitraje (*Concordat sur l'arbitrage*) del 27 de marzo de 1969.

¹²⁸ Artículo 1056 del Código de Procedimientos Civiles.

¹²⁹ Artículos 42, 43 y 44 de la Ley de Arbitraje de 1996.

¹³⁰ Artículo 24 de la Ley de Arbitraje de 1994.

¹³¹ Artículo 24 de la Ley de Arbitraje de 1997.

¹³² A/CN.9/487, párrafo 64.

¹³³ A/CN.9/WG.II/WP.123, 3 de abril de 2003.

bilidad de modificar la medida por el paso del tiempo; f) el deber de la parte que solicita la medida de informar al tribunal cambios importantes de las circunstancias que motivaron la emisión de la medida; g) la posibilidad de emisión de medidas *ex-parte* así como la responsabilidad que de ello surja y demás requisitos aplicables; y h) la facultad y jurisdicción implícita del tribunal arbitral para abordar todas las cuestiones relacionadas con las medidas precautorias.

En virtud de que el texto aludido no es final, no lo abordaré. Tan sólo tengo dos comentarios al respecto. El texto actual refleja una interesante cristalización de la práctica y derecho internacional de la materia. Sin embargo, y no obstante que considero útil y plausible la existencia de dichas labores, cuestiono la conveniencia de modificar las legislaciones que actualmente contemplan lo dispuesto (en el artículo 17) de la Ley Modelo de la UNCITRAL para reflejar el texto que resulte de lo anterior. Ello por dos motivos: (i) no agrega nada puesto que la práctica actual, sin la modificación, es seguir dichos lineamientos;¹³⁴ y (ii) en cambio, puede ser limitativo o invitar un incremento en el nivel de revisión por los tribunales estatales del modo en el cual los tribunales arbitrales conllevan los procedimientos arbitrales.

B. La Asociación de Derecho Internacional

La Asociación de Derecho Internacional (*International Law Association*, "ILA"), en su 67a. Conferencia celebrada en 1996, aprobó los "*Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales*" que buscan establecer reglas relacionadas con las medidas precautorias en *litigios* (no arbitrajes) internacionales. No obstante que dichas reglas no aplican al arbitraje, coadyuvan al desarrollo de la materia y la formación de un consenso internacional sobre la materia.

C. American Law Institute/UNIDROIT

El American Law Institute y la UNIDROIT unieron esfuerzos para crear un proyecto de principios fundamentales y normas de procedi-

¹³⁴ Es decir, sin la mención expresa de los cánones que se están detallando por la UNCITRAL, el procedimiento de razonamiento que siguen los árbitros experimentados es el mismo.

miento civil transnacional. En los mismos se incluyen principios en relación con medidas cautelares.

D. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En el foro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha discutido un Proyecto de Convención sobre competencia judicial y el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil. Dicho proyecto toca el tema de las medidas precautorias.

V. DERECHO MEXICANO

No existe uniformidad legislativa acerca de la facultad de un tribunal arbitral para emitir medidas precautorias. Mientras las leyes de ciertos países las permiten dando unas facultades amplias para su emisión al tribunal arbitral,¹³⁵ otros reservan dicha facultad a los tribunales estatales.¹³⁶ Sin embargo, existe una tendencia legislativa en los países que promueven el arbitraje —particularmente en aquellos con legislaciones arbitrales avanzadas— de dar a los árbitros amplia libertad para otorgar medidas precautorias.

La legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente entre los tribunales mexicanos y los tribunales arbitrales en relación con la emisión de medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado lo contrario.

El principio de jurisdicción concurrente tiene tres consecuencias: (1) las partes pueden solicitar de tribunales estatales la emisión de medidas precautorias no obstante la existencia de un acuerdo arbitral; (2) la solicitud de medidas precautorias de un tribunal estatal no constituye una renuncia al derecho a arbitrar; y (3) el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir medidas precautorias.

Si bien existe la posibilidad de solicitar medidas precautorias tanto de un tribunal estatal como de un tribunal arbitral, el fundamento,

¹³⁵ Por ejemplo, Suiza y las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

¹³⁶ Por ejemplo, Argentina e Italia.

requisitos de procedibilidad y límites de la facultad de cada uno varía en forma importante. Ello se tratará de la siguiente manera:

1. La facultad del tribunal arbitral para emitir medidas precautorias.
2. La facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.
3. La facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el tribunal arbitral.
4. El marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con arbitraje.

1. Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias

Uno de los efectos legales del acuerdo arbitral es el otorgamiento por las partes a un tribunal arbitral de jurisdicción para resolver una controversia, lo cual abarca la facultad de emitir las medidas que logran o forman parte de dicho objetivo, incluyendo medidas precautorias. Es decir, la facultad *específica* de emitir una medida precautoria se concibe como inherente a (y parte de) la facultad *general* de resolver la controversia.

Si bien el derecho vigente es claro al respecto,¹³⁷ no siempre lo fue.¹³⁸ Sin embargo, inclusive ante ausencia de disposición expresa, los tribunales arbitrales emitían medidas precautorias con fundamento en la facultad inherente para ello derivada de su misión de resolver la controversia.¹³⁹

¹³⁷ Artículo 1433 del Código de Comercio.

¹³⁸ Si bien existe consenso acerca de la facultad de un tribunal arbitral para ordenar medidas precautorias en el arbitraje, existió cierta divergencia en cuanto a algunos aspectos relacionados con ello entre el grupo de trabajo que redactó el artículo 17 de la Ley Modelo (que es el equivalente al 1433 del Código de Comercio). Uno de ellos fue si la facultad del tribunal arbitral de otorgar medidas precautorias estaba condicionada al acuerdo expreso de las partes al respecto, o si debería entenderse que el tribunal arbitral cuenta con dicha facultad a menos que las partes dispongan lo contrario. El segundo método prevaleció y el texto es claro al respecto. Por consiguiente, ya no hay lugar a duda acerca de la facultad implícita del tribunal arbitral para emitir dichas medidas.

¹³⁹ Ver Eric Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court, in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC Publication núm. 519, 1993.

La facultad del tribunal arbitral está limitada en dos aspectos: (1) alcance y (2) su ejecutabilidad.

A. Alcance

La facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas precautorias es amplia con respecto al tipo de medidas que pueden otorgarse, pero restrictiva en cuanto a sus destinatarios.

El alcance de la facultad de un tribunal arbitral para emitir medidas precautorias fue un tema controvertido en la redacción del (antecesor del) artículo 1433. La elección en el texto final del término “providencias precautorias”¹⁴⁰ obedeció al deseo de adoptar una fórmula genérica que no descartara *a priori* cualquier medida. Por consiguiente, el límite en cuanto a las medidas que puede emitir un tribunal arbitral no es jurídico, sino fáctico: la imaginación del tribunal arbitral y las circunstancias del caso.¹⁴¹

La facultad del tribunal de emitir medidas “*necesarias respecto del objeto de litigio*”,¹⁴² en ocasiones se ha entendido que limita la facultad del tribunal de emitir medidas que versen sobre el objeto¹⁴³ materia de litigio, mas no se extiende a otro tipo de medidas.¹⁴⁴ Esta interpretación ha sido superada. El texto “*respecto del objeto de litigio*” obedece al deseo de los redactores del (antecesor del) artículo 1433 de no limitar la facultad de emisión de medidas precautorias al objeto o materia de la controversia, sino a emitir cualesquiera otras

¹⁴⁰ “*Interim measures of protection*” en inglés.

¹⁴¹ El comentario analítico del artículo 17 de la Ley Modelo menciona como ejemplos prácticos: medidas diseñadas a “estabilizar” una relación de larga duración, el mantenimiento de maquinaria, la continuación de una fase de una construcción con la finalidad de evitar un daño irreparable, y una orden para asegurar pruebas que de otra manera estarían indisponibles en etapas subsecuentes del procedimiento.

¹⁴² El precepto establece, literalmente: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas*” (énfasis agregado).

¹⁴³ “*Subject matter*” en inglés.

¹⁴⁴ Por ejemplo, si la controversia radica sobre la titularidad de acciones, que las mismas puedan ser depositadas en manos de un tercero quien las administre durante el procedimiento arbitral, mas no podría decretarse que una de las partes otorgue una garantía sobre el monto en controversia.

medidas que juzgue apropiadas dadas las circunstancias.¹⁴⁵ Una medida típica que el tribunal arbitral podría ordenar es cualquiera que las partes pudieran diseñar contractualmente.¹⁴⁶

En lo que se refiere al alcance personal de las medidas, éste es limitado. El tribunal no puede emitir medidas que estén destinadas a terceros que no formen parte de la controversia. Ello fue el deseo expreso de los redactores de dicho artículo.¹⁴⁷

B. Ejecutabilidad

La segunda limitante a la facultad del tribunal arbitral en materia de medidas precautorias es su ejecutabilidad. La razón es obvia: la falta de imperio de los árbitros. En efecto, en virtud de que la naturaleza del arbitraje es contractual, los árbitros carecen de facultades coercitivas *vis-à-vis* las partes en disputa. Por consiguiente, la sanción derivada del incumplimiento de las medidas dictadas por un tribunal arbitral son de tipo fáctico, no jurídico: la facultad del tribunal arbitral de derivar las inferencias adversas que estime apropiadas de la negativa de una parte de cumplir con una orden del tribunal al momento de fundar y motivar el laudo.

Únicamente un juez puede obligar a una parte en un procedimiento o a un tercero a observar una medida precautoria o a presentar pruebas en un procedimiento, ya sea litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes,¹⁴⁸ —¡e inclusive en al-

¹⁴⁵ Por ejemplo: medidas para preservar bienes ante terceros, la venta de preceaderos, cartas de crédito, utilización de maquinaria, continuación de construcciones no obstante la disputa, preservación de pruebas, etcétera.

¹⁴⁶ BROCHES, *The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, p. 92.

¹⁴⁷ Dicha limitante queda más clara en la versión en inglés de dicho artículo que establece: "Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure" (énfasis añadido).

¹⁴⁸ Por ejemplo, Reino Unido (artículo 43 de la *1996 Arbitration Act*); Estados Unidos [Sección 7 de la *FAA* de 1925 (9 U.S.C.A. §7)]; Suecia (Sección 26 de la *1999 Swedish Arbitration Act* de 1999); en lo que concierne a Francia, el Nuevo Código de Procedimiento

gunos casos a los árbitros!¹⁴⁹— para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

La posibilidad de otorgar la facultad al tribunal de solicitar la asistencia de los tribunales nacionales para ejecutar una medida precautoria fue ventilada por los redactores de la *Ley Modelo*.¹⁵⁰ No obstante, la opinión prevaleciente fue en el sentido de que no debería adoptarse dicha medida a nivel de la *Ley Modelo* puesto que versaba sobre un aspecto relacionado con el derecho procesal nacional y, en específico, competencia judicial y era improbable que, en caso de incluir una disposición al respecto, ello fuera aprobado por varias jurisdicciones. Más aún, la facultad para ordenar medidas precautorias era ya valiosa, aun sin su ejecutabilidad judicial.¹⁵¹

La postura legislativa que puede seguirse al adoptar la *Ley Modelo* puede oscilar entre procurar la cooperación judicial al arbitraje mediante una disposición expresa al respecto, o no modificar el artículo en cuestión, en cuyo caso la posibilidad de asistencia judicial es un tema abierto y discutible puesto que la ausencia de disposición expresa al respecto implica la proscripción de la misma.

Un aspecto práctico tratado por el grupo de trabajo fue la posibilidad de facultar al tribunal arbitral para requerir algún tipo de garantía por los costos de una medida precautoria que ordene y la posibilidad que dicha garantía abarque los daños y perjuicios que la medida pudiere causar.¹⁵² La postura que prevaleció fue utilizar el término "garantía suficiente",¹⁵³ lo cual negaría cualquier límite implícito en

Civil (*Nouveau Code de Procédure Civile*) es omiso al respecto, sin embargo, autores diversos consideran que es posible que las partes pueden solicitar ayuda a los tribunales y existen otros autores que opinan que el tribunal arbitral mismo puede solicitar dicha asistencia (MOREAU). El tema no ha sido conclusivamente decidido y, por ende, es discutible.

¹⁴⁹ Reino Unido [artículo 44 de la *Ley de Arbitraje de 1996* (1996 *Arbitration Act*)]; Estados Unidos [Sección 7 de la *FAA* (9 U.S.C.A. §7)]; Suiza [artículo 184(2) de la *Ley de Derecho Internacional Privado Suizo*]; artículo 27 de la *Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional*, artículo 1444 del Código de Comercio de México y, hasta cierto punto, el Reino Unido [artículo 44 de la *Ley de Arbitraje de 1996* (1996 *Arbitration Act*)].

¹⁵⁰ Doc. A/CN.9/245, para. 70.

¹⁵¹ BROCHES, Aron, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, p. 92.

¹⁵² Curiosamente, la propuesta fue hecha por el delegado mexicano (Doc. A/CN.9/SR.316, para. 39); BROCHES, p. 92.

¹⁵³ "Appropriate security" en inglés.

la garantía para los costos de la medida precautoria. Por consiguiente, el texto actual abarca la posibilidad de que la garantía en cuestión prevea los daños de una parte a discreción del tribunal arbitral.

Un tema no tratado es la posibilidad de que una parte solicite una orden del tribunal arbitral y la otra parte solicite una orden contradictoria de un tribunal estatal en otro Estado. El grupo de trabajo decidió que dicho tema debería ser resuelto mediante la legislación local.¹⁵⁴ El derecho mexicano no establece nada al respecto. En mi opinión, en caso de dicho conflicto, debe prevalecer la competencia del tribunal arbitral para emitir la medida. La única excepción a ello lo puede ser el caso que la parte que solicita la medida precautoria pruebe que existe "urgencia".

C. Obtención de pruebas

En este contexto vale la pena mencionar un tema distinto, pero relacionado: la facultad de un tribunal arbitral de solicitar la asistencia judicial en la obtención y/o desahogo de pruebas. Es interesante notar que el derecho mexicano aplicable es avanzado al respecto puesto que brinda el derecho tanto a las partes como al tribunal arbitral para solicitar la ayuda de los jueces nacionales en la obtención de pruebas. Al respecto, la ley mexicana de arbitraje establece:

Artículo 1444. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de éste, podrá solicitar la asistencia del juez para el desahogo de pruebas.

La razón que motivó dicho precepto fue evitar que el procedimiento arbitral se empantanara por la falta de poder del tribunal arbitral para obligar a la comparecencia de un testigo, presentar documentos o para tener acceso a bienes para su inspección.¹⁵⁵ Para remediar dicha situación y brindar eficacia al procedimiento arbitral se estableció el deber de los tribunales locales de "prestar su imperio" en ayuda del arbitraje. Cómo tendría lugar esta ayuda es un tema que se define, resuelve y limita por el derecho procesal nacional.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Doc. A/CN.9/SR.316, para 36, BROCHES, p. 91.

¹⁵⁵ BROCHES, p. 137.

¹⁵⁶ Es decir, con las medidas de apremio con las que cuenta el juez en cuestión, para lo cual hay que consultar el Código de Comercio. Lo anterior no es un caso de suplencia de la

El que pueda no siempre debe traducirse en que deba. Existen diversos casos internacionales que sirven como ejemplo de situaciones en las que es cuestionable que los tribunales nacionales debieron haber interferido con el procedimiento arbitral.¹⁵⁷ Sin deseo de abundar en ello, vale la pena mencionar que un tribunal mexicano al que se le solicite emitir una medida precautoria debe ser conservador al actuar y cerciorarse que la medida no perjudicará el desarrollo del procedimiento arbitral.

2. Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral

La existencia de un acuerdo arbitral, y la atribución de jurisdicción para resolver la controversia que ello conlleva, no impide que las partes acudan, en forma excepcional, a solicitar la medida precautoria de un tribunal estatal.¹⁵⁸

Es decir, la posibilidad de solicitar una medida precautoria de un tribunal estatal puede entenderse como una excepción al principio que *todas* las controversias (y los aspectos relacionados con las mismas, dentro de lo cual figuran las medidas precautorias) que surjan de una relación jurídica sujeta a un acuerdo arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, quedando los tribunales estatales (que en ausen-

ley mexicana de arbitraje por el Código de Comercio puesto que se trata del régimen procesal (*lex fori*) del juez, no del árbitro.

¹⁵⁷ Por ejemplo el caso *Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Ltd.* [1993] A. C. 334, en el cual los tres tribunales involucrados [el juez de primera instancia, la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y el *House of Lords*] emitieron respuestas distintas sobre la actitud que deben desplegar los tribunales locales ante la facultad de emitir medidas precautorias en apoyo al arbitraje. Para concluir la moraleja vale la pena recordar lo que sostuvo el *House of Lords* al respecto: "It is true that mandatory interlocutory relief may be granted even where it substantially overlaps the final relief claimed (...) the court should approach the making of such an order with utmost caution and should be prepared to act only when the balance of advantage plainly favours the grant of relief. (...)" (id. p. 367.) ("Es cierto que pueden emitirse medidas precautorias interlocutorias aun cuando se traslapen en forma sustancial con las peticiones solicitadas por las partes (...) las cortes deben tener cuidado extremo al afrontar la emisión de una orden de dicha naturaleza y deben actuar únicamente cuando el saldo de las ventajas favorezca el otorgamiento de la medida. (...)" (trad. del autor).

¹⁵⁸ Artículo 1425 del Código de Comercio.

cia del acuerdo arbitral serían competentes) sin competencia para ventilar una controversia que derive de la relación jurídica citada.

La razón que motiva la excepción descrita es que las partes que se hayan sometido al arbitraje no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas precautorias *urgentes* de tribunales cuando ello sea más eficiente.¹⁵⁹

Se ha argumentado que el principio de no competencia de los tribunales estatales ante un acuerdo arbitral se extiende a las medidas precautorias que del mismo puedan tener que emitirse.¹⁶⁰ Más aún, si las partes decidieron acudir al arbitraje para solucionar sus diferencias, ello fue con conocimiento de las ventajas y desventajas¹⁶¹ que ello acarrea y, por consiguiente, no debe permitirse que los tribunales estatales se inmiscuyan en el procedimiento. Estos argumentos no tienen cabida en derecho mexicano ya que la posibilidad de acudir a tribunales mexicanos aun en presencia de un acuerdo arbitral está expresamente contemplada por la ley arbitral mexicana.

Como lo establece el artículo 1425 del Código de Comercio, las partes pueden, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, solicitar medidas precautorias de un juez mexicano. Las razones que motivan el precepto son obvias: el tribunal arbitral es inexistente. Si aún no se ha constituido el tribunal arbitral, es natural que las partes puedan acudir a un tribunal estatal para solicitar las medidas que juzguen urgentes en relación con el arbitraje prospectivo.

Lo que no es tan claro es cuándo proceden las medidas precautorias solicitadas. Es decir, qué requisitos debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. La ley mexicana de arbitraje (Libro Cuarto, Título Quinto) no establece nada al respecto. Ello se abordará en el punto 4, más adelante.

¹⁵⁹ Ya sea porque el tribunal no se haya constituido o porque son inmediatamente ejecutables, a diferencia de las medidas dictadas por tribunales arbitrales, cuya ejecutabilidad está sujeta a matices que se comentarán con posterioridad.

¹⁶⁰ El actuar en forma distinta sería contrario al artículo II.3 de la Convención de Nueva York que exige que los tribunales estatales se abstengan de conocer sobre una controversia ante un acuerdo arbitral.

¹⁶¹ Una de las desventajas sería el renunciar a las posibilidades de obtener medidas precautorias inmediatamente ejecutables.

3. Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el Tribunal Arbitral

El artículo 1425 del Código de Comercio también establece que un juez mexicano puede emitir medidas precautorias durante la existencia de actuaciones arbitrales.¹⁶²

La facultad citada, si bien a primera impresión curiosa,¹⁶³ tiene su origen en un estudio que los redactores de la Ley Modelo realizaron sobre las decisiones judiciales al amparo de la Convención de Nueva York sobre la posibilidad de que tribunales estatales emitieran medidas precautorias no obstante la existencia de un acuerdo arbitral. El estudio demostró que existía falta de uniformidad al respecto ya que mientras que algunos se rehusaban a hacerlo (como resultado del temor que las mismas impedirían el desarrollo eficiente y expedito del procedimiento arbitral), otros tribunales las emitían (con base en la noción que, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, aseguraban que el laudo arbitral fuera ejecutable preservando el objeto de la controversia o los activos de una de las partes).¹⁶⁴ Entendido lo anterior la postura de los redactores de la Ley Modelo fue que la emisión de medidas precautorias por jueces locales no es incompatible con el arbitraje.¹⁶⁵

El principio fue reflejado en el artículo 9 de la Ley Modelo, antecedente del artículo 1425 del Código de Comercio. Dicho precepto no establece qué medidas pueden emitirse; ello le corresponde al derecho y tribunales locales definir. Lo que deja claro es que no está limitado a medida alguna. Más aún, el artículo 1425 es más amplio que el artículo 1433 ya que el segundo versa sobre la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas precautorias, misma que está limitada en la forma que detalló con anterioridad.

¹⁶² En específico, el artículo citado establece: "Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales" (énfasis añadido).

¹⁶³ Por no calificarla como *contradictoria* con el principio que una vez constituido el tribunal arbitral es ante éste que deberían ventilarse las solicitudes de medidas precautorias.

¹⁶⁴ Secretariat Study on the N. Y. Convention, A/CN.9/168, para. 29, pp. 333-334.

¹⁶⁵ HOLTZMANN, Howard M., y NEUHAUS, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Turation Publishers, Deventer/Boston, p. 332.

4. Marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con el arbitraje

Una vez mencionado en qué casos puede acudir a un juez nacional para solicitar una medida precautoria en asistencia del arbitraje, procederé a explorar los requisitos que debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. Habiendo mencionado la facultad de tribunales nacionales para emitir medidas que coadyuven con el arbitraje, necesariamente surge la pregunta sobre cuándo debe ejercerse dicha facultad.

Como se mencionó con anterioridad, la ley mexicana de arbitraje no establece nada al respecto. Por consiguiente, existen dos opciones que pueden adoptarse con la finalidad de integrar dicha laguna: a) acudir al Código de Comercio y utilizar la regulación sobre medidas precautorias en el mismo como supletoria de la ley de arbitraje; o b) no acudir a derecho procesal alguno como supletorio e interpretar las facultades del juez bajo el artículo 1425 como independientes. A continuación abordaré cada una.

A. Código de Comercio como derecho procesal supletorio

Dado que el tema que se trata versa sobre el derecho procesal mercantil, el paso natural parecería ser analizar los requisitos de procedencia de las medidas precautorias bajo el Código de Comercio.

El lector podrá —con debida razón— cuestionar el salto supletorio que estoy realizando puesto que, como regla general, *el Código de Comercio no es supletorio de la ley mexicana de arbitraje*.¹⁶⁶ La

¹⁶⁶ El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (que en este estudio he llamado en forma abreviada como “la ley mexicana de arbitraje”) es un cuerpo normativo independiente del Código de Comercio no obstante su inclusión en el mismo. Así fue diseñado y hubiera sido útil, que al momento de adoptarse, se hubiera hecho como una ley especial, como fue el caso con la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, y demás leyes mercantiles especiales. Sin embargo, por “simplicidad” se incluyó dicha ley en el (en ese entonces) vacío existente en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Este paso, si bien inofensivo en principio, ha acarreado el desafortunado resultado que con frecuencia se interpreta la ley mexicana de arbitraje como un juicio más regulado por el Código de Comercio y, por consiguiente, es regido por las reglas y principios generales en él incluidos

razón que motiva dicho paso a efecto de integrar la ley mexicana de arbitraje lo constituye que así fue diseñada la Ley Modelo. Los redactores de la Ley Modelo contemplaron y ventilaron el aspecto relativo a la posibilidad de incluir en la Ley Modelo los requisitos que debe exigir un tribunal nacional a efecto de emitir una medida precautoria. La decisión que se tomó fue que, en virtud de que se está en presencia del delicado tema de la relación tribunal arbitral-tribunal estatal, y tomando en consideración que el tema formaba parte del derecho procesal de cada jurisdicción, la solución que se decidió implementar fue no abordar dichos requisitos en la Ley Modelo, dejando para ello que dicho aspecto fuera regido por el derecho procesal local.¹⁶⁷

Las medidas precautorias están reguladas en el Capítulo XI, Título Primero, Libro Quinto, artículos 1168 a 1193 del Código de Comercio. En el mismo se contemplan *únicamente*¹⁶⁸ las siguientes medidas:¹⁶⁹ el secuestro y el arraigo.

El *secuestro* procede en cualquiera de las siguientes dos hipótesis:¹⁷⁰

- *En acciones reales*. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real.

(por ejemplo, recursos, pruebas, etc.). Lo anterior ha creado confusión e interpretaciones incorrectas. Más aún, estos errores interpretativos son el resultado natural de utilizar principios de hermenéutica jurídica con los que fuimos entrenados los abogados postulantes. Por ejemplo, piénsese en el principio de interpretación jurídica encontrado en el artículo 1854 del Código Civil Federal. A su vez, el método exegético y sistemático de interpretación. Lo anterior magnificado por el hecho que el Título Cuarto en el cual se encuentra la ley mexicana de arbitraje, forma parte del Libro Quinto que versa sobre los juicios mercantiles (dentro de los cuales figuran el juicio ordinario mercantil y el ejecutivo mercantil). Sin embargo, y no obstante lo mencionado, una interpretación auténtica, histórica y teleológica de dicho cuerpo normativo nos lleva a concluir que, para efectos de su interpretación e integración, es independiente de todo el resto, no sólo del Libro Quinto sino del Código de Comercio en su totalidad, como lo son otras leyes especiales mercantiles, y, por ende, las disposiciones procesales del Código de Comercio no deben utilizarse en la interpretación o integración de la ley de arbitraje.

¹⁶⁷ Ver HOLTZMANN y NEUHAUS, pp. 332-333, 734. BROCHES, pp. 51-52 y 137-140.

¹⁶⁸ El Código de Comercio es tajante al respecto. El artículo 1171 establece: “No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona (...) y en el secuestro de bienes...” (énfasis añadido).

¹⁶⁹ Artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

¹⁷⁰ Fracciones II y III del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

- *En acciones personales.* Cuando el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

El arraigo procede cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.¹⁷¹

Acerca de los requisitos, lo único que establece el Código de Comercio son *derecho y necesidad*.¹⁷² Es decir, al momento de presentar la solicitud de una de las medidas precautorias mencionadas, el actor deberá acreditar que tiene *derecho* a las mismas y que las mismas son *necesarias*, dadas las circunstancias, para evitar que suceda el resultado que motiva la medida que se esté solicitando. Por ejemplo, en caso de que se tema que se oculten los bienes suficientes para satisfacer el laudo que —en su caso— eventualmente emanará del procedimiento arbitral, el actor podría solicitar que se ordene el secuestro de bienes de los cuales es propietario el demandado.

Para contrarrestar la solicitud de la medida precautoria, el demandado puede dar fianza que sea suficiente a juicio del juez o probar que tiene bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.¹⁷³ No se aceptan excepciones distintas a las mencionadas.¹⁷⁴

B. La facultad del juez mexicano en medidas precautorias es independiente

Como se adelantó, una segunda opción es interpretar que la facultad del juez mexicano bajo el artículo 1425 del Código de Comercio es independiente de la reglamentación de las medidas precautorias bajo el derecho procesal mercantil.

Si bien, por principio de cuentas, podría cuestionarse dicha postura bajo el argumento que el juez debe fundar y motivar su actuar, y el régimen aplicable a dichas medidas en materia mercantil está conte-

¹⁷¹ Fracción I del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

¹⁷² El artículo 1172 establece: “El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita”.

¹⁷³ Artículo 1180 del Código de Comercio.

¹⁷⁴ Artículo 1183 del Código de Comercio.

nido en el Código de Comercio,¹⁷⁵ también es cierto que podría interpretarse el artículo 1425 como *lex specialis* que prevalece sobre la ley general mercantil. De ser el caso, surge la pregunta acerca de cuáles son los requisitos aplicables a la emisión de la medida precautoria y el resto del régimen aplicable a la misma, puesto que dicho precepto no establece nada al respecto.¹⁷⁶ En respuesta, podría sostenerse que es una facultad discrecional, intencionalmente dejada amplia a efecto de que el juez mexicano tome todas las medidas que considere apropiadas dadas las circunstancias al cumplir con su deber de brindar apoyo al arbitraje.¹⁷⁷

Si bien aún no hay jurisprudencia que esclarezca lo anterior, el autor tiene conocimiento de un caso que vale la pena comentar. Un juez mexicano recientemente emitió una medida precautoria con fundamento en el artículo 1425, en la cual ordenó a una de las partes a que “*se abstenga de incumplir con los términos y condiciones que han regido [en el contrato], se abstenga de cobrar o endosar [...] pagarés que suscribieron a su favor para garantizar la operación de las actoras [...] y permita que la actora pueda operar normalmente como lo ha hecho desde [la celebración del contrato] ...*”.¹⁷⁸ Es interesante notar las siguientes circunstancias:

- El juez que emitió esta medida citó como fundamento no sólo el artículo 1425 del Código de Comercio, sino también los artículos 1172, 1173, 1181, 1183 y 1189.
- Si bien en el contrato base de la acción existe un acuerdo arbitral, el arbitraje no ha comenzado.
- La decisión cita una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la que se establece que las medidas precautorias no son actos “privados”,¹⁷⁹ puesto que no privan permanentemente de un derecho sino que son resoluciones provisionales que se carac-

¹⁷⁵ Artículos 1168 a 1193.

¹⁷⁶ El artículo sólo establece: “Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales”.

¹⁷⁷ Esta postura tendría que solucionar una interrogante aun más seria y que no se abordará por rebasar el propósito del presente: la constitucionalidad de una facultad no reglada.

¹⁷⁸ Por razones de confidencialidad me abstengo de dar más datos que los necesarios para los fines académicos del presente.

¹⁷⁹ En mi opinión, “privativos” hubiera sido un mejor calificativo.

terizan por ser accesorias y sumarias, cuyo objeto es prevenir el peligro de dilación, suplir interinamente la falta de una resolución que asegure su eficacia buscando restablecer el ordenamiento jurídico desaparecido provisionalmente por una situación que parece ser antijurídica. Por ende, no son un acto "privado" pues sus efectos provisionales quedan a resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten donde el sujeto afectado podrá hacer valer su garantía de audiencia.

La decisión que comento tiene, en mi opinión, un aspecto positivo y uno negativo. El aspecto positivo es que se ha interpretado el régimen de facultades del juez mexicano en asistencia al arbitraje en forma más amplia que las que tiene bajo derecho procesal tradicional. El aspecto negativo es que los pasos que el juez tomó son cuestionables. El juez emitió medidas con un alto costo comercial para una de las partes sin que fuera "necesario".¹⁸⁰ Como se detalló con anterioridad, las medidas precautorias son herramientas extraordinarias que buscan evitar un daño irreparable. En el caso que comento, el "congelar" el pagaré parece ser una medida exagerada al no haber riesgo de daño irreparable ya que el beneficiario del pagaré es una compañía transnacional, con activos suficientes para respaldar un posible laudo en su contra. A su vez, el ordenar el no cobro del pagaré parece haber sacrificado la autonomía del mismo, un beneficio sacramental de dicho instrumento.

Por último, creo necesario hacer notar que, no obstante que he hablado de dos posibles rutas,¹⁸¹ el paso tomado por el juez en el caso citado parece indicar que hay una tercera opción, la ecléctica: fundar la emisión de las medidas tanto el Código de Comercio como la ley de arbitraje (artículo 1425) a efecto de interpretar la facultad en términos más amplios que los tradicionalmente contenidos bajo el Código de Comercio.¹⁸²

¹⁸⁰ Me refiero al requisito de "necesidad" contemplado en el artículo 1172 del Código de Comercio.

¹⁸¹ Utilizar el Código de Comercio como derecho supletorio o —disyuntivamente— ceñirse a la ley de arbitraje como un ordenamiento independiente.

¹⁸² La medida es tan reciente que ni siquiera se ha impugnado, ni ordinaria ni extraordinariamente (juicio de amparo). Será interesante ver cuál es el resultado del ejercicio de dichos recursos.

VI. COMENTARIO FINAL

Como puede apreciarse de la disquisición anterior, el tema de las medidas precautorias es complejo en lo teórico y delicado en lo práctico. Si bien es una herramienta útil —y en ciertos casos indispensable— para la conducción y eficacia de un procedimiento arbitral, diversos factores hacen que pueda convertirse en una arma de dos filos.

La regulación actual en derecho mexicano es apropiada en lo que concierne a la facultad del tribunal arbitral de emitir las mismas, y deficiente en lo que se refiere a la facultad de un juez local de asistir al arbitraje mediante dichas medidas. Más aún, la (incipiente) experiencia actual es en ciertos aspectos plausible, y en otros denostable. Es plausible en lo que se refiere a la actitud pro-arbitraje que en ocasiones se ha observado, pero cuestionable en lo que concierne a lo laxo que los tribunales mexicanos han aplicado el requisito de "daño" o "necesidad".

No obstante que se abundó sobre esto en el cuerpo de este estudio, vale la pena reiterar un punto: *si bien los jueces mexicanos tienen el deber de asistir al arbitraje, dicho deber es de carácter excepcional,¹⁸³ y la emisión de una medida precautoria se justifica únicamente en circunstancias en las que, de no adoptarse, el resultado sería que una de las partes se vería privada de razones para continuar con el arbitraje al hacer nugatoria su utilidad práctica. Si el daño que la no adopción de la medida genera puede resarcirse mediante una indemnización monetaria (daños y perjuicios) probablemente la medida precautoria sobra.*

Una solución práctica a la deficiencia apuntada es que los redactores de cláusulas arbitrales incluyan un párrafo como el siguiente en el acuerdo arbitral a efecto de obviar la necesidad de acudir a un juez estatal para obtener una medida precautoria con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral:

Las partes acuerdan que cualquiera de ellas podrá solicitar una medida urgente con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral de conformidad con el Reglamento CCI para Procedimientos Pre-Arbitrales de Referee (*ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure*) (el "Reglamento Referee CCI").

¹⁸³ Artículo 1421 del Código de Comercio.

El incumplimiento por una de las partes de la orden del Referee bajo el Reglamento Referee CCI lo hará responsable por todos los daños y perjuicios que de ello se deriven”.

La experiencia extranjera nos brinda ejemplos positivos, negativos y lecciones generales que, no obstante que se derivan del estudio anterior, valen la pena enumerar ya que sería aconsejable aprender de los mismos en México. Los siguientes pasos son generalmente considerados errores incurridos por:

1. Interpretar que la solicitud de una medida precautoria constituye una renuncia al derecho a arbitrar.
2. Interpretar que el artículo II de la Convención de Nueva York precluye la emisión de medidas precautorias por jueces locales.
3. Intervención innecesaria por jueces estatales en las medidas que otorgan los tribunales arbitrales.
4. Interpretación laxa de los requisitos de “urgencia”, “necesidad” y/o “daño irreparable” como premisas de la emisión de una medida precautoria.
5. Propiciar *forum shopping* mediante la disparidad de tratamiento jurídico de situaciones fácticas similares.

Al margen de los errores cometidos, existen aciertos que es necesario mencionar y emular:

1. Desechar medidas que buscan restar efecto al acuerdo arbitral.
2. Ejecución de órdenes arbitrales por tribunales nacionales, inclusive cuando el tribunal nacional carece de las mismas.

Por último, los siguientes son temas difíciles para los cuales se brinda una sugerencia:

1. En caso de contradicción entre órdenes de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales y tribunales estatales, debe prevalecer la del tribunal arbitral. Lo anterior debido a que el artículo 1425 del Código de Comercio es una facultad especial que busca abarcar un caso particular de la regla general consistente en que un tribunal arbitral tiene la facultad para

decidir sobre *todas* las controversias y aspectos relacionados con las mismas (incluyendo la necesidad de emitir medidas precautorias).

2. Un tribunal mexicano al que se le solicite emitir una medida precautoria debe ser conservado al actuar y cerciorarse que la emisión de una medida precautoria no perjudicará el desarrollo del procedimiento arbitral.

Un historiador (Georges Santayana) en alguna ocasión advirtió que quienes no recuerdan el pasado, están condenados a repetirlo. Esperemos que la experiencia extranjera aquí descrita sirva para evitar dicha prevención.

EL PRINCIPIO *DOLUS PRO POSSESSIONE EST* EN LA PERSPECTIVA DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *La cláusula del Juvenciano con base en la cual el poseedor de mala fe (praedo) que antes de la litis contestatio ha hecho de modo de no poseer (ante litem contestatam dolo fecit quo minus possideat) es responsable como si todavía poseyera.* II. *El principio *dolus pro possessione est* (hay dolo respecto a la posesión) encuentra aplicación también en otras materias, bien sea ante que post litem contestatam.* III. *El praedo que con dolo ha abandonado la posesión se encuentra de todos modos legitimado pasivo al ejercicio de la acción.* 1. *El praedo, también si con dolo ha hecho en modo de no poseer, debe comparecer en juicio, o en caso contrario sus bienes se han de poseer y vender (bona eius possidenda et vendenda sunt).* 2. *Si el poseedor de mala fe no acepta la litis contestatio o no garantiza la *satisfatio iudicatum solvi* en un procedimiento de petición de herencia, el pretor concede al actor el *interdictum quam hereditatem* con la finalidad de obtener la transmisión de las cosas hereditarias.* IV. *El praedo, una vez que ha abandonado la posesión, es responsable del dolo si acepta la litis contestatio.* 1. *Los argumentos de Albanese respecto a D.5.3.13.13 y las objeciones realizadas en contra de su contenido.* 2. *Las críticas de Talamanca y Kaser a D.5.3.45.* 3. *Nuestra propuesta.* V. *La doctrina de forma unánime considera D.5.3.25.7 interpolado en modo sustancial, pero según nosotros su contenido clásico deriva como consecuencia propia de haberse ofrecido a la controversia (oblatio liti).* VI. *El criterio de responsabilidad que emerge de D.5.3.20.6c se encuentra extendido en la jurisprudencia tardo-clásica a la culpa.* VII. *La legitimación pasiva del que ha dejado de poseer (dolo desinens possidere) establecida en el Juvenciano ha sido también aplicada en la reivindicatio como se puede reconstruir con base en D.6.1.27.3.* VIII. *El contenido de la responsabilidad del demandado que de forma dolosa ha hecho de modo de no poseer.* IX. *La aportación del Juvenciano a la presente materia.*

I. LA CLÁUSULA DEL JUVENCIANO CON BASE EN LA CUAL
EL POSEEDOR DE MALA FE (*PRAEDO*) QUE ANTES DE LA *LITIS*
CONTESTATIO HA HECHO DE MODO DE NO POSEER (*ANTE LITEM*
CONTESTATAM DOLO FECIT QUO MINUS POSSIDEAT)
ES RESPONSABLE COMO SI TODAVÍA POSEYERA

El senadoconsulto en la parte correspondiente al problema en D. 5.3.20.6c menciona la responsabilidad de los que habían invadido bienes inmuebles con el conocimiento que pertenecían a otros:

*Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent...*¹

(También, que aquellos que hubiesen invadido los bienes, sabiendo que no les pertenecían, aunque antes de contestada la demanda hubieren hecho de modo que no los poseyeran, deben ser condenados lo mismo que si los poseyeran...)

En los términos del Juvenciano, son condenados como si poseyeran aquellos que, sabiendo de estar en posesión de cosas no propias (*cum scirent ad se non pertinere*), antes de la *litis contestatio* hayan cesado de poseer. La jurisprudencia, como es notorio, califica a estas personas como poseedores de mala fe, así Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.3, en sede del comentario al texto del ordenamiento senatorio, así explica:

*Quod autem ait senatus 'eos qui bona invasissent', loquitur de praedonibus, id est de his qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona, scilicet cum nullam causam haberent possidendi.*²

¹ El contenido clásico del presente § ha sido puesto en duda por DÉNOYER, Joseph, *Le sénatus-consulte Juventien* (Nancy, Imprimerie Berger-Levrault, 1926), pp. 60 a 71, pero los argumentos que presenta no han convencido a la doctrina; véase al respecto, LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 120 a 129, que ha considerado tal posición confusa y oscura; CARCATERA, *L'azione ereditaria nel diritto romano* cit., p. 123, que además la considera como una tesis azarada sin justificaciones adecuadas.

² BESELER, *Beitraege* cit., 4, p. 38, ha considerado interpolado el texto de *loquitur a possidendi*, pero tal propuesta es actualmente considerada en la doctrina como poco fundamentada: cfr. por todos, TALAMANCA, Mario, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milano, Giuffrè, 1956), p. 112, nt. 264.

(Pero lo que dice el senado: 'que aquellos que hubiesen invadido bienes' se refiere a los poseedores de mala fe, esto es, a aquellos que, sabiendo que no les pertenece la herencia, invadieron los bienes, no teniendo por supuesto, causa alguna para poseerlos).

En el texto podemos ver que *ii qui bona invasissent* se identifican con los *praedones* (*quod autem ait senatus 'eos qui bona invasissent', loquitur de praedonibus*), en otros términos con aquellos que, si bien sabían que la herencia no les correspondía, habían invadido los bienes hereditarios (*id est de his qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona*) sin presentar ninguna causa jurídica para poseer. Cada uno de los *praedones* poseen *pro possessore*, como afirma el jurista en otro punto de la misma obra que se encuentra en D.5.3.11, en la que se explica la diferencia entre los que poseen *pro herede* y los que contrariamente poseen *pro possessore*. Y por ello, después de haber precisado en el pr. quien debe ser considerado como poseedor *pro herede*, en el § 1 sigue diciendo: pero posee como poseedor el poseedor de mala fe (*pro possessore vero possidet praedo*), presentándose después en los fragmentos relacionados 12 y 13 pr. (del mismo Ulpiano) como se interpreta tal situación.³

El comportamiento de poseer con conocimiento bienes hereditarios ajenos es considerado por el jurista como un hecho doloso, como se presenta en el precedente § 2 del mismo fragmento D.5.3.25:

³ El cuadro que resulta de los tres textos es el siguiente: *Pro herede possidet, qui putat se heredem esse, sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit, sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere*. 1. *Pro possessore vero possidet praedo*. Posee como heredero el que cree que es heredero. Pero pregúntese si acaso posee como heredero también el que sabe que él no es heredero; y opina Arriano en el libro segundo de los Interdictos que está obligado; de cuyo derecho usamos, según escribe Próculo. En efecto, se considera que también el poseedor de los bienes posee como heredero (D. 5.3.11.); *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium*, el que interrogado por qué posee, haya de contestar 'porque poseo' y ni aun falsamente sostuviere que es heredero (D. 5.3.12); *nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur* ni pueda alegar causa alguna de posesión; y por tanto, el que hurta y el que roba son obligados por la petición de herencia (D. 5.3.13 pr.). Sobre tal distinción cfr. en doctrina: BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 692; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 619.

Quod ait senatus: 'eos, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent', ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur...

(Lo que dice el senado, 'que aquellos que hubiesen invadido bienes, que supiesen que no les pertenecían, aunque antes de contestada la demanda hubieren hecho de modo que no los poseyeran, deben ser condenados lo mismo que si los poseyeran', se ha de entender así, que también el dolo pasado se comprendería en la petición de herencia...)

En interpretar las palabras del Juvenciano *eos-possiderent*, incluidas en D. 5.3.20.6c, Ulpiano observa una conducta dolosa de los poseedores que asume importancia en la *hereditatis petitio* (ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur). Al respecto él usa el término *dolus praeteritus*, dándole después una explicación en el sucesivo § 7 cuando afirma que esto se configura a cargo del poseedor de mala fe *ante litem contestatam*:

qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus.

(pero el que es poseedor de mala fe, quedará obligado por razón del dolo, aún antes de contestada la demanda; porque este es el dolo pasado).

Podemos así ver que el problema específico tratado en el senado-consulta corresponde al dolo que ha tenido origen antes de la *litis contestatio* y no aquello cometido en la fase *apud iudicem*, indicado en las fuentes como *futurus*.⁴ Confirmando tal hecho debemos considerar D.5.3.13.2 donde el jurista tardo-clásico, aplicando la solución mencionada a la materia de fideicomisos, afirma: porque tam-

⁴ Cfr., por ejemplo., el mismo ULPIANO, libro trigésimo ad edictum, D.16.3.1.20 referido a la acción de depósito: *Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.* (En la acción de depósito se comprenderá no solamente el dolo pasado, sino también el futuro, esto es, después de contestada la demanda). Respecto al dolo *post litem contestatam* véanse: PROVERA, Giuseppe *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem* (Torino, Giappichelli, 1953), pp. 84 a 85; KASER, Max, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden bei den actiones in rem" ZSS, v. 98, 1981, pp. 126 a 139.

bién el dolo pasado se comprende en la petición de herencia, como si con dolo hubiere dejado de poseer (*nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere*).⁵

En la continuación del mismo fragmento 25, al § 8, Ulpiano ofrece la siguiente explicación de los términos *perinde condemnandos, quasi possiderent*:

'Perinde', inquit, 'condemnandos quasi possiderent': merito: nam is qui dolo fecit quo minus possideret, ut possessor condemnatur. accipies, sive dolo desierit possidere sive dolo possessionem noluerit admittere. sive autem ab aliis res possideatur sive in totum non extet, locum habebit haec clausula. unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.

(‘Deben ser condenados’ dice, ‘lo mismo que si poseyeran’; con razón, porque el que hizo con dolo de modo que no poseyera, es condenado como poseedor; lo cual entenderás, ya si con dolo hubiere dejado de poseer, ya si con dolo no hubiere querido admitir la posesión. Pero ya sea que la cosa se posea por otro, ya que absolutamente no exista, tendrá lugar esta cláusula. Por lo que, si otro fuera el poseedor, la herencia puede pedirse a uno y a otro, y si la posesión hubiere pasado por muchos, todos estarán obligados).

En este texto podemos observar diferentes ejemplos del principio *dolus pro possessione est*, que aquí viene formulado con las palabras *praedo dolo fecit quo minus possideat*.⁶ Se comienza con los casos en que el poseedor ha hecho con dolo de modo de no poseer la cosa (*sive dolo desierit possidere*) o que con dolo no ha querido aceptar la posesión (*sive dolo possessionem noluerit admittere*); el llamado a esta

⁵ *Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditate petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.* Pero el que restituyó la herencia no puede ser obligado por la petición de herencia, si no lo hizo con dolo, esto es, si lo sabe y la restituye; porque también el dolo pasado se comprende en la petición de herencia, como si con dolo hubiere dejado de poseer.

⁶ Diferentes ejemplos de *qui dolo fecit quo minus possideat* limitados a la *actio ad exhibendum* pueden encontrarse en la obra de MARRONE, Matteo, *Actio ad exhibendum* (estratto dal vol. XXVI degli Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, Palermo, Tipografia Michele Montaina, 1958), pp. 388 a 444.

última situación, no obstante encuentre confirmación en el escolio 9 a *Bas.* 42.1.25,⁷ ocasiona sin duda algunas dificultades, porque el principio *dolus pro possessione est* necesita que los *praedones* hayan adquirido por lo menos en un cierto momento la posesión, si bien antes de la *litis contestatio* la hayan dejado con posterioridad; el jurista probablemente quiere referirse a la situación en que el *praedo* no quiera de forma dolosa tomar nuevamente las cosas hereditarias que había dejado.

Se continúa después con los casos donde la cosa es poseída por otro (*sive ab aliis res possideatur*) o ya no existe (*sive in totum non extet*), a los que también se aplica la cláusula del senadoconsulto examinada en esta sede. En el primero, cuando fuera poseedor otra persona, la herencia puede pedirse bien sea a él mismo o al poseedor anterior (*si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit*). En la parte final Ulpiano se ocupa también del problema de una secuencia de situaciones de posesión, afirmando que la responsabilidad de frente al titular de los bienes poseídos no es limitada al primero que posee en mala fe, sino que además incluye a todos aquellos que en el tiempo posterior habían poseído (*et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur*).⁸

El *praedo* que *nullam causam habet possidendi* puede haber realizado diferentes actos finalizados para privarse de la posesión al momento del ejercicio de la acción; así, por ejemplo, en lo que respecta a la eventualidad presentada por el jurista (*sive dolo desierit possidere*) podría considerarse la venta de la cosa con transmisión de la posesión a otra persona; en esta situación si bien surge responsabilidad por parte del *praedo* respecto a la misma cosa y no a su precio, como recuerda siempre Ulpiano en D.5.3.20.12 (*si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis...* si sabiendo alguno que la herencia no le pertenecía, la vendió, sin duda que no los precios de las

⁷ El texto en la traducción latina de HEIMBACH, *Basilicorum*, p. 219, es el siguiente: *qui dolo fecit, quominus possideret. Qui ante litem contestatam consulto desierunt possidere, perinde condemnandos Senatus ait, ac si possiderent: idque merito. Nam is, qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, et ut possessor condemnatur. Intellige autem eum condemnari, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem rerum hereditarium noluerit apprehendere.*

⁸ En el mismo sentido el escolio 9 a *Bas.* 42.1.25.

cosas, sino las mismas cosas y sus frutos se comprenden en la petición de herencia), también si después, en presencia de ciertas condiciones, viene concedida también la otra posibilidad.⁹

Como se observa al final de D. 5.3.25.8 aquí examinado, el titular de la herencia tiene una facultad de opción en el ejercicio de la acción: demandar al *praedo* que no tiene la cosa o ejercitarla contra el nuevo poseedor que no necesariamente ha actuado en mala fe.

Al respecto surge un problema que nace en referencia a la última afirmación: *et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur*, porque, si bien es cierto resulta lógica la responsabilidad del *praedo* si bien no tenga la cosa con base en la aplicación del principio *dolus pro possessione est*, aparece difícil reconocer que otras personas, que han tenido la posesión y no necesariamente se han comportado de forma dolosa, puedan continuar a ser responsables, como si el citado principio produjese los propios efectos también en contra de ellos. Parte de la doctrina, como por ejemplo, Longo,¹⁰ resuelve el problema considerando tales palabras como una burda conclusión compilatoria configurable como un precepto legislativo directo a uniformar y ampliar la limitada casuística expuesta en el fragmento del jurista; pero, según nuestra opinión, tal observación no es de por sí suficiente para excluir que el mismo Ulpiano haya podido cumplir una afirmación similar, que entonces iría interpretada en el sentido que la responsabilidad corresponde a todos los posteriores poseedores solamente en el caso en que ellos hayan actuado en mala fe.

En la aplicación de la parte del Juvenciano correspondiente a D.5.3.20.6 c, el jurista Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.36.3 presenta una cuestión interpretativa con respecto al poseedor de mala fe que con dolo ha cesado de poseer:

Si praedo dolo desisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba senatus consulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit. sed non est

⁹ Preferimos no detenernos en el presente problema, porque tal corresponde a un inciso que trataremos en un estudio posterior.

¹⁰ LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., p. 120.

dubium, quin non debeat melioris esse condicionis quam bonae fidei possessor. itaque et si pluri venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo.

(Si con dolo hubiese dejado de poseer el poseedor de mala fe, y la cosa hubiere perecido del mismo modo que habría de haber perecido, aunque hubiese permanecido en el mismo estado de posesión, con arreglo a las palabras del senadoconsulto es mejor la condición del poseedor de mala fe, que la de buena fe, porque el poseedor de mala fe, si con dolo hubiere dejado de poseer, es condenado cual si poseyese, y no se hubiese añadido 'si la cosa hubiere perecido'. Pero no hay duda de que no deba ser de mejor condición, que el poseedor de buena fe. Así pues, aunque hubiere sido vendida la cosa en más de su valor, la elección deberá ser del actor, para conseguir el precio; de otro modo, el poseedor de mala fe obtendría algún lucro).

El jurista resalta que la cláusula del senadoconsulto en esta sede tratada, carece de la referencia contenida en D. 5.3.20.6b sobre la destrucción o la disminución del valor de las cosas poseídas: *etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*; por esto podría erróneamente entenderse que, mientras los *praedones* que han cesado de poseer son solamente responsables como si todavía poseyeran (*quantum ad verba senatus consulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit*), la responsabilidad de los poseedores de buena fe deviene más grave, porque tales son obligados al precio también si las cosas no existieran ya. El carácter práctico de la cuestión se presenta en el caso presentado por el jurista: el *praedo* ha dejado la posesión y la *res* ya no existe, pero su destrucción en cualquier modo se habría dado también en el caso en que quedase en su posesión (*res ...eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset*). Una posible aplicación rígida de las disposiciones del Juvenciano habría ocasionado que él debería ser condenado como si todavía poseyera (*praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret*), pero el hecho que la cosa no existía ya, habría ocasionado concretamente una falta de responsabilidad, ya que no se

encontraba obligado al precio;¹¹ y esta situación se habría podido verificar también en el caso que fuera destruida una cosa efectivamente poseída.

El jurista manifiesta lo inadecuado de tal aplicación, ya que no es posible imaginar una responsabilidad del poseedor de buena fe más grave respecto a la del *praedo*, debiendo el primero en cualquier modo restituir el precio, cuando la cosa no exista ya. Una correcta interpretación de las dos cláusulas del senadoconsulto contenidas en los §§ 6b y 6c de D. 5.3.20 no debería permitir una solución en tal sentido (*sed non est dubium, quin non debeat melioris esse condicionis [praedo] quam bonae fidei possessor*). Por esto, la única posible solución era la de aplicar la disposición *etsi eae — restituere debere*, arriba indicada, también en el caso del poseedor de mala fe, no limitándose así el contenido de su responsabilidad a lo contenido en el § 6c; por ello, si la cosa hubiera perecido o hubiera sufrido una disminución, él sería igualmente obligado por el beneficio percibido. Tal visión había sido consolidada en la jurisprudencia, como puede demostrar D.5.3.20.21, donde claramente Ulpiano utiliza la mencionada disposición (*etsi deperditae sunt res, vel deminutae ...*) también en el caso del *praedo*.

Paulo después presenta otro problema relacionado con lo que apenas ha sido tomado en consideración: el poseedor de mala fe ha vendido la cosa a un precio superior a su valor; en este caso, el actor puede escoger de exigir en lugar de la cosa, el precio percibido por el *praedo*, porque en caso contrario habría obtenido un lucro (*si pluri venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo*) consistente en la diferencia entre el *pretium* y el efectivo valor de la misma cosa. En tal modo vemos que el criterio del enriquecimiento (*locupletatio*), referido al poseedor de buena fe en esta misma cláusula del Juvenciano (en D. 5.3.20.6c), viene aplicado también en la presente situación, porque sería injusto que, mientras la responsabilidad de quien actúa en buena fe fuera medida con base en la *locupletatio*, el poseedor de mala fe fuera únicamente responsable "como si todavía poseyera".¹²

¹¹ En el mismo sentido DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., p. 109, nt. 57.

¹² Desde hace tiempo los estudiosos consideran la genuinidad de la parte conclusiva de D. 5.3.36.3. Dentro de los mismos encontramos a LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 131

En conclusión, podemos afirmar que la responsabilidad de los *praedones* que han hecho dolosamente en modo de no poseer, no puede limitarse solamente a las consecuencias derivadas de la disposición del Juvenciano en D.5.3.20.6c: *perinde condemnandos, quasi possiderent*, porque tal situación determinaría falta de equidad: mientras los poseedores de buena fe son obligados con base en su enriquecimiento también si las cosas son destruidas o hayan sufrido disminución, aquellos que se han comportado dolosamente serían únicamente responsables como si poseyeran; por esto, los criterios de la pérdida de la cosa así como de la *locupletatio* resultan necesarios también respecto a los *praedones*.

II. EL PRINCIPIO *DOLUS PRO POSSESSIONE EST* (HAY DOLO RESPECTO A LA POSESIÓN) ENCUENTRA APLICACIÓN TAMBIÉN EN OTRAS MATERIAS, BIEN SEA ANTE QUE POST LITEM CONTESTATAM

De lo que hemos expuesto en el párrafo anterior se observa una clara configuración del principio *dolus pro possessione est*; tal consiste en el hecho que el poseedor de mala fe fuese responsable de su dolo también si ya no tuviese la cosa perteneciente al titular de la acción (*dolo desierit possidere, dolo possessionem noluerit admittere*). Paulo, libro vicesimo secundo ad edictum, D.50.17.131 lo enuncia así:

Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. (El que hubiera dejado de poseer con dolo es condenado como poseedor, porque hay dolo respecto a la posesión).

El citado texto cuya sede originaria se refería a una materia diferente a la nuestra, si bien se discute específicamente a cual,¹³ afirma

a 132, que considera el texto sustancialmente inmune de la obra compilatoria porque su contenido se encuentra dentro del orden de ideas propias del Juvenciano; solamente duda de las palabras *nec adiectum esset, si res perierit*, pero en la nota 2 explica la falta de armonía formal como derivada de un posible trabajo de reducción del texto originario.

¹³ LENEL, *Palingenesia* cit., I, p. 1012, lo incluye en el título *De noxali ex lege Aquilia actione*; en el mismo sentido BESELER, *Beitraege* cit., I, p. 28; CARRELLI, Edoardo, *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano* (Milano, Giuffrè, 1934), p. 64, n. 115. En sentido contrario BIONDI, Biondo, *Actiones noxales* (Cortona, Giovanni Francini, 1925), p. 219, nt. 2, el cual, contra la posición de BESELER cree que la referida afirmación se

que quien hubiera cesado de poseer con base en el dolo, es condenado como poseedor, porque existe dolo respecto a la posesión. La equiparación entre el efectivo poseedor y quien dolosamente se hubiera alejado de la posesión es presentada por Ulpiano, libro septuagesimo primo ad edictum en D.50.17.157.1, el cual en relación con el precarista¹⁴ dice:

Semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. (Siempre el que hizo con dolo de modo de no tuviera, ha de ser considerado lo mismo que si tuviese).

Siempre quien con dolo haya hecho en modo de no tener, será considerado como si tuviera todavía. Si bien el texto hace una referencia general a la situación de *habere*, con tal se quiere sin duda entender el significado de *possidere*, ya que como es notorio,¹⁵ el *precario habens* viene indicado como poseedor de la cosa.

Como podemos constatar, los textos expuestos anteriormente han sido cambiados de lugar de su contexto que tenían en un origen y colocados en D.50.17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), reconociendo así al principio contenido en los mismos una aplicación más amplia y general. Que tal hecho hubiera sido ya considerado por los juristas clásicos resulta también de Gayo, libro trigensimo ad edictum provinciale, D.44.2.17 que lo refiere en forma negativa:

refería no a esta acción, porque el mismo PAULO en D.9.4.12 niega en tal caso la *actio noxalis*. También KASER, Max, "Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen", *ZSS*, v. 51, 1931, p. 109, es de la opinión que el texto pertenece al libro 21 del comentario de ULPIANO al edicto, que habla de la *rei vindicatio*, tal posición viene confirmada en su investigación posterior "Nochmals ueber Besitz und Verschulden bei den actiones in rem" cit., p. 108; en el mismo sentido MARINI AVONZO, Franca DE, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1967), pp. 127 a 130; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 80, nt. 5. Según nuestra opinión, sin embargo, la relación efectuada por LENEL de este pasaje con D.9.4.21 pr. constituye todavía el fundamento más sólido para ubicar la colocación del mismo que tenía en origen.

¹⁴ Respecto a la ubicación del texto en la ópera de ULPIANO ver LENEL cit., 2, p. 844.

¹⁵ Cfr., por todos, ZAMORANI, Pierpaolo, *Precario habere* (Milano, Giuffrè, 1969), pp. 48 ss.; BURDESE, Alberto, *Possesso (diritto romano)* en *Enc. Dir.*, 34, Milano, 1985, p. 455; ALBANESE, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo, Palumbo, 1985), pp. 85-91.

Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae. (Si yo te hubiere pedido una cosa mía, pero tú hubieres sido absuelto porque hubieres probado que dejaste de poseerla sin dolo malo, y luego después hubieres comenzado a poseerla, y yo te la pidiera, no me perjudicará la excepción de cosa juzgada, porque la cosa es distinta).

En este pasaje se considera que la excepción de cosa juzgada no es perjudicial para el actor (*non nocebit mihi exceptio rei iudicatae*) en el caso en que trate de ejercitar la acción, donde el demandado haya readquirido la posesión que había perdido sin dolo y había sido por esto absuelto en el presente proceso (*si rem meam — ego a te petam*). Interpretando *a contrario* se observa en la primera parte que la pérdida de la posesión en mala fe por parte del demandado abre el camino a una sentencia de condena. Además a los tres textos examinados, el principio *dolus pro possessione est* en edad clásica se encuentra aplicado en otros campos; así v.g se considera la legitimación pasiva de *qui dolo desiit possidere* también en otros casos como la *actio ad exhibendum*,¹⁶ en los *interdicta quorum bonorum*,¹⁷ en los *de tabulis exhibendis*,¹⁸ en los *de liberis exhibendis*, *item*

¹⁶ Como podemos demostrar en diferentes textos: ULPIANO, *libro vicensimo quarto ad edictum*, D.10.4.3.11...*alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere...* (también el que hizo con dolo que no poseyera puede ejercitar la acción de exhibición); JULIANO, *libro nono digestorum*, D.10.4.8: *Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret...* (Si se ejercitó la acción de exhibición contra quien ni poseía, ni hubiera hecho con dolo malo de modo que no poseyera). Este problema puede observarse en MARRONE, *Actio ad exhibendum cit.*, pp. 388 a 444; 583 a 588; PROVERA, Giuseppe, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* (Torino, Giappichelli, 1970), pp. 160 a 166.

¹⁷ Cfr. el texto del interdicto en ULPIANO, *libro sexagensimo septimo ad edictum*, D.43.2.1.pr: *Ait praetor: 'Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, ut desineres possidere, id illi restituas.* (Dice el pretor: De aquellos bienes cuya posesión fue dada por virtud de mi edicto a uno, debes restituírle lo que de los mismos bienes posees, o poseyeres, como heredero o como poseedor, si nada hubiese sido usucapido, y lo que con dolo malo hiciste que dejaras de poseer).

¹⁸ Cfr. el texto del interdicto en ULPIANO, *libro sexagensimo octavo ad edictum*, D.43.5.1.pr: *Praetor ait: 'Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicitur, decreto comprehendam.*

ducendis,¹⁹ en las *vindicationes pignoris*,²⁰ en los *ususfructus*,²¹ *servitutis*²² y en otros tipos de acciones.²³

La óptica de nuestra investigación viene sin embargo limitada únicamente a los sectores donde presenta interés el Juvenciano.

III. EL *PRAEDO* QUE CON DOLO HA ABANDONADO LA POSESIÓN SE ENCUENTRA DE TODOS MODOS LEGITIMADO PASIVO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Gracias a la cláusula del Juvenciano en D.5.3.20.6c se resuelve el problema del *vocatus* que presente *in iure*, se niega a defenderse en un proceso relativo a la recuperación de una herencia, buscando justi-

(Dice el pretor: Exhibe como estén las tablas que se dijere que Lucio Ticio dejó pertenecientes a la causa de su propio testamento, si ellas están en tu poder, o si con dolo malo tuyo se hizo que dejasen de estar. Asimismo, si se dijere que se dejó un libelo, u otra cosa cualquiera, lo comprenderé en el decreto).

¹⁹ Se reenvía también en este caso al texto del interdicto presentado en ULPIANO, *libro septuagensimo primo ad edictum*, D.43.30.1.pr: *Ait praetor: 'Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is ea ve apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.* (Dice el pretor: Exhibe al que o a la que está bajo la potestad de Lucio Ticio, si el él o ella está en tu poder, o con dolo malo tuyo se hizo que no estuviese).

²⁰ Cfr. MARCIANO, *libro singulari ad formulam hypothecariam*, D.20.1.16.3: *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur...* (Exámínese en la reivindicación de la prenda, si posea la cosa de que se trató aquel contra quien se ejercitó la acción; porque si no lo poseyera, ni con dolo malo hubiere hecho que no la posea, debe ser absuelto; pero si la poseyera, y o pagase la deuda, o restituyese la cosa, igualmente debe ser absuelto; pero si no hiciera ninguna de estas dos cosas, se seguirá condena). Para el análisis de este punto se vean, entre otros, CHIAZZESE, Lauro, *Jusiurandum in litem* (Milano, Giuffrè, 1958), pp. 263 a 273; PROVERA, *Contributi allo studio del lusiurandum in litem, op. cit.*, pp. 25 a 31; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto... op. cit.*, pp. 134 a 135.

²¹ Cfr. PAULO, *libro vicensimo primo ad edictum*, D.7.6.6: *Qui de usu fructu iudicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur...* (si el que aceptó el juicio de usufructo, sin dolo hubiere dejado de poseer, será absuelto...).

²² Cfr. ULPIANO, *libro septimo decimo ad edictum*, D.8.5.8.4: *...plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino aedium.* (Pero si por dolo malo del dueño de la casa la perdió por el no uso después de contestada la demanda, se le debe restituír, del mismo modo que se halla establecido respecto al dueño de las casas).

²³ Para los relativos ejemplos se reenvía a Kaser, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden" *cit.*, p. 107, nt. 103.

ficar su actitud en el hecho de ya no estar en la posesión y considerando así de no encontrarse legitimado de forma pasiva al ejercicio de la acción (*vindicatio caducorum* o *petitio hereditatis*). De este modo el senadoconsulto permitía al titular de la herencia (fisco o heredero) de atacar una conducta del demandado considerada bajo el perfil del ilícito, consistente en buscar de impedir al actor la defensa judicial del propio derecho. Esta situación se presenta como excepcional, porque normalmente quien es llamado en juicio debería tener la posesión de la cosa, como recuerda Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.9, según el cual el legitimado pasivo a la *petitio hereditatis* es quien actualmente posee la herencia o también una cosa hereditaria *pro herede vel pro possessore*:

Regulariter definendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam. (Se ha de fijar por regla general, que sólo está obligado por la petición de herencia el que posee o el derecho como heredero, o como poseedor, o una cosa de la herencia).

La actitud del *praedo* que con dolo ha abandonado la posesión de frente al ejercicio de la acción puede configurarse en diversos modos: se niega a comparecer, no acepta la *litis contestatio* o no concluye la *satisfactio iudicatum solvi*, o bien se ofrece a la controversia. Analizamos las diferentes situaciones y las consecuencias jurídicas que derivan de cada una de ellas.

1. El *praedo*, también si con dolo ha hecho en modo de no poseer, debe comparecer en juicio, o en caso contrario sus bienes se han de poseer y vender (*bona eius possidenda et vendenda sunt*)

El poseedor de mala fe (al igual que de buena fe), llamado en juicio con una *petitio hereditatis*, debe en cualquier caso comparecer, también cuando haya dejado la posesión de forma dolosa, si no quiere incurrir en una de las consecuencias previstas, en caso de rebeldía, por Ulpiano, *libro quinquagesimo nono ad edictum*, D.42.4.7.18, el cual, citando el pensamiento de Celso, afirma:

Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt. (Estima el mismo Celso, que si se oculta aquel a quien yo quisiera pedirle la herencia, se podía hacer muy fácilmente que yo fuera puesto en posesión de los bienes, que aquel posee como heredero o como poseedor; pero si hizo con dolo de modo que no poseyera los bienes, se han de poseer y vender los bienes del mismo).

Como podemos observar, el texto se articula en dos partes: en la primera el jurista adrianeo considera, que en el ejercicio de la *petitio hereditatis*, resulta más cómodo para el actor, si el demandado se encuentra en rebeldía, ser puesto en la posesión de las cosas que aquel tenía *pro herede* o *pro possessore* (*si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet*); en la segunda Ulpiano continúa diciendo que, si el demandado con dolo había cesado de poseer, sufría el embargo de sus bienes y su sucesiva venta (*sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt*).

En el pensamiento de Celso no tiene importancia la distinción entre poseedor de buena y mala fe, porque las consecuencias jurídicas a cargo del rebelde son las mismas, pudiendo el actor en cualquier modo pedir la posesión de las cosas hereditarias. En la segunda situación Ulpiano presenta en el caso del demandado rebelde que hubiera abandonado la posesión de forma dolosa, una situación más grave, ya que su patrimonio formaba objeto de la *missio* en favor del actor y de la consecuente *bonorum venditio*.

Con base en el presente texto se puede considerar la legitimación pasiva a la petición de herencia del *praedo qui dolo fecit quo minus possideret* también en la hipótesis considerada en la cláusula del Juvenciano en D.5.3.20.6c, porque tal o comparece en juicio o sufre las consecuencias jurídicas apenas descritas.

Del argumento se continúa a tratar también en el sucesivo § 19 de D.42.4.7 cuando se menciona:

Divus quoque Pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit in possessionem rerum hereditariarum

adversarium inducendum: in quo rescripto et fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat, in possessionem inductus est rerum hereditariarum. (Resolvió por rescripto también el divino Pío, respecto a la persona del que poseyendo una herencia no se presentaba, que el adversario había de ser puesto en posesión de los bienes de la herencia; en cuyo rescripto mandó que también percibiera los frutos, de modo que cedan en lucro suyo, el que por demasiada contumacia del poseedor de la herencia fue puesto en posesión de los bienes de la herencia).

El rescripto de Antonino Pio presenta una evidente unión con la opinión de Celso, en el hecho que, quien poseyendo una herencia no la defendía (*qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat*), permitía al adversario de ser puesto en la posesión de las cosas hereditarias (*in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum*). Además el emperador ordena que perciba también los frutos quien, por la persistente contumacia del poseedor de la herencia, haya obtenido la posesión de las cosas hereditarias con la finalidad que pueda obtener de ellas un lucro (*et fructum percipere iussit - rerum hereditariarum*).

El presente texto nos informa de la aplicación en la edad posterior a Adriano de las consecuencias indicadas por Celso en caso de rebelde por parte del poseedor de las cosas hereditarias, pero no menciona nada sobre el poseedor que con dolo ha cesado de poseer. Según nuestra opinión, sin embargo, también respecto a este último, al menos a partir de una cierta época, debería haber tenido lugar no solamente la *missio in bona* y la *bonorum venditio*, mencionada en D.42.4.7.18, siendo esta la regla general ya en edad adrianea,²⁴ sino también la

²⁴ Así como dice ULPIANO, libro quinquagesimo nono ad edictum D.42.4.7.16, donde, después de haber presentado la cuestión, si en contra del demandado rebelde en una *actio in rem* encuentre aplicación la *missio in possessionem* y la posterior *bonorum venditio*, recuerda la respuesta afirmativa dada por Neracio y confirmada por un rescripto de ADRIANO: *Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint. extat Neratii sententia existimantis bona esse vendenda: et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur.* (Veamos también, si ocultándose uno respecto del que tiene acción real, se puedan poseer y vender sus bienes. Hay la opinión de Neracio, que estima que se han de vender los bienes; y esto se contiene en un rescripto de Adriano, cuyo derecho observamos).

posibilidad una vez que tiene la posesión, de obtener lucro con los frutos de las cosas hereditarias anteriormente a su venta.

2. Si el poseedor de mala fe no acepta la *litis contestatio* o no garantiza la *satisfatio iudicatum solvi* en un procedimiento de petición de herencia, el pretor concede al actor el *interdictum quam hereditatem* con la finalidad de obtener la transmisión de las cosas hereditarias

Como sabemos, la no aceptación por parte del demandado de la *litis contestatio* no permitía el impulso procesal y hacía imposible la condena, determinando sin embargo consecuencias sumamente graves en contra de él. En un procedimiento de petición de herencia, si el poseedor no aceptaba tal acto, el pretor concedía al actor el *interdictum quam hereditatem*,²⁵ aplicable bien sea al poseedor de buena como al de mala fe, tal situación puede observarse en un fragmento de las Instituciones de Ulpiano:

... tam adipiscendae quam recipiendae possessionis, qualia sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi sive ante possedi, deinde amisi possessionem (Fragm. Vindob. 4) (existen también algunos interdictos bien sea para adquirir como para recuperar la posesión, como los interdictos 'aquel fundo' y 'aquella herencia'; pero si yo, pida a uno un fundo o una herencia, y la controversia no viene defendida, él es constreñido a transferirme la posesión bien sea que no hubiera jamás poseído, bien sea que antes hubiera poseído pero después perdido la posesión).

El jurista considera los interdictos *quem fundum* y *quam hereditatem* como ejemplos de aquellos que sirven para adquirir, así como para

²⁵ Sobre el presente interdicto ver: LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum* (Dritte, Verbesserte Auflage, Leipzig, B. Tauchnitz), pp. 474 a 475; GROSSO, Giuseppe, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (Torino, Giappichelli, 1944), pp. 232 a 235; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., pp. 8 y 9; PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, cit. pp. 142 a 153; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* cit., pp. 188 y 189 así como la nota 1.

recuperar la posesión (*tam adipiscendae quam recipendae possessionis*); así, si el actor pide judicialmente un fundo o una herencia y el demandado no se defiende (*nec lis defendatur*, expresión que se refiere a la negación de aceptar la *litis contestatio*), este último es constreñido a transferirle la posesión, bien sea que el primero no hubiera poseído jamás, bien sea que anteriormente hubiera poseído y después hubiera perdido la posesión (*cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi sive ante possedi, deinde amisi possessionem*). En el caso en que el demandado no proceda a la transmisión, el *petitor* puede conseguirla haciendo valer en su contra el interdicto *quam hereditatem*.

Mayores informaciones sobre las consecuencias que se producen respecto al poseedor demandado en una petición de herencia que no permite el impulso procesal son contenidas en el texto 2.1 de las *Pauli Sententiae*:

Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur et, si satis non detur, in petito rem hereditas transfertur: si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanebit: in pari enim causa potior est possessor. (Cuando se ha pedido una herencia, el demandado debe dar la *satisdatio iudicatum solvi*, si no se ha dado la garantía, la herencia es transferida a quien la pide; si el actor no quiere dar la garantía, la posesión permanece en las manos del poseedor; en causa igual es preferido al actor).

Aquí sin tomarse en consideración la aceptación o no a la *litis contestatio* por parte del demandado, se subraya como él debe dar la *satisdatio iudicatum solvi* (*quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur*), con la consecuencia que, si no realiza esto, la posesión de la herencia es transferida al actor (*si satis non detur, in petito rem hereditas transfertur*) siempre que sea dispuesto a darla. Si contrariamente a esto no quiere dar la garantía, la posesión permanece en las manos del demandado, el cual *in pari causa* es preferido al *petitor* (*si petitor satisdare noluerit - potior est possessor*).

De los datos que emergen de los presentes textos mencionados tenemos conocimiento de interesantes noticias respecto a las sanciones que se daban en contra del poseedor demandado en una controversia de *petitio hereditatis* que no hubiera aceptado la *litis contestatio*,

o bien, que no hubiera garantizado la ejecución de la controversia. En presencia de las dos situaciones venía establecida la transmisión de la posesión de la herencia del demandado al actor (en la segunda hipótesis solamente si se daba garantía), con la consecuencia en el cambio de las posiciones procesales y de la carga de la prueba. Si el demandado no realizaba la transmisión, el pretor concedía al respecto el interdicto *quam hereditatem* expresamente mencionado en los fragmentos de Viena de las Instituciones de Ulpiano, pero ciertamente aplicable también en la situación prevista en las sentencias de Paulo.

Como se ha podido constatar, en ninguno de los dos textos tiene importancia el valor de la buena o mala fe del poseedor, verificándose en los dos casos consecuencias idénticas.

En la óptica aquí considerada se incluye por tanto también al *praedo* demandado en la petición de herencia, y no sólo cuando sea actualmente en posesión de las cosas hereditarias, sino también cuando, al menos desde el momento en que las dos situaciones son equiparadas a los fines de la legitimación pasiva, haya hecho con dolo en modo de ya no poseer.

IV. EL *PRAEDO*, UNA VEZ QUE HA ABANDONADO LA POSESIÓN, ES RESPONSABLE DEL DOLO SI ACEPTA LA *LITIS CONTESTATIO*

Mucho más complejo y problemático es el análisis de la situación en que el poseedor, si bien ha hecho de forma dolosa de no poseer, se ofrece a la controversia (*liti se offerre*). Aquí la cuestión del *dolus praeteritus* se configura en modo diferente, ya que no nos encontramos en la situación de la falta de una respuesta a la *in ius vocatio* o de rebeldía o de la negación a *litem contestari* o a *satisdare*, sino a la presencia de un demandado que, si bien con conocimiento de ya no encontrarse en la posesión, acepta efectuar el procedimiento iniciado por el heredero mediante la petición de herencia.

El punto de partida fundamental es el examen de dos textos donde se menciona el pensamiento de Celso referidos al Juvenciano, que anteriormente habíamos tratado como pruebas de la intervención de

este jurista en la redacción del mismo.²⁶ En tales textos es clara la identificación del *liti se offerens* con un sujeto, que carece de la posesión, el cual de forma maliciosa se propone como demandado con la finalidad de dañar al actor.²⁷ Se trata de D.5.3.45 que forma parte de los digestos de Celso (libro cuarto), cuya parte que nos interesa dice que quien se haya ofrecido a la controversia no poseyendo, va condenado, derivándose su responsabilidad *ex doli clausula*: *Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur... quippe ... qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur ...*,²⁸ y de D.5.3.13.13, donde Ulpiano, al poner la cuestión de la responsabilidad del *non possidens* que *optulerit se petitioni*, recuerda el pensamiento del jurista adrianeo, según el cual se encontraba obligado por el dolo, configurándose como dolosa la conducta de quien, si bien no poseía, había aceptado la controversia:

*et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni... omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.*²⁹ (Y se ha de ver, si no poseyendo se hubiere, sin embargo, opuesto a la petición, ¿quedará acaso obligado? Y escribe Celso en el libro cuarto del Digesto, que se obliga por el dolo; porque obra con dolo el que se opone a la petición... todo el que se opone a la petición se obliga cual si poseyera).

²⁶ Al respecto ver nuestra investigación "La apelación frente al senado en la edad adrianea", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, v. 25, 2001, pp. 260 a 262.

²⁷ Este concepto de *liti se offerre* ha sido propuesto por ALBANESE, Bernardo, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo", *Scritti Giuridici* (1991), 2, p. 339; véase también la nota 2 de la investigación mencionada, en que se presentan casos en los que no se puede aplicar.

²⁸ El texto completo del pasaje es el siguiente: *Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* (El que se opuso a la demanda, no poseyendo la cosa, es condenado, a no ser que pueda demostrar con evidentes pruebas, que el actor sabía desde el principio del pleito, que el no poseía; porque de este modo no fue engañado. Y el que se opuso a la petición de la herencia, se obliga por la cláusula de dolo; y a la verdad, convendrá que se estime lo que a aquel le importó no ser engañado).

²⁹ El texto integral dice: *Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur.*

Antes de proceder al análisis de la problemática que presentan los dos textos anteriores, quisiéramos mencionar que nos resultan indiferentes a nuestros fines actuales las razones por las que los *praedones*, que con dolo han dejado la posesión, hayan después aceptado la *litis contestatio*. Diferentes ejemplos se pueden encontrar en la jurisprudencia;³⁰ entre otros recordamos Gayo, *libro vicensimo septimo ad edictum provinciale*, D.4.3.39, donde se expone el caso del demandado que no posee, pero que se presenta en juicio en contra del actor con la finalidad que el verdadero poseedor pueda, con el transcurso del tiempo del proceso, llegar a ser propietario con base en la usucapión (*Si te Titio optuleris de ea re quam non possidebas in hoc ut alius usucapiat... Si al objeto dé que otro la usucapia, te hubieres presentado contra Ticio con motivo de una cosa que no poseías...);* o bien Ulpiano, *libro octavo decimo ad Sabinum*, D.7.6.5.5, donde el usufructo se extinguió por el transcurso del tiempo, porque poseía una persona mientras otra se había ofrecido a la controversia (*sed et si forte tempore usus fructus amissus est alio quidem possidente, alio autem liti se offerente... pero también si acaso se perdió por el lapso del tiempo el usufructo, poseyendo ciertamente uno, y oponiéndose otro a la demanda...).*

Entrando a las posiciones de la doctrina sobre el problema de la *oblatio liti* en la petición de herencia como resulta de D.5.3.45 y D.5.3.13.13 es necesario destacar cómo se confrontan dos diferentes líneas de pensamiento, dependiendo que se considere posible condenar al *liti se offerens ex in rem actione* o bien con base en la *actio ex stipulatu*, que tenía origen en la garantía de la *cautio iudicatum solvi* hecha por el demandado.

et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. (Pero no sólo puede pedirse la herencia a aquel que posee el cuerpo de la herencia, sino también al que nada de ella posee. Y se ha de ver, si no poseyendo se hubiere, sin embargo, opuesto a la petición. ¿Quedará acaso obligado? Y escribe Celso en el libro cuarto del Digesto, que se obliga por el dolo; porque obra con dolo el que se opone a la petición. Cuya opinión la aprueba en general Marcelo en Juliano, cuando dice que todo el que se opone a la petición se obliga cual si poseyera).

³⁰ Una referencia de los presentes ejemplos se encuentra en KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden" cit., p. 140; ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 340; CARCATERA, *L'azione ereditaria* cit., p. 26 y SCHIPANI, *Responsabilità* cit., pp. 94 a 96, así como la recensión de STURM, Fritz, a la presente obra en ZSS, (1973), 90, pp. 443 a 444.

La primera línea de pensamiento es representada por Talamanca,³¹ quien toma como fundamento D.5.3.13.13, donde al final se afirma en modo expreso: *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri* (todo el que se opone a la petición se obliga cual si poseyese). Tal afirmación significa que con la misma petición de herencia el actor podía actuar en contra del demandado, que con dolo se había ofrecido a la controversia aunque no poseyera. De tal modo se dejaría fuera de lugar la referencia a la *doli clausula* contenida en D.5.3.45, que en su estado actual presentaría profundas alteraciones.

La segunda línea de pensamiento, representada en tiempos recientes sobre todo por Albanese,³² considera por el contrario genuino D.5.3.45 en la parte donde se declara la responsabilidad del demandado con base en la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi: qui se liti optulit, cum rem non possideret...ex doli clausula tenetur* (quien se ofrece a la controversia no poseyendo la cosa, es obligado con base en la cláusula de dolo), dejando de tomar en consideración lo mencionado en D.5.3.13.13.

Para tratar de encontrar una solución al problema, es necesario profundizar en las críticas realizadas a los presentes textos.

1. Los argumentos de Albanese respecto a D.5.3.13.13 y las objeciones realizadas en contra de su contenido

Según el ilustre profesor, en el texto, cuando se habla de poder demandar en juicio con la petición de herencia también a aquel que no

³¹ TALAMANCA, Mario, "Note sulla oblatio liti" en *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht* (Assen, Van Gorcum, 1979), pp. 169 a 172; en tal estudio retoma un problema ya tratado por el mismo en *Studi sulla legittimazione passiva all'hereditatis petitio* cit., pp. 44 a 50. Esta posición había sido adoptada anteriormente por KASER, "Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio" cit., pp. 100 y "Nochmals ueber Besitz und Verschulden" cit., pp. 141, 142 y n. 248, y aceptada por SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 197 y nt. 2.

³² ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., pp. 402 a 414. El primero en proponerla ha sido LENEL, Otto, "Rei vindicatio und actio ad exhibendum" en *Gesammelte Schriften* (ristampa Napoli, Jovene, 1991), 3, pp. 396 a 397. MARRONE, Matteo (recensión a Di Paola, *Iura* (1955), 6, p. 323, afirma que el origen justiniano de la legitimación pasiva de los *ficti possessores* a las acciones reales es uno de los resultados ya consolidados en la ciencia romanística; para el derecho clásico, bien sea respecto a la *hereditatis petitio* que a cualquier acción real, *qui liti se optulit* venía absuelto respecto a la acción petitoria, y era responsable hacia el actor con base en la *clausula doli*, expresada en la *cautio iudicatum solvi*.

posee nada de la herencia, no se refiere necesariamente, como parecería obvio, a una situación de *liti se offerre*, porque demandado con esta acción podría ser también un deudor hereditario.³³

Además considera sospechosa la circunstancia que, inmediatamente después de la afirmación inicial (*Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil...* pero no sólo puede ser pedida la herencia al que posee el cuerpo de la herencia, sino también si nada...), el caso específico del *liti se offerens* a la *hereditatis petitio* sea propuesta por Ulpiano en forma de duda (*et videndum...an teneatur* y se ha de ver...será acaso obligado); por ello sería imposible si ya en precedencia el jurista había admitido sin duda (como muestra el fragmento) el término *teneri* del que no posee.³⁴

Observa además Albanese que en nuestro fragmento Ulpiano, después de haberse cuestionado, responde citando a Celso y presenta la solución en términos muy precisos. Este jurista decía que quien se había ofrecido, *non possidens*, a la *hereditatis petitio* era responsable con base en el dolo, como se presume de la expresión *ex dolo teneri*. Si con tal se quiere referir a una responsabilidad y condenabilidad con base en la misma acción *in rem*, se encontraría utilizada en un sentido no técnico, porque hablar de *ex dolo teneri* induce a pensar no en una condena en la *hereditatis petitio*, sino en una condena *ex clausula de dolo malo* en la *actio ex stipulatu* derivada de la *cautio procesal*.³⁵ Talamanca,³⁶ ante tales dudas, ha objetado de la siguiente forma:

- a) Respecto a la primera, si bien considerando verdadera la posibilidad de incluir entre quien *non possidens optulerit se petitioni* a un deudor hereditario, porque tal *nihil possidet*, no ve obstáculos para excluir que tal situación pueda referirse también al *liti se offerens*, el cual, igualmente *nihil possidet*.
- b) En cuanto al segundo argumento, Talamanca³⁷ es de la opinión que el contraste presentado por Albanese no existe; el

³³ ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 406. El autor toma en consideración ULPIANO, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.9, *idem*, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.13.15.

³⁴ ALBANESE, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo* cit., p. 406.

³⁵ ALBANESE, "Rei vindicatio se offerre e actio de dolo" cit., 407.

³⁶ TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti" cit., p. 183 n. 26.

³⁷ TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti", *op. cit.*, p. 183 n. 26.

introduitorium pone la excepción a la *regula* de la *possessio pro herede vel pro possessore*, enunciada en D.5.3.9,³⁸ y el tono utilizado es plenamente justificado de la circunstancia que se configuran dos especies de legitimación pasiva sin posesión al momento de la *litis contestatio*, aquella del *dolo desinens possidere* y aquella del deudor hereditario, respectivamente tratadas en los siguientes §§ 14 y 15 de D.5.3.13.

c) Respecto al tercer argumento de Albanese, tal corresponde, según el parecer de Talamanca,³⁹ de una falta de profundidad del texto, ya que el contexto entre el cual se debe juzgar sobre lo adecuado de las expresiones utilizadas no es el referente a Celso, sino al de Ulpiano que refiere su pensamiento más o menos literal; y en el desarrollo de la narración del jurista severiano no existe posibilidad de errores: la expresión *ex dolo teneri* corresponde a la acción real.

Dejando de considerar la última objeción, ya que Albanese no ha trascurado en forma absoluta el hecho que Celso venga mencionado por Ulpiano, como demuestran sus palabras "Ulpiano ...responde citando Celso,⁴⁰ por el contrario va recalcado como las otras dos críticas revelan la certeza de Talamanca que ya el jurista adrianeo considerase la posibilidad de ejercitar la acción real, y su opinión parece adecuada, según nosotros, porque, como podemos observar, en D.5.3.13.13 Ulpiano cita a Celso en relación con la disposición del Juvenciano (del cual el jurista adrianeo como habíamos tratado de demostrar es uno de los probables autores),⁴¹ colocada en D.5.3.20.6c, en la que se trata de la hipótesis de los *praedones* que cesaron con dolo de poseer antes de la *litis contestatio*. La segunda crítica se apoya en una sólida constatación de orden sistemático, por la que la posible condena de un no poseedor con actitud dolosa (*qui dolo desiit*

³⁸ *Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.* (Regularmente es de definirse que aquél está sujeto a la petición de herencia, el que está en posesión del derecho como heredero, o como poseedor, o bien posee una cosa hereditaria).

³⁹ TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti", *op. cit.*, p. 170.

⁴⁰ *Rei vindicatio se offerre* cit., p. 407.

⁴¹ Ver GONZÁLEZ ROLDÁN, "La apelación frente al senado en la edad adrianea", *op. cit.*, pp. 260 a 262.

possidere) se encuentra correctamente inserida en la obra de Ulpiano, que inmediatamente después en el §14 continúa a tratar del mismo problema.⁴²

Queda todavía la circunstancia que Celso utiliza en el libro cuarto de sus *digesta* la expresión *ex dolo clausula tenetur*, referida en D.5.3.45, mientras que Ulpiano en D.5.3.13.13 habla únicamente de *ex dolo teneri*, eliminando la referencia a la cláusula; pero sobre tal punto regresaremos dentro de poco en sede de nuestra propuesta reconstructiva (*infra*, IV.3).

2. Las críticas de Talamanca y Kaser a D.5.3.45

El presente texto de Celso, según Talamanca,⁴³ se presenta en la actualidad en condiciones tales de no poder constituir un instrumento para valorar la crítica de D.5.3.13.13, constituido de una falta de orden desde el punto de vista de la lógica interna; Kaser con idéntica rigidez considera que ni siquiera mediante una intervención quirúrgica el sentido del texto lograría sanar.⁴⁴ La base de estas conclusiones se encontraría en el hecho que la misma hipótesis viene puesta dos veces, la primera aparentemente en tema de *rei vindicatio* cuando se dice: *qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur...*, mientras la segunda en tema de petición de herencia: *et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur...*, dándose, sin alguna justificación, a un único problema dos soluciones diferentes: la condena del *liti se offerens* con base en la misma acción real y su condena con la acción *ex stipulatu* derivada de la *clausula doli* incluida en la *cautio iudicatum solvi*.

En forma particular, Talamanca destaca que es difícilmente explicable el recuerdo de la *clausula doli*, al punto de meter en crisis la doctrina que ha observado en Celso un innovador en el sentido de la responsabilidad con base en la acción real. Negando la validez

⁴² En sentido contrario ALBANESE, "Rei vindicatio se offerre e actio de dolo" cit., p. 408.

⁴³ TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva* cit., pp. 46 y 47; "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*", en *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari*, 43 (1964), pp. 144 e 145; "Note sulla oblatio liti" cit., p. 172.

⁴⁴ KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., pp. 142 y 143.

de las diferentes explicaciones formuladas anteriormente,⁴⁵ el conocido romanista propone la siguiente hipótesis: como el *liti se offerens* no puede ser condenado *ex in rem actione* si no haya aceptado la *litis contestatio*, podía suceder que la *oblatio liti* de forma dolosa se hubiera contrariamente verificado en un momento diferente a la fase *in iure* del proceso; así v.g. el momento se había pospuesto de tal forma de permitir a la persona que poseía efectuar la usucapión y una vez pospuesto el procedimiento el aparente legitimado pasivo hacía valer la falta de la posesión para sustraerse de la *litis contestatio*. En este caso la responsabilidad con base en la *clausula doli* de la *cautio iudicatum solvi* se encontraba fuera de discusión, ya que tal no podía ser hecha depender de haberse verificado la *litis contestatio*; así juristas como Celso, los cuales habrían admitido la responsabilidad *ex in rem actione* del *liti se offerens*, no podían hacer otra cosa que, como no se había llegado a la *litis contestatio*, aceptar la responsabilidad *ex clausula doli*.

Kaser⁴⁶ trata de explicar la mención en D.5.3.45 de la *clausula doli* con base en una falta de coordinación en la adaptación del material jurisprudencial por parte de los compiladores, los cuales habrían eliminado cualquier referencia a la controversia entre la opinión de Celso, según el cual quien se ofrece a la controversia no poseyendo la cosa, venía condenado con base en la misma acción real, y aquella de los juristas anteriores, los cuales, por el contrario fundamentaban

⁴⁵ TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva...* cit., p. 46, nt. 121 y "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., p. 146, nt. 55, niega la validez de las explicaciones efectuadas por MARIA, Pierre, "Observations sur la Possession du Défendeur á la rei vindicatio", *Etudes d'Histoire Juridique offertes á Paul Frédéric Girard* (1913), 2, p. 243, y de ASTOUL, Charles, "Observations sur le fragment de Celse D.5,3 de her. p., L. 45", *Mélanges de Droit Romain dédiés á Georges Cornil* (1926), v. 1, p. 113, por la que Celso habría decidido por la condena con base en la acción real, siguiendo la teoría proculeyana respecto a la *rei vindicatio*; mientras que en el caso de la petición de herencia la condena se fundamentaría *ex clausula doli*, ya que se encontraría forzado por la propia fórmula que recordaba la posesión del demandado como condición de la acción: *quidquid pro herede vel pro possessore possideat*. Después de haber negado en un primo momento (cfr. *Studi sulla legittimazione passiva* cit., p. 45), menos radical aparece el autor en "Osservazioni..." cit., p. 146, respecto a la hipótesis de KASER, "Besitz und Verschulden..." cit., p. 103, sobre la que nos detendremos en el texto, si bien no esconde la objeción que de la *clausula doli* se habría debido hablar, en el contexto celsino antes, probablemente, y no después de la afirmación que de la diferente construcción se observa en la ley 45.

⁴⁶ KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 103.

tal condena en la *clausula doli* incluida en la *cautio iudicatum solvi*, olvidándose de cancelar en modo completo la referencia a tal cláusula. El conocido maestro⁴⁷ observa además una serie de alteraciones sustanciales del texto en las palabras *si evidentissimis probationibus*, que representan el resultado de una típica argumentación justiniana.

Las tesis mencionadas anteriormente por Talamanca y Kaser, si bien basadas en argumentos interesantes, manifiestan según nosotros, algunas debilidades.

La explicación con la que el profesor italiano trata de armonizar en D.5.3.45 la condena del no poseedor *qui liti se optulit* una vez ejercitada la acción *in rem* con el llamado a la *clausula doli*, presupone elementos que en el pasaje faltan, apareciendo con falta de conexiones la idea que hubiera existido una *oblatio liti*, pero que ésta no se concretiza en la *litis contestatio*, porque se ha diferido el proceso, mientras que el verdadero poseedor lograba adquirir la cosa con base en la usucapión.

La misma ausencia de datos falta en la ingeniosa hipótesis de Kaser respecto a la conservación del recuerdo de la *clausula doli* en nuestro pasaje. Además la naturaleza justiniana de las palabras *si evidentissimis probationibus* no es segura desde un punto de vista sustancial, ya que el requisito de la prueba habría podido ser necesario en el pensamiento de Celso como fundamento de la exclusión del principio *dolus pro possessione est*. Es cierto que confrontando el presente texto con D.5.3.13.13, donde Ulpiano reproduce la opinión del jurista adrianeo, falta cualquier referencia al mencionado requisito, pero esto pudo haber dependido de la misma dificultad de otorgar "pruebas evidentes", que habrían hecho eliminar al jurista tar-do-clásico (y probablemente antes de él Marcelo⁴⁸) esta necesidad.

⁴⁷ KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 143. Antes de él reconocen en estas palabras una interpolación, entre otros: LENEL, "*Rei vindicatio* und *actio ad exhibendum*" cit., pp. 396 a 397; ALBANESE, "*Rei vindicationi se offerre e actio de dolo*" cit., p. 413; MAYER-MALY, "*Ratio evidens*", *Studi in memoria di Guido Donatuti* (1973), 2, pp. 724 a 725.

⁴⁸ Que para MARCELO tal perfil de prueba no tuviera importancia ha sido subrayado por TALAMANCA, "Note sulla *oblatio liti*" cit., p. 182, nt. 24 tomando en consideración ULPIANO, libro septuagésimo ad edictum, D.6.1.25: *Is qui se optulit rei defensionis sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. sed hoc post litem contestatam: ceterum ante*

Otra duda respecto a las teorías de los dos conocidos romanistas, podría ser que con las palabras *qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur*, al inicio de D.5.3.45, Celso no necesariamente trate de referirse al demandado en una *rei vindicatio*, sino al demandado en una *vindicatio caducorum*, que ha originado nuestro senadoconsulto, cuya redacción pudo haber intervenido el mismo jurista. La posterior mención explícita a la petición de herencia podría por el contrario demostrar que el presente criterio es aplicado también a tal materia y, como veremos dentro de poco, en nuestra reconstrucción, no existen dos soluciones diferentes, sino solamente una, que consiste en la condena del *liti se offerens* con base en la acción real que se ejercita (*vindicatio caducorum* o *petitio hereditatis*).

Un vestigio de alteración no sustancial podría considerarse en el término *eius* cuando se menciona el contenido de la responsabilidad: *aestimari scilicet oportebit, quanti 'eius' interfuit non decipi*; sin embargo, Albanese,⁴⁹ aunque reconoce que este término gramatical no es correcto, porque así se referiría de forma absurda al demandado y no al actor *deceptus*, lo explica, prescindiendo de posibles recortes compilatorios, entendiéndolo como una referencia literal de la fórmula, y por ello como una verdadera y propia citación de la misma, que podría explicar la falta de relación.

iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse qui discessit. (Aquel que sin motivo asume la defensa de la cosa, no poseyendo, ni habiendo con dolo cesado de poseer, si el actor lo ignora, no deberá ser absuelto, como dice Marcelo, cuya sentencia es justa; pero esto tiene lugar después de la contestación de la controversia; de lo demás antes de asumir el juicio, no engaña al actor, aquel que niega de poseer, cuando realmente no posee; ni se considera que haya asumido la controversia aquél que parte). Otra pista en tal dirección podría considerarse de la parte final de D.5.3.13.13, donde se dice: *... dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* (Ya que dolosamente actúa quien se ofrece a la petición. Cuya opinión Marcelo en Juliano aprueba en general, diciendo que está obligado como si tuviera la posesión quien se opone a la petición). Más dudosa es la suposición del autor que probablemente Ulpiano refería el pensamiento de Celso mediante Marcelo, porque, además del texto citado anteriormente, existen otros textos, como D.5.3.18.1 (*et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum ...*), que demuestran como el jurista tardo-clásico conocía directamente el libro IV de los Digestos de Celso.

⁴⁹ ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 412, nt. 60.

3. Nuestra propuesta

Como hemos tratado de presentar, la principal doctrina no logra armonizar D.5.3.13.13 y D.5.3.45, tratando de destruir el contenido sustancial del primero o del segundo texto, pero las diferentes críticas no se apoyan en bases tan sólidas e insuperables que nos permitan aceptar incondicionalmente una u otra hipótesis reconstructiva. Otra dificultad es, dada la circunstancia, que no se ven las razones por las que, si los compiladores habían aceptado el ejercicio de la acción real para hacer valer la responsabilidad del demandado *qui liti se optulit, cum non possideret*, como resulta de D.5.3.13.13 y del pensamiento de Celso aquí citado, habrían después alterado en sentido opuesto tal en D.5.3.45.

El centro de la cuestión consiste en la supuesta contradicción de la posición de Celso respecto a la *oblatio liti* en estos dos textos: mientras en D.5.3.45 la condena del *liti se offerens* es fundada en la *actio ex stipulatu* (*et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur*), en D.5.3.13.13 el fundamento es la misma *petitio hereditatis* (*et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri...*).

Según nuestra modesta opinión, es probable una hipótesis de solución que pueda conciliar los dos textos, basada en un enfoque diferente en la interpretación de D.5.3.45.

Como hemos dicho anteriormente,⁵⁰ Celso en este texto estaba comentando una serie de consecuencias jurídicas referidas al senadoconsulto Juvenciano, del cual es uno de los autores materiales; en esta óptica, por lo tanto, cuando se refiere en la primera parte al *liti se offerens* (*qui se liti optulit — condemnatur*) es probable que hable de la *vindicatio caducorum* en lugar de la *rei vindicatio* (como consideran Talamanca y Kaser) y que después, cuando presenta la expresión *ex doli clausula tenetur*, no entiende referirse a la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi* (como supone Albanese), sino a aquella mencionada en la disposición del ordenamiento senatorio presentado en D.5.3.20.6c.

⁵⁰ GONZÁLEZ ROLDÁN, "La apelación frente al senado en la edad adrianea", *op. cit.*, pp. 260 a 262.

El fundamento de tal hipótesis puede observarse en D.5.3.25.8, donde Ulpiano, cuando interpreta la presente norma del senadoconsulto (usando material del libro cuarto de los Digestos de Celso, como prueba D.5.3.18.1⁵¹), la denomina *clausula* (*locum habebit haec clausula*), aplicándose propiamente en el caso de *is qui dolo fecit quo minus possideret*, el que *ut possessor condemnatur*.

Sobre la base de lo que apenas hemos dicho es posible suponer que Celso en D.5.3.45, cuando afirma: *et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur*, considere al *liti se offerens* en la petición de herencia responsable con base en la cláusula de dolo contenida en la parte del senadoconsulto de D.5.3.20.6c, en otras palabras, la misma *actio in rem* puede ser utilizada en tal situación, así como Ulpiano afirmaba en D.5.3.13.13. La *actio ex stipulatu* no tiene necesidad de ser ejercitada, porque la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi* se encuentra inmersa en el mismo senadoconsulto; por esto el actor puede hacer valer con la *petitio* en contra del *liti se offerens* la responsabilidad que derivaría de la garantía, medida en relación con su interés: *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi*.

La hipótesis apenas mencionada presenta ciertamente el obstáculo que con una acción *in rem* se hacía valer una responsabilidad en el *id quod interest* unida a las acciones personales, pero debemos recordar que la petición de herencia, si bien se configura como real, tiene ciertas características de las acciones *in personam*,⁵² como subraya Ulpiano, en el mismo comentario al Juvenciano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.18: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales...* (La petición de herencia, si bien sea considerada una acción real, sin embargo contiene algunas prestaciones personales).

⁵¹ Cfr. *supra*, nt. 51.

⁵² Respecto a la naturaleza de la *petitio hereditatis* ver: LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., pp. 67 a 79; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, op. cit., pp. 1 a 39 y MARRONE (recensione a DI PAOLA), op. cit., pp. 317 a 320. Que después del Juvenciano la petición de herencia hubiera sido alejada del esquema típico de las acciones reales ha sido considerado por PROVERA, Giuseppe, *Contributo allo studio del iusiurandum in litem* (Torino, Giappichelli, 1953), pp. 29 a 31, y CHIAZZESE, Lauro, *Jusiurandum in litem* (Milano, Giuffrè, 1958), pp. 280 a 292.

Si la reconstrucción que hemos hasta aquí delineado, es verdadera, se podría observar otra consecuencia. Antes del Juvenciano el actor actuaba con la *actio ex stipulatu* en contra del *liti se offerens* con base en la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi*, como recuerda Gayo citando la opinión de Sabino en D.4.3.39 (*et iudicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino placet* y diste la garantía de satisfacer la cosa juzgada; si bien hayas sido absuelto, no obstante serás obligado por el dolo malo. Así lo piensa Sabino), pero después el senadoconsulto, ya que tal cláusula se encontraba absorbida en tal ordenamiento (*nam is qui dolo fecit quo minus possideret...locum habebit haec clausula*, D.5.3.25.8), se podía actuar directamente con la *vindicatio caducorum* y en seguida también con la *petitio hereditatis* para llamar a responder a quien, si bien no poseía, se hubiera ofrecido a la controversia. La posición de Celso viene recogida por Marcelo en sus *notae ad Iulianum* (*quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat*, que se encuentra al final de D.5.3.13.13), pero nada se dice de la opinión seguida por Juliano a tal propósito; por esto queda la duda si también el presente jurista tuviera la misma opinión de Marcelo. Albanese⁵³ ve una afirmación posclásica (sin haber presentado mayores fundamentos), no aceptando la posición de Talamanca,⁵⁴ que contrariamente subraya una contraposición entre Juliano y Celso. El romanista mencionado primeramente observa que Marcelo en su obra normalmente aceptaba, sin reservas y sin mayores objeciones las tesis de Juliano; sin embargo, Talamanca⁵⁵ manifiesta que en las notas a tal jurista emerge autonomía de pensamiento y que el texto de Gayo en D.4.3.39, donde se indica la posición de Sabino, es una prueba que Marcelo se contraponía a Juliano y aprobaba la opinión de Celso.

No subsiste alguna duda que Marcelo habría podido tener autonomía de pensamiento en las notas hechas a la ópera de Juliano, pero de esto a considerar la existencia de un desacuerdo entre los dos

⁵³ ALBANESE, "*Rei vindicationi se offerre e actio de dolo*" cit., p. 411, nt. 59.

⁵⁴ TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*" cit., pp. 144 y 145.

⁵⁵ TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., p. 145 con bibliografía en la nota 51; "Note sulla *oblatio liti*" cit., p. 184, nt. 37.

juristas sobre el punto nos parece excesivo, e inclusive poco probable, porque si bien en D.4.3.39 se presenta la posición sabiniana del problema, bien sea Celso, así como Juliano consideran la cláusula del § 6c del senadoconsulto (que pudieron haber intervenido en su redacción) el fundamento del ejercicio de la petición de herencia. Ciertamente Juliano pertenece a la secta sabiniana, pero, como sabemos, en este periodo histórico las diferencias entre las escuelas se hacen menos profundas gracias a la circunstancia que los representantes de las mismas forman parte del *consilium* de Adriano.⁵⁶

En conclusión, en D.5.3.13.13 podemos observar que la jurisprudencia respecto al *liti se offerens* (Celso, Juliano, Marcelo), están de acuerdo sobre la condena con base en la acción real; en el caso de Ulpiano no creemos existan dudas que tenga la misma opinión, porque sería absurdo que el jurista tardo-clásico tomase en la solución de la cuestión, opiniones que son dirigidas en una cierta dirección y después opinase lo contrario sin haberlo manifestado y mucho menos argumentado.⁵⁷ La responsabilidad del *liti se offerens* en la *vindicatio caducorum* no puede ser idéntica a la que corresponde en la *cautio iudicatum solvi*, porque como es notorio, el procedimiento fiscal prescinde del presente elemento;⁵⁸ nos podemos por esto preguntar en qué consiste su contenido preciso. El pasaje de Celso en D.5.3.45 no nos es de ayuda en dar una respuesta, porque las palabras *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi* hacen una referencia exacta al contenido de la *cautio*. La aplicación del principio del enriquecimiento mencionado en D.5.3.20c tampoco podría ser un criterio de valoración, porque los *praedones*, que dejan la posesión y se ofrecen a la controversia, no necesariamente han tenido un enriquecimiento. Según nuestra opinión, en el presente caso una posible solución sería que, a diferencia de la petición de herencia, valga el mismo criterio del poseedor de mala fe que se presenta a la *litis contestatio* sin haber dejado de poseer, en otros términos, es responsable a la entrega de la cosa con los respectivos frutos (bien

⁵⁶ TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., p. 145, afirma que no se entiende por qué el último de los representantes de la escuela sabiniana hubiera abandonado tal opinión, pero de lo que hemos observado en el texto se pueden explicar las razones.

⁵⁷ Respecto al presente problema TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., pp. 149 a 153, el cual presente mayores argumentos al respecto.

⁵⁸ Cfr. PROVERA, *La vindicatio caducorum* cit., pp. 99 a 104.

sean *extantes* o *consumpti*) como menciona C.3.32.22: *certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare*.

V. LA DOCTRINA DE FORMA UNÁNIME CONSIDERA D.5.3.25.7 INTERPOLADO EN MODO SUSTANCIAL, PERO SEGÚN NOSOTROS SU CONTENIDO CLÁSICO DERIVA COMO CONSECUENCIA PROPIA DE HABERSE OFRECIDO A LA CONTROVERSIA (*OBLATIO LITI*)

Un conocido texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.7, nos permite constatar que en la interpretación dada por la jurisprudencia a la cláusula del Juvenciano en D.5.3.20.6c, se pudiera también configurar una responsabilidad del poseedor de buena fe, que después del inicio del procedimiento hubiera dejado de poseer con dolo la cosa demandada; así comentando la expresión '*si ante litem contestatam fecerit*'.⁵⁹ (Si antes de la *litis contestatio* hubiera hecho) él menciona:

'*Si ante litem contestatam*', inquit, '*fecerit*': hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. quamquam enim litem contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur... ('Si antes de contestada la demanda', dice, 'hubiere hecho'; se añadió esto por esta razón, porque después de contestada la demanda todos empiezan a ser poseedores de mala fe, por mejor decir, después de promovida la controversia. Porque aunque en el senadoconsulto se haga mención de la demanda contestada, sin embargo, también después de promovida la controversia se hacen iguales todos los poseedores, y son reputados como poseedores de mala fe. Y de este derecho usamos hoy; porque el que es demandado, comenzó a saber que posee una cosa que no le pertenece...).

⁵⁹ El § 6c del JUVENCIANO decía propiamente *fecerint* y no *fecerit*, como aparece en la actual lectura del texto, pero es opinión unánime que se trata de un error de la persona que copió el texto: cfr. la edición de Mommsen *qd h.l.*

El jurista tardo-clásico sostiene que las palabras del senadoconsulto referidas han sido incorporadas porque después de la *litis contestatio* todos comienzan a ser considerados poseedores de mala fe (*post litem contestatam-esse*), sin embargo inmediatamente corrige considerando tal valoración al momento en que ha sido promovida la controversia (*quin immo post controversiam motam*). En su opinión, si bien en el senadoconsulto se menciona la *litis contestatio*, ya desde el inicio de la controversia todos los poseedores se hacen iguales y son considerados como *praedones* (*quamquam enim litis contestatae mentio fiat - quasi praedones tenentur*), porque quien es citado en juicio desde tal momento comienza a saber que posee una cosa que no le pertenece (*coepit enim scire - is qui interpellatur*). Con las palabras *et hoc iure hodie utimur* Ulpiano remarca la diferencia entre el derecho que proviene del senadoconsulto y aquello vigente al momento en que escribe.

Es interesante notar la evolución entre el contenido originario de la disposición del senado, en el que la referencia es a los poseedores de mala fe, que habían actuado con base en el dolo *praeteritus*, porque antes de la *litis contestatio* sabían que los bienes eran ajenos, y la siguiente interpretación de Ulpiano, según la cual todos los poseedores eran considerados de mala fe no sólo después la conclusión del presente acto procesal, sino inclusive desde el momento inicial de la controversia.

Las palabras del jurista merecen ser profundizadas respecto a la equiparación de todos los poseedores a aquellos de mala fe *post litem contestatam* y en el hecho que tal equiparación se verifica *post controversiam motam*. La mayoría de los romanistas indican como interpolados los últimos términos,⁶⁰ no obstante que la expresión resulte clásica.⁶¹

⁶⁰ MESSINA VITRANO, Filippo, "La mala fede con l'inizio della lite nella *hereditatis petitio*", *BIDR*, (1908), 20, pp. 230 a 243; ALBERTARIO, Emilio, "*Lis contestata e controversia mota*", *ZSS*, (1914), 35, pp. 305 a 319, también en *Studi di Diritto Romano* (1946), 4, pp. 269 a 274; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 83 a 89; PROVERA, *La vindicatio caducorum* cit., pp. 46 y 47. En sentido contrario KASER, Max, "*Controversiam movere*", *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1982), 2, pp. 234 a 236; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., p. 159.

⁶¹ Cfr. al respecto CASAVOLA, Franco, *vox: Controversia* (diritto romano) en *Novissimo Digesto Italiano*, 4, Torino, 1959, p. 736, que no obstante, siguiendo la *communis opinio*, la considera como interpolada en D.5.3.25.7.

Por ello vale la pena analizar el razonamiento de los autores, tomando en consideración los argumentos que presenta Messina Vitrano.⁶²

Dejamos de considerar los argumentos simplemente formales como la falta de elegancia del texto por la utilización de dos términos que se encuentran demasiado cerca como son *ad se* y *se is qui* en la frase final y el supuesto carácter justiniano de la fórmula *et hoc iure utimur*, cuya certeza es dudosa; tomemos por el contrario las siguientes consideraciones:

- a) El proceso civil clásico comenzaba como es notorio, con el *in ius vocatio* o con el *vadimonium*; si el poseedor de buena fe conocía la pretensión del actor, evidentemente no por este motivo se transformaba en uno de mala fe, porque la convicción de la falta de honestidad de su posesión solamente podía formarse más tarde *in iudicio*, cuando el juez hubiera dispuesto el examen de las pruebas.
- b) No es posible que Ulpiano hubiera afirmado que todos los poseedores se hacen de mala fe después de la *litis contestatio*, porque en tal caso son comprendidos también los *praedones* que ya tenían este carácter.
- c) Interpolado es *et quasi praedones tenentur*, porque era motivo de controversia en edad clásica si se debiera o no considerar al demandado responsable del caso fortuito después de la contestación de la controversia, considerando la jurisprudencia la solución negativa.

En realidad los argumentos *sub b)* y *c)* no nos parecen pruebas seguras, en cuanto que ni la asimilación de todos los poseedores a aquellos de mala fe *post litem contestatam* (o *post controversiam motam*) ni la discusión respecto a la responsabilidad del demandado

⁶² MESSINA VITRANO, "La mala fede con l'inizio della lite nella *hereditatis petitio*", *BIDR* (1908) v. 20, pp. 230 a 243. En el mismo sentido, si bien con diferentes enfoques, FLINIAUX, A., "Le sénatusconsulte Juventien" cit., pp. 200 a 209; DÉNOYEZ, *Le Sénatus-Consulte Juventien* cit., pp. 140 a 142; LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., pp. 85 a 86; PROVERA, *La vindicatio caducorum*, op. cit., pp. 101 a 102; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano, Le successioni* (Ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifó; Milano, Giuffrè, 1974), p. 526.

con base en el caso fortuito después de la *litis contestatio* demuestran de por sí la presencia de interpolaciones.

Consideramos que es necesario dedicar un examen más atento al primero de los argumentos (que se encuentra *sub a*), sobre el que nos debemos detener.

Para lograr entender el contenido de D.5.3.25.7 debe observarse, antes que nada, al problema específico que se hace referencia. De las palabras '*si ante litem contestatam fecerit*' estamos seguros que corresponden a la cláusula del Juvenciano mencionada en el §6c de D.5.3.20, esto es, al *dolus praeteritus* de aquellos que habían invadido los bienes hereditarios y antes de la *litis contestatio* habían hecho en modo de no poseer. Los *praedones* han actuado con dolo dos veces, la primera cuando han obtenido la posesión de los bienes sabiendo que no les pertenecían, y la segunda cuando han dejado la posesión y se han ofrecido a la controversia (como hemos visto en el §3.3). Si consideramos esto, resulta también lógica la incorporación realizada por el jurista *quin immo post controversiam motam*, en cuanto que su responsabilidad subsiste ya desde el momento en que el actor ha ejercitado la acción, no efectuándose todavía la *litis contestatio*.

Tomemos ahora el caso de poseedor de buena fe que antes del presente acto procesal cesa con dolo de poseer y después acepta la controversia; en tal caso las palabras de Ulpiano... *quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*...adquieren sentido, porque en esta situación los poseedores, también si en origen *iusti*, una vez que hayan con dolo abandonado la cosa, son considerados de mala fe si aceptan la *litis contestatio*.

También para el caso ahora expuesto relativo al poseedor de buena fe la precisión de Ulpiano expresada en las palabras *quin immo post controversiam motam*, aparece oportuna donde el dolo haya sido cometido después del inicio del procedimiento, pero antes de la *litis contestatio*.

Es importante destacar que el problema que nos estamos ocupando es diferente al mencionado en D.5.3.20.11 que corresponde únicamente a la *vindicatio caducorum*:

'*Petitam autem hereditatem*' et cetera: *id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. 'id est cum primum aut denuntiatum esset'*...

El proceso fiscal, como hemos visto en otra investigación realizada,⁶³ inicia con la *denuntiatio* que es el medio con el que el demandado es llamado en juicio y al mismo tiempo conoce el ejercicio de la acción en su contra. Según el presente texto, el conocimiento así adquirido transforma al demandado en un poseedor de mala fe (*nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor*). La doctrina parece estar de acuerdo en considerar tal afirmación como interpolada, porque sería contrario a los fundamentales principios del derecho clásico afirmar que el poseedor debiera considerarse en mala fe por el solo hecho de la noticia de una controversia ejercitada en su contra.⁶⁴ En nuestra opinión, esta afirmación no puede referirse a la petición de herencia por las razones anteriormente expuestas, pero de esto no se debe deducir una modificación sustancial del texto, porque Ulpiano solamente indicaba una consecuencia jurídica que tenía lugar en el proceso fiscal y constreñía a los poseedores de los *caduca* o del precio a restituir o el primero o el segundo al fisco antes que fuera iniciada la controversia, evitando así la intervención del *delator* y el desarrollo del procedimiento. Así podemos afirmar que D.5.3.20.11 en el periodo clásico únicamente tuvo aplicación en la *vindicatio caducorum* y no en la *petitio hereditatis*, como puede probar el llamado a la *denuntiatio* (*id est cum primum aut denuntiatum esset*), claro elemento del proceso fiscal y, si bien, al mismo modo que en D.5.3.25.8, se hace mención del poseedor de mala fe, la distancia entre los dos textos en la obra del jurista es considerable, induciéndose por ello que correspondan a dos problemas diferentes en relación con una misma situación.

⁶³ GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, "Senatusconsultum Iuventianum". Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, v. 22 (1998), pp. 166 a 180.

⁶⁴ Así MESSINA VITRANO, "La mala fede..." cit., pp. 230 a 243; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., p. 86; DÉNOYER, *Le défendeur à la pétition d'héritité* cit., pp. 193 a 194; PROVERA, *La vindicatio caducorum* cit., pp. 46 y 47, que propone en la nota 52 la siguiente reconstrucción: '*Petitam autem hereditatem et cetera*': *id est ex quo scit a se peti. 'id est cum primum aut denuntiatum esset'. quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiavit, an incipiat usuras debere redactae pecuniae? et puto debere. sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatum est: senatus ipsi denuntiari exigit et ideo non nocebit. a quo denuntiatum est senatus non exigit: quicumque ergo fuit qui denuntiavit, nocebit.*

VI. EL CRITERIO DE RESPONSABILIDAD QUE EMERGE DE D.5.3.20.6C SE ENCUENTRA EXTENDIDO EN LA JURISPRUDENCIA TARDO-CLÁSICA A LA CULPA

Como el poseedor de buena fe es obligado únicamente en los límites de su enriquecimiento como menciona el §6c del Juvenciano: *...eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent* (pero aquellos que hubiesen tenido justas causas para estimar que los bienes les pertenecían, solamente en aquello en que por tal motivo se hubiesen hecho más ricos), considerar su responsabilidad por culpa no es posible, porque él *quasi suam rem neglexit*.⁶⁵

En el caso de quien posee en mala fe, Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.2 y 4, además del dolo, habla de una responsabilidad por culpa como podemos observar:

...sed et culpa. et ideo ab eo qui ab alio non exegit vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique si exigere potuit ... 4. Sed et fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestatueros. (...pero también la culpa, y por esto puede pedirse la herencia a aquél que no cobró de otro, o de sí mismo, si por el tiempo hubiese quedado libre; esto a la verdad, si pudo cobrar. 4. Pero dice, que ellos han de entregar también los frutos, no los que percibieron, sino los que debieron percibir).

El texto, como recordamos, pertenece al comentario que el jurista hace sobre la cláusula del senadoconsulto aquí analizada (el § 6c de D.5.3.20), incluyendo además del *dolus praeteritus* a la culpa como criterio de responsabilidad. Con base en sus palabras, pueden pedirse al poseedor de mala fe, con la petición de herencia, las deudas exigibles que, teniendo posibilidad de pedir las no las ha exigido de un tercero o de sí mismo (*et ideo ab eo - si exigere potuit*), no solamente

⁶⁵ Así ULPIANO, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.31.3, texto que veremos a continuación. Sobre el presente problema cfr. KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 124.

con base en el *dolus malus*, sino también por motivo de su culpa (*sed et culpa*), y que, en consecuencia de esto, ya no son exigibles.⁶⁶

En el §4 Ulpiano continúa diciendo que es responsable también por los frutos que ha percibido, así como por aquellos que debería haber percibido (*et fructus non quos perceperunt ... sed quos percipere debuerunt, eos praestatueros*).

Parte de la doctrina en un tiempo consideró la referencia a la culpa como un elemento extraño al contenido originario del texto,⁶⁷ pero actualmente no existen dudas de su contenido clásico.⁶⁸ El mismo jurista hace un llamado también al presente criterio de responsabilidad en otro punto de su comentario al Juvenciano en D.5.3.31.3-4, cuando dice:

Sicut autem sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpa huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subiectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est. 4. Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri et non eos convenit, cum actionem non habuerit. (Pero así como deduce el gasto que hizo, así sí debió hacerlo, y no lo hizo, será responsable de esta culpa, si no es poseedor de buena fe; porque entonces, puesto que desatendió la cosa cual si fuera propia, no está sujeto a ninguna querrela antes de la petición de herencia, pero después también es poseedor de mala fe. 4. Ciertamente no puede culparse al poseedor de mala fe, porque permitió que los deudores se exentasen y se hicieran más pobres, y no los demandó, cuando no hubiere tenido acción).

⁶⁶ Esta interpretación se fundamenta en la aclaración contenida en el esolio 5 a *Bas.* 42.1.25, que proponemos en la traducción al latín de la edición Heimbach: *... tunc enim actiones hereditarias, quae temporales essent, intendere poterat, et cum eas intendere posset, merito ei imputatur, cur eas non intenderit. Haec autem dico de malae fidei possessore ...*

⁶⁷ Así LENEL, Otto, "Textkritische Miscellen" in *ZSS* (1918), 39, p. 151; BESELER, *Beitraege* cit., 4, p. 38; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 188 y 189; SCHWARZ, "Studien zur *Hereditatis Petitio*" cit., p. 316, nt. 160; KASER, "Besitz und Verschulden..." cit., p. 122, idea que permanece en "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 123, nt. 176.

⁶⁸ Cfr. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 208; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis Petitio* cit., p. 325.

De lo que debía el poseedor podían deducirse los gastos efectuados para el mantenimiento de las cosas hereditarias (*sicut autem sumptum quem fecit deducit*), pero si no los había efectuado, mientras que debía haberlo hecho (*ita si facere debuit nec fecit*), esto venía atribuido a su culpa, a menos que no fuera poseedor de buena fe (*culpa huius reddat rationem, nisi boane fidei possessor est*), porque en tal caso es como si hubiera sido negligente hacia una cosa propia, no debiendo por esto depender de ninguna acción antes de la petición de herencia (*tunc enim - ante petitam hereditatem*). Ciertamente después del ejercicio de esta última, éste se transforma también en poseedor de mala fe (*postea vero et ipse praedo est*). A tal poseedor no puede por el contrario imputarse el hecho de haber permitido a los deudores, no demandándolos en juicio, de cumplir frente a los terceros y de transformarse por ello en más pobre, ya que no tenía acción en contra de ellos (*illud plane praedoni imputari non potest - cum actionem non habuerit*).

Si bien romanistas con gran prestigio han considerado la alteración sustancial del texto, hoy prevalece la idea de su contenido clásico.⁶⁹

Es de destacar que la aplicación del criterio de la culpa se encuentra en un *non facere*, porque el poseedor de mala fe es responsable por el deterioro de la cosa que se haya dado por no haber cumplido los gastos necesarios para su mantenimiento *ante litem contestatam*. La frase mencionada al final del §3 *postea vero et ipse praedo est* indica simplemente, como ha observado Schipani,⁷⁰ que la equiparación del poseedor de buena fe al *praedo* posterior a la *litis contestatio* es limitada únicamente a la responsabilidad por dolo o culpa relativa a los gastos que deben efectuarse sobre las cosas hereditarias poseídas.

⁶⁹ Por la alteración sustancial son los siguientes autores: BESELER, *Beitraege* cit., p. 17; RICCOBONO, Salvatore, "La dottrina generale del compenso di spese fatte su cosa altrui", *Annali seminario giuridico dell'Università di Palermo (AUPA)* (1917), 3-4, p. 379; KUNKEL, Wolfgang, "Diligentia", *ZSS* (1925), 45, p. 322; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 188 y 189; KASER, "Besitz und Verschulden..." cit., p. 120, el cual después cambia opinión en "Nochmals ueber Besitz..." cit., p. 123, nt. 178. Favorables al contenido clásico son: NARDI, Enzo, "Testi in origine relativi alla retensione?", *Scritti in onore di Contardo Ferrini* (1947), 1, p. 361; DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérité* cit., p. 150; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 147 a 149; STURM, *recensión a SCHIPANI, op. cit.*, p. 445; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., p. 325.

⁷⁰ SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 153, referencias también en STURM, *recensión a SCHIPANI, op. cit.*, p. 445.

El § 4 se entiende a la luz del criterio *hoc utique si exigere potuit*, expuesto en D.5.3.25.2: al poseedor de mala fe, que no tenía acción en contra de los deudores, no puede imputarse la responsabilidad por los créditos que los deudores no están en grado de satisfacer, habiendo mientras tanto proveído a cumplir frente a los terceros y convirtiéndose por ello en insolventes.

Un llamado a la culpa se encuentra también en un pasaje de Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.19.2:

Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si iuraverat defunctus petitoris rem non esse et decesserit, debent hae quoque restitui. immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere. (Van también a la petición de herencia aquellas cosas sobre las que el poseedor tuvo la retención, pero no también la petición; por ejemplo, si el difunto había jurado que la cosa no era del demandante, y hubiere fallecido, también estas cosas deben ser restituidas. Antes bien, aun si el poseedor las hubiere perdido por su culpa, estará obligado por este concepto. Y lo mismo será también respecto al poseedor de mala fe, aunque éste no se halle obligado por la culpa, porque éste ni debe retener estas cosas).

En el fragmento dedicado a la exposición de las cosas que el heredero podía exigir con la petición de herencia, el jurista afirma que en el contenido de tal acción se incluían también aquellas cosas en que el poseedor había tenido la retención, pero no el derecho de reivindicar en juicio (*veniunt et hae res - non etiam petitionem*), indicándose el ejemplo de la cosa que poseía el difunto, el cual, antes de morir, en el transcurso de un procedimiento de reivindicación, había jurado que tal no pertenecía al actor⁷¹ (*veluti si iuraverat - et decesserit*); así también tal cosa formaba parte del *restituere* a cargo del poseedor de la herencia (*debent hae quoque restitui*). Con mayor razón, si él la hubiera perdido por culpa, era responsable por tal pérdida (*immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine*).

⁷¹ Sobre tal juramento se renvía a AMIRANTE, Luigi, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae* (Napoli, Jovene, 1954), pp. 1 a 213.

El mismo régimen vale también para el *praedo*, si bien tal no respondiera por culpa, porque no habría debido ni siquiera retener aquella cosa (*idemque erit - has res retinere*).

Longo, aceptando la posición de Beseler, ve una modificación sustancial del texto,⁷² porque en tal, hablando de forma general del *possessor* sin especificar si fuera de buena o mala fe, se afirma que la petición de herencia puede servir para pedir las cosas que no se encuentran ya en las manos del demandado, pero que el mismo ha perdido con culpa, a diferencia del Juvenciano, donde la responsabilidad por la pérdida de la posesión solamente es posible en el caso del *praedo*.

Según nuestra opinión no existe contraposición entre las disposiciones del senadoconsulto y D.5.3.19.2, ya que se trata de dos diferentes cuestiones. Mientras en el primer caso el actor, en cuanto heredero, era el titular de las cosas hereditarias, en el segundo, contrariamente no lo es, como tampoco lo era el *de cuius*, desde el momento que las mismas no pertenecen a la herencia, justificándose así una solución en sentido diferente. El §3 se entiende en la óptica general de D.5.3.19: en el pr. se dice que el heredero puede pedir con la petición de herencia al poseedor las cosas dadas en prenda o dadas en comodato al difunto o depositadas a él, que después debía restituir a los efectivos propietarios, causando sobre él el riesgo de una eventual pérdida;⁷³ en el §3 se extienden así sus derechos de pretensión en confrontación del poseedor también por aquellas cosas incluidas en la herencia, que no pertenecían al *de cuius*, pero que formaban objeto de un *ius retentionis*. Y por ello, en el caso en que estas últimas se hubieran perdido por culpa del poseedor, surgía a su cargo una responsabilidad, porque, si bien no siendo bienes de propiedad del *de cuius*, se encontraban incluidas en su patrimonio.

⁷² LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 186 a 187; BESELER, *Beitraege...* cit., pp. 13 a 14.

⁷³ (*In hoc iudicium - la petición de herencia - venire*) ... *et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve* ... (En este juicio —la petición de herencia— viene ... y no solamente las cosas corpóreas de la herencia, sino también las que no son de la herencia, pero cuyo riesgo pertenece al heredero, como las cosas dadas en prenda al difunto, o prestadas o depositadas...).

En doctrina la última frase del texto (*idemque erit - res retinere*) es considerada incomprensible;⁷⁴ así Longo sobre el presupuesto que Paulo se estaba ocupando del elemento objetivo de la acción, considera cualquier aspecto del espíritu del poseedor más allá del hilo lógico de su razón; pero esta posición resulta difícil de aceptar, porque como puede observarse, el elemento subjetivo tomado en consideración (la buena o mala fe del poseedor) no produce un cambio en el contenido de su responsabilidad, siendo en cualquier modo obligado con la acción. El *praedo*, si ya tiene la posesión de la herencia sin una causa jurídica, mucho menos debería tener la retención de las cosas que, no perteneciendo a la misma, se encuentran comprendidas; por esto es responsable de su pérdida *quia nec hic debet has res retinere*.

El criterio de la culpa es considerado por Paulo sobre todo respecto al poseedor de buena fe, porque éste solamente tiene un título para tener la retención de las cosas que se encuentran en la herencia, pero que no forman necesariamente parte de la misma. El poseedor de mala fe responde por el contrario en cualquier caso, también si el fundamento del *restituere* no está necesariamente basado en el criterio subjetivo de responsabilidad, sino en el hecho que el mismo no tenía ni siquiera el derecho de retener aquellas cosas.

Aceptando el carácter sustancial de D.5.3.19.2 y considerándolo a la luz de la problemática tratada en el entero fragmento, se puede llegar a la siguiente conclusión de orden más general. La culpa, como criterio de responsabilidad por la pérdida de las cosas que van restituidas una vez ejercitada la petición de herencia por parte del heredero, se aplica también respecto a aquellas que se encuentran en el patrimonio del difunto, pero que no le pertenecen, o porque forman momentáneamente parte en virtud de las relaciones obligatorias y el riesgo de su falta de restitución correspondería al heredero, o porque son comprendidas con base en un derecho de retención del mismo difunto.

Otro problema en materia de responsabilidad por culpa del poseedor se encuentra todavía en un fragmento de Paulo, *libro trigésimo secundo ad edictum*, D.5.3.36.2 en el que se afirma:

⁷⁴ APPLETON, "Le vrai et le faux Sénatus-consulte Juvénien" cit., p. 652; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., p. 187; DÉNOYER, *Le défendeur à la pétition d'hérité privée...* cit., p. 45, nt. 26; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 206, nt. 6.

Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus. nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem. (Si el poseedor hubiera matado un esclavo de la herencia, también se comprenderá esto en la petición de la herencia. Pero dice Pomponio, que el actor debe elegir, si quiere que a su favor sea aquél condenado, luego que él dé caución de que no ejercitará la acción de la ley Aquilia, o si prefiere tener íntegra la acción de la ley Aquilia, habiendo prescindido el juez de la tasación de la cosa. Cuya elección tiene lugar, si el esclavo haya sido muerto antes de adida la herencia; porque si lo fue después, la acción se hizo propia de él mismo, y no estará comprendida en la petición de la herencia).

El jurista considera que el poseedor es responsable con base en la petición de herencia del hecho de haber matado un esclavo de la *hereditas* (*si possessor-veniet*), y al respecto presenta la posición de Pomponio, que sobre tal problema propone dos alternativas: la primera, que el poseedor sea condenado con la petición de herencia, siempre que el actor dé una garantía que no ejercitará la acción *ex lege Aquilia*; la segunda, que el actor conserve integralmente esta última acción prescindiendo de la determinación del valor del esclavo hecha por el juez (*sed Pomponius ait - rei aestimatione a iudice*). Paulo menciona además que esta opción tiene lugar si el mismo haya sido matado antes de la *aditio* de la herencia (*quae electio-occisus sit servus*), mientras, si esto haya sucedido después, el derecho de ejercitar la acción se da al mismo heredero, no entrando en la petición de herencia⁷⁵ (*nam si postea - in hereditatis petitionem*).

⁷⁵ Respecto al texto examinado *cfr.* BESELER, *Beitraege...* cit., p. 20 y en "Miscellanea", ZSS (1924), 44, pp. 366 a 367, que lo considera interpolado con la eliminación de la referencia a la posibilidad de opción de las acciones, porque, incluyendo, según D.5.3.20.4 (pero que no obstante es un pasaje de ULPIANO y no de PAULO), la petición de herencia *omnes hereditarias actiones*, la *cautio* resultaría superflua e injustificada en el ejercicio de la misma petición; en el mismo sentido CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem* cit., p. 237; pero, como podemos ver, estos elementos tienen importancia en las palabras del jurista, y además la

El problema tiene importancia para nuestros fines porque, como es notorio, para la responsabilidad aquiliana, al menos ya desde el siglo I d. C, el demandado (que en este caso es poseedor de la herencia), podía haber efectuado el hecho ilícito bien sea con dolo que con culpa. En el pasaje no se especifica el tipo de poseedor autor del daño, pero, según nuestra opinión, únicamente se puede referir al poseedor de mala fe, porque como hemos visto, para quien actúa en buena fe no opera el criterio de culpa, en cuanto que *quasi suam rem neglexit*, siendo él responsable únicamente de su enriquecimiento. En el caso que el *praedo* con base en su culpa mata al esclavo hereditario, en contra de él pueden ejercitarse o la *petitio hereditatis* o la acción con base en la *lex Aquilia* a las condiciones indicadas por Pomponio.

Interesante nos parece la precisión final de Paulo, que admite la alternativa de las acciones únicamente cuando el esclavo venga matado antes de la aceptación, basándose su razonamiento en el hecho que, después de la *aditio*, el daño se considera ocasionado en el patrimonio del heredero y no más sobre el *de cuius*, con la facultad reconocida al mismo, de actuar con la acción de la ley Aquilia excluyéndose así la petición de herencia. Tal precisión representa, según nuestra opinión, una ventaja por parte de Paulo a la posición de Pomponio, el cual en el ofrecer al heredero la opción de las dos acciones, prescindía de la aceptación o no de la herencia, proponiendo idóneos remedios y evitar la acumulación de acciones.

VII. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL QUE HA DEJADO DE POSEER (*DOLUS DESINENS POSSIDERE*) ESTABLECIDA EN EL JUVENCIANO HA SIDO TAMBIÉN APLICADA EN LA *REIVINDICATIO* COMO SE PUEDE RECONSTRUIR CON BASE EN D.6.1.27.3

La cuestión que se entiende afrontar aquí se basa en un texto de Paulo, libro *vicensimo primo ad edictum*, D.6.1.27.3, cuyo contenido clásico

garantía es necesaria porque de forma diferente el juez no habría tenido la facultad de rechazar al actor en el caso de la acción aquiliana. Sobre la clasicidad del concurso: PETERS, Hans, "Generelle und spezielle Aktionen", ZSS (1911), 32, p. 296; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 129 a 131; DÉNOYER, *Le défendeur à la pétition...*cit., p. 48; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...*cit., pp. 145 a 147; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., pp. 325 a 326.

co se ha dudado por parte de la doctrina.⁷⁶ En tal pasaje se admite la posibilidad del ejercicio de la *rei vindicatio* en contra del demandado que haya dolosamente dejado la posesión antes de la *litis contestatio*, así como sucedía respecto a la petición de herencia gracias al Juvenciano:

Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolo praeteritus in hereditatis petitionem veniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolo praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. (Pero también está obligado por la acción real el que antes de contestada la demanda dejó con dolo de poseer la cosa; y esto puede colegirse del senadoconsulto en que se previno, como hemos dicho, que se comprenda en la petición de herencia el dolo pasado. Porque comprendiéndose el dolo pasado en la petición de herencia, que es también una acción real, no es absurdo que por consecuencia se deduzca el dolo pasado también en la acción real singular).

El demandado que *ante litem contestatam* ha cesado de poseer con dolo la cosa, es obligado con base en la acción real, en el caso de la *rei vindicatio*, derivándose tal consecuencia de nuestro senadoconsulto, en el que se da relieve, a fines de la petición de herencia, a este tipo de dolo (*idque ex senatus consulto - in hereditatis petitionem veniat*). No era por ello de considerarse absurdo que la importancia de una acción *in rem* general, como era el caso de la petición de herencia, fuera extendiéndose a una acción especial que comparte la misma naturaleza (*cum ...in hereditatis petitione - et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci*).

Los argumentos adoptados en contra de la genuinidad del pasaje son formales y sustanciales; respecto a los primeros Albanese⁷⁷ des-

⁷⁶ Así por ejemplo, BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano. La proprietà* (Ristampa della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifó, Milano, Giuffrè, 1968), p. 402, nt. 2; MARRONE, Matteo, *La Legittimazione passiva alla rei vindicatio* (Palermo, Manfredi, 1970), p. 175, nt. 322; ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 403, nt. 54.

⁷⁷ Citado en la nota anterior.

taca lo absurdo de la actual estructura del texto, ya que en su opinión, se comienza con la afirmación *qui dolo desiit possidere tenetur in rem actione*, mientras que después, tratando de justificarse, manifiesta, con cierta duda, que esta solución *colligi potest* al régimen del Juvenciano; y al final llega a la conclusión que el argumento tomado del Juvenciano *non est absurdum*. Así se pasaría de la certeza a la duda, y de la duda a la incerteza. En un discurso de Paulo —observa el romanista— la forma de argumentar sería diferente. Tal crítica sin embargo, según nuestra modesta opinión, parece difícil de aceptar, porque la primera afirmación de Paulo, donde se demuestra la certeza, podría corresponder a una posición del jurista, pero, encontrándose el fundamento de la misma en una materia diferente a la que se está ocupando, el término *non est absurdum* resulta necesario por su argumentación, en cuanto que en este modo explica las palabras de inicio; desde el momento que la petición de herencia tiene una naturaleza similar a la *rei vindicatio* en cuanto que ambas son acciones reales, la aplicación a esta última de un principio que corresponde a la primera acción no parece extraña ni poco lógica.

Respecto a los argumentos sustanciales contrarios a la clasicidad del texto se menciona:

- 1) En un texto de Furio Anthiano, *libro primo ad edictum*, D.6.1.80, en la parte inicial se menciona: *in rem actionem pati non compellimur* (no somos compelidos a soportar una acción real). La formulación de este principio se debe, según el parecer del jurista, del hecho que es lícito a cada uno decir que no posee, así que si el actor pudiera demostrar que el adversario se encuentra en posesión de la cosa, transferiría asimismo la posesión por medio del juez, cuando no hubiera demostrado de ser propietario;⁷⁸

⁷⁸ El texto completo es el siguiente: *In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.* (No somos compelidos a soportar una acción real, porque a cualquiera es lícito decir que él no posee; pero de suerte, que si el adversario pudiera convencer de que la cosa era poseída por la parte contraria, transfiera a sí la posesión por medio del juez, aunque no hubiere probado que la cosa es suya). Las sospechas de intervención compilatoria no dudan de la parte inicial: cfr. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* cit., p. 167 (con mayor bibliografía al respecto en la nt. 101); KASER, "Nochmals ueber Besitz..." cit., p. 111 y SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 108 a 109.

- 2) Un texto de Ulpiano, *libro septuagensimo ad edictum*, D.50.17.156.pr dice: *invitus nemo rem cogitur defendere* (Nadie es obligado a defender contra su voluntad una cosa).⁷⁹

Pero contra los argumentos que acabamos de presentar se han realizado precisiones por parte de autores de gran prestigio.⁸⁰

- A. El principio *in rem actionem pati non compellimur* se limita a excluir la posibilidad de actuar con la *rei vindicatio* en contra del demandado que no cumpla voluntariamente la *litis contestatio*. Como sucede en la petición de herencia, la rebeldía o la *indefensio* del demandado en la *rei vindicatio* producen la consecuencia que el actor pueda devenir poseedor de la cosa que se pide, aplicándose así la regla general mencionada en D.6.1.80 y D.50.17.156 pr., que constituye uno de los puntos cardinales de la distinción entre *actiones in rem e in personam*.⁸¹
- B. El demandado, que *ante litem contestatam* deja con dolo la posesión, puede haber tenido interés en cumplir la *litis contestatio*. Es verdad que el problema del *dolus praeteritus* en la petición de herencia asume mayor importancia cuando se ha dado la *litis contestatio*, porque en el mismo modo que en la *rei vindicatio*, el demandado no puede ser constreñido a sufrir el ejercicio de la acción; pero puede presentarse la hipótesis, como observa Schipani,⁸² que el mismo demandado, que *ante*

⁷⁹ El pasaje se inserta con probabilidad en el texto del comentario edictal al *interdictum quem fundum*, como afirma LENEL, *Palingenesia* cit., 2, p. 822, y acepta PROVERA, *Il principio del contraddittorio* cit., p. 167 e "*Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*", *Studi in Onore di Giuseppe Grosso* (1974), 6, p. 214. Para la reconstrucción de tal edicto ver LENEL, *Das Edictum Perpetuum* cit., pp. 474 a 475.

⁸⁰ SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...* cit., pp. 107 a 112; KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 111.

⁸¹ Mientras en la *petitio hereditatis* el actor puede, con base en el *interdictum quem hereditatem*, constreñir al demandado a *se defendere*, en la *rei vindicatio* vemos que desempeñan esta función la *actio ad exhibendum* y el *interdictum quem fundum*.

⁸² SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...* cit., p. 111; también MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio* cit., p. 175, considera que pueda verificarse que el *qui dolo desiit possidere*, demandado con la reivindicación; en lugar de abandonar la cosa, acepte de defender la cosa, y por tanto si se instaurara la controversia de reivindicación, en tal modo, en su opinión, se habría efectuado la hipótesis del que se ofrece a la controversia.

litem contestatam dolo desiit possidere, pueda cumplir la *litis contestatio* y así constreñir al actor a demostrar en sede de *rei vindicatio* el propio derecho, un requisito que en la *actio ad exhibendum* o en el *interdictum quem fundum*, si también podía requerirse, no debía ser tan rígido.⁸³

Esta hipótesis unifica las posiciones del que *ante litem contestatam dolo desinere possidere* y del *liti se offerre*, porque en los dos casos, si bien falta la posesión, se dio la *litis contestatio*. Esto puede ser demostrado en materia de petición de herencia desde el principio como hemos visto, el principio *dolus pro possessione est*, puesto en relación por parte de los juristas romanos a la *oblatio liti*, consistiendo en el hecho que el demandado, que no tiene ya la posesión, acepta la *litis contestatio*. Una perspectiva en tal sentido no significa una confusión de terminología entre los dos conceptos de *dolo desinere possidere* y *liti se offerre*, porque como es notorio, en este segundo caso no es necesario que el demandado haya sido poseedor de la cosa, también si no se excluye que lo haya sido antes de la *litis contestatio*. Los dos criterios mencionados desempeñan según nuestra opinión un papel determinante en quitarle eficacia a los argumentos sustanciales contrarios a la clasicidad de lo mencionado en D.6.1.27.3.

Además podemos presentar otra precisión relacionada con el texto mencionado, que requiere un análisis profundo en virtud de la importancia que asume en nuestra investigación. Se ha afirmado que no todos los casos en que el demandado, que no posee, cumple la *litis contestatio* constituirían hipótesis de *liti se offerre*. Tal conclusión viene deducida de otro texto de Ulpiano, *libro septuagensimo ad edictum*, D.6.1.25, cuya lectura va precedida de una breve premisa. El poseedor que ha abandonado la cosa (con o sin dolo) no puede ser ciertamente constreñido a sufrir la *rei vindicatio*, así como la *petitio hereditatis*, aceptando la *litis contestatio*, sino que con la finalidad de configurar un *liti se offerre* eventualmente también sin el

Como trataremos de demostrar al concluir la presente investigación, estos dos aspectos se pueden relacionar entre ellos.

⁸³ A este respecto v.g. ULPIANO, *libro vicensimo quarto ad edictum*, D.10.4.3.1: *Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.* (El que ejercita la acción de exhibición, no dice ciertamente que él sea dueño, ni debe probarlo, porque hay muchas causas para pedir la exhibición).

requisito del dolo, tal aceptación se convierte en necesaria; veamos ahora el contenido de D.6.1.25:

Is qui se optulit rei defensionis sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. sed hoc post litem contestatam: ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse qui discessit. (El que sin causa se presentó a la defensa de una cosa, no poseyéndola, ni habiendo hecho con dolo de modo que no poseyera, si el actor lo ignorase, no ha de ser absuelto, como dice Marcelo; cuya opinión es verdadera. Pero esto, después de contestada la demanda; porque antes de aceptado el juicio no engaña al actor el que niega que posee, cuando verdaderamente no poseyera; y tampoco se considera que se opuso en un litigio el que se apartó de él).

Según la opinión de Marcelo, aceptada por Ulpiano, el demandado que sin causa ha asumido la *defensio rei* no poseyendo, ni habiendo con dolo cesado de poseer, no deberá ser absuelto, si el actor lo ignora (*is qui se optulit - non est absolvendus*). Pero tal consecuencia se verifica después de la *litis contestatio* (*sed hoc post litem contestatam*), así, antes de la presente etapa procesal, cuando niega de poseer no engaña al actor, cuando realmente no posee (*ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret*), ni se considera que haya asumido la controversia la persona que se haya ido (*nec videtur se liti optulisse qui discessit*).

Este texto ha sido entendido por la doctrina de diferentes formas; así Albanese⁸⁴ ha interpretado la primera parte en el sentido que no constituye *indefensio* el comportamiento de un no poseedor que, en la ignorancia del actor (y por ello para engañarlo), se ofrezca a la defensa, esto es, garantice con la *cautio* (*iudicatum solvi*) y proceda a la *litis contestatio*; en tal caso el demandado, que no era un *indefensus*, debería ser condenado con la *actio ex stipulatu*. En la parte siguiente se contenía la precisión del jurista tardo-clásico, según el cual era diferente la situación de quien sin dolo era demandado, no poseía y

⁸⁴ ALBANESE, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo* cit., p. 399; mencionado también por TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti" cit., p. 173.

no aceptaba la *defensio* y la *litis contestatio*; en tal eventualidad al actor le correspondía el *interdictum quem fundum*, transformándose el demandado en un *indefensus*, pero no en un *liti se offerens*.

La posición mencionada, según el pensamiento del mismo Albanese que hemos visto *supra*, § 4.1, se basa en el presupuesto que i termini *non est absolvendus* corresponda a la *actio ex stipulatu*, fundamentada en la *clausula doli*.⁸⁵ Criticando tal posición Talamanca,⁸⁶ si bien no se opone al hecho que el texto vaya explicado en el ámbito del problema de la *indefensio*, hace notar que, si la acción dependiese de la *stipulatio*, no tendría sentido distinguir (como se hace en D.6.1.25) entre el comportamiento irregular del demandado antes y después de la *litis contestatio*, mientras que la distinción presenta ciertamente significado para la reivindicación. Tal romanista piensa en la hipótesis de un malicioso litigante que da la garantía sin ser poseedor, pero después se retira y argumenta su cualidad de no poseedor para evitar la *litis contestatio*.

Según nosotros D.6.1.25 puede ser explicado en otro modo; el problema se refiere al ejercicio de la *rei vindicatio* en el caso del demandado que haya cesado de poseer, como puede demostrar su colocación en la compilación justiniana. En la primera parte (*is qui optulit-post litem contestatam*) se presupone el cumplimiento de la *litis contestatio*, explicando así por qué Ulpiano dice *sed hoc post litem contestatam*. El demandado no posee y no ha abandonado con dolo la posesión, pero igualmente la ha aceptado, y por ello es un *liti se offerens*. El ejercicio de la *actio ex stipulatu* no corresponde a la presente especie, porque como considera Talamanca,⁸⁷ la referencia a Marcelo y la anotación *quae sententia vera est* difícilmente podría justificarse, si Ulpiano tomase en consideración simplemente la responsabilidad del *liti se offerens* con base en la *actio ex stipulatu*, originada en la *cautio iudicatum solvi*, responsabilidad sobre la que no se tenían dudas a partir de Sabino (*cfr.* D.4.3.39 citado *supra*, §4.3).

En la segunda parte del texto (*ceterum...qui discessit*) Ulpiano presenta el caso opuesto donde falta un comportamiento doloso (*non*

⁸⁵ "Rei vindicatio." cit., p. 533.

⁸⁶ TALAMANCA, "Osservazioni..." cit., p. 150 y "Note sulla oblatio liti" cit., pp. 185 y 186, nt. 47.

⁸⁷ TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti", cit., p. 173.

decipit actorem) por parte de quien *ante iudicium acceptum* niegue ser poseedor y no lo sea efectivamente, no configurándose así tal situación como un *liti se offerre* (*nec videtur se liti optulisse*) e impidiendo consecuentemente el ejercicio de la *rei vindicatio*.

Según nuestra opinión en D.6.1.25 no se demuestra necesariamente como se ha pensado,⁸⁸ que no todos los casos en que el demandado, que no posee, cumple la *litis contestatio*, constituyen hipótesis de *liti se offerre*, porque al inicio del texto se hace mención explícita a *is qui se optulit*, implicando con esto ciertamente la existencia de una *oblatio liti*, pero con la diferencia que tal no se realiza por causa de dolo, como hemos visto hasta este momento. Sobre las probables razones, que entonces habrían podido empujar al demandado a aceptar la controversia, nos parece posible la explicación ya realizada,⁸⁹ según la cual en tal modo el demandado constreñía al actor a demostrar el propio derecho en sede de *rei vindicatio*.

En conclusión, a los fines de nuestra investigación D.6.1.25 representa una confirmación que el demandado, el cual ya no posee la cosa, pero *liti se optulit* se encuentra obligado con base en *rei vindicatio*, teniendo como presupuesto la aceptación de la *litis contestatio*, así como sucede en D.6.1.27.3. Si Marcelo y Ulpiano en D.6.1.25 consideraban esta posibilidad, no vemos razones válidas para negar la incorporación de la persecución del dolo en la *rei vindicatio* por parte de Paulo en D.6.1.27.3, fundamentándose la comparación entre esta última *actio* y la *petitio hereditatis* por su propia naturaleza real que comparten ambas. Además de esto debemos recordar que el Juvenciano en origen correspondía a una *vindicatio caducorum*, por esto *non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci*.

VIII. EL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEMANDADO QUE DE FORMA DOLOSA HA HECHO DE MODO DE NO POSEER

Ahora que hemos llegado a este punto de la investigación, nos podemos cuestionar sobre las consecuencias de la pérdida dolosa de la

posesión de la cosa por parte del demandado en una petición de herencia. A este respecto tiene validez el principio general que se encuentra en Ulpiano, *libro quinquagensimo primo ad edictum*, D.6.1.68 en referencia a la *rei vindicatio*, en la que se dice:

Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est ... haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet. (El que habiéndosele mandado que restituyera no obedece al juez, sosteniendo que no puede restituir, si verdaderamente tuviera la cosa, por ministerio del juez que se transfiere de él la posesión a mano armada, y se hace la condena tan sólo por razón de los frutos y de toda otra causa de utilidades. Pero si no puede restituir, si es que con dolo hizo que no pudiera, ha de ser condenado en cuanto el adversario hubiere jurado para el pleito, sin tasación alguna, hasta lo infinito... Esta resolución es general, y tiene aplicación para todo, ya sean interdictos, ya acciones reales, o personales, en virtud de lo que se restituye alguna cosa por sentencia arbitral del juez).

No interesa en la presente sede la primera frase del pasaje con la evidente interpolación reconocida por todos de la referencia a la intervención *manu militari* para constreñir al demandado a restituir la posesión de la cosa al actor que reivindica (*si quidem condemnatio fit*). Importante por el contrario nos parece la segunda parte relativa a las consecuencias referidas al poseedor, que no puede obedecer a la orden de restituir del juez, porque con dolo ha dejado de poseer (*si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit...*). Tal es condenado a pagar al actor lo que él hubiere jurado que consistía el valor de la cosa sin alguna limitación (*is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est*). Esta solución es declarada ser de carácter general y aplicable a todas las acciones reales, personales e interdictos que contenían una cláusula restitutoria (*haec sententia generalis est-locum habet*).

⁸⁸ SCHIPANI, *Responsabilidad del convenuto...* cit., p. 111.

⁸⁹ SCHIPANI, *op. cit.*, p. 111.

En la disposición del Juvenciano referida en el §6c de D.5.3.20 se establece el *quantum*, debido por el poseedor *qui dolo desiit possidere* al actor con las palabras *perinde condemnandos, quasi possiderent*.⁹⁰ Esta equiparación, a los fines de la condena, entre efectivo poseedor y quien por el propio dolo ha dejado de poseer, la encontramos en Ulpiano con referencia también a otros remedios procesales⁹¹ y en Paolo.⁹²

El valor del *quantum*, al cual es responsable quien haya con dolo abandonado la posesión, se determina según el *iusiurandum in litem*, como ha sido dicho por Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.10, en el comentario a la disposición del Juvenciano aquí examinada:

Haec verba senatus consulti etiam adversus eum qui non possidet iusiurandum inducunt: tam enim adversus eum qui dolo fecit quo minus possideat quam adversus possidentem in litem iuratur. (Según las expresiones del senadoconsulto el petitor puede dar juramento también en contra del que posee; ya que el juramento *in litem* se presenta bien sea en contra de quien con dolo hace en modo de ya no poseer, así como en contra del poseedor).

Las palabras del senadoconsulto *perinde condemnandos, quasi possiderent* tienen como presupuesto el *iusiurandum in litem* también en contra de quien ya no posee (*etiam adversus eum qui non possidet iusiurandum inducunt*), desde el momento que, para establecer el valor de la cosa poseída, se jura bien sea en contra de este último así como en contra del poseedor (*tam...adversus eum qui dolo fecit quo minus possideat quam adversus possidentem in litem iuratur*). Vemos así operar el mismo criterio afirmado en D.6.1.68.

⁹⁰ Según DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., pp. 110 a 112, el entero contenido de la disposición del Juvenciano en D.5.3.20.6c se resumiría en el *quantum* que debe restituir el demandado que ya no posee; pero de la síntesis expuesta en el próximo párrafo veremos cómo tal visión se presenta demasiado estrecha.

⁹¹ Como el interdicto *quod vi aut clam*, en el libro *septuagensimo primo ad edictum*, D.43.24.15.10: *eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset*; o el interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fia*, en el libro *sexagensimo octavo ad edictum*, D.50.17.150 (D.43.8.2.42): *Parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet*.

⁹² PAOLO, *libro vicesimo secundo ad edictum*, D.50.17.131: *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, qui pro possessione dolus est*.

Como hemos dicho al inicio de la investigación, el principio *dolus pro possessione est* puede haber tenido aplicación antes o después de la *litis contestatio*, pero, como en el presente pasaje Ulpiano hace una referencia precisa a la cláusula del senadoconsulto en D.5.3.20.6c que corresponde a la pérdida de la posesión antes de la *litis contestatio*, es lógico pensar que él entienda referirse al *dolus praeteritus*, como recuerda también en D.5.3.25.2.⁹³ En tal modo la no restitución de la cosa hace surgir una responsabilidad del demandado en la cantidad establecida mediante juramento, cuyo monto, como sabemos, puede ser superior al valor de la *res*,⁹⁴ sin necesidad de una *taxatio* judicial: *sine ulla taxatione in infinitum iuraverit*.

Ciertamente la aplicación del *iusiurandum in litem* en la petición de herencia es fundamentada en la cláusula restitutoria que se encuentra en la fórmula, y el demandado, el cual *dolo fecit quo minus possideat*, es considerado al mismo modo que del poseedor en el momento en que no cumple a la sentencia de *restituere* pronunciada por el juez.⁹⁵

IX. LA APORTACIÓN DEL JUVENCIANO A LA PRESENTE MATERIA

Según Di Paola,⁹⁶ interpretar la disposición del senadoconsulto en D.5.3.20.6c, en el sentido que con tal se viene a admitir por la primera vez la legitimación pasiva de quien *dolo desiit possidere*, significa admitir como dato seguro aquel presupuesto que por el contrario el Juvenciano debería demostrar, esto es, la necesidad, antes de la emanación del senadoconsulto, de poseer las *res hereditariae* para ser pasivamente legitimado a la petición de herencia.

⁹³ Así PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* cit., pp. 30 a 31.

⁹⁴ ULPIANO, *libro quinquagensimo primo ad Sabinum*, D.12.3.1: *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.* (No creemos que una cosa deducida en juicio pueda de más valorarse, porque la condena puede crecer por la rebeldía de quien no restituye por el juramento *in litem*; pero la cosa no se hace mejor, sino que por la contumacia se valúa más allá de su precio).

⁹⁵ Sobre este problema cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit., p. 177; CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem* cit., pp. 280 a 292; PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* cit., pp. 29 a 31.

⁹⁶ DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., pp. 110 a 112.

Ya desde antes del 129 d. C (periodo de emanación del senadoconsulto), había dejado de ser necesario el requisito de la posesión de las cosas hereditarias para que el demandado pudiera ser legitimado pasivo al ejercicio de la acción, porque como demuestran ciertos pasajes de juristas anteriores (D.5.3.18.pr),⁹⁷ el actor podía exigir en lugar de las cosas hereditarias, el precio recibido por la venta de las mismas, y tal principio encuentra confirmación en la cláusula del senadoconsulto contenida en D.5.3.20.6b. El demandado debía poseer la herencia o su subrogado, pero después la emanación del ordenamiento del senado de manera excepcional (D.5.3.9) es posible que quien no tiene la cosa por su propio dolo pueda ser legitimado pasivo al ejercicio de la acción; en tal modo el titular de la herencia (fisco o heredero) podía atacar un comportamiento valuable bajo la esfera del ilícito, que impedía al actor la defensa judicial del propio derecho.

La aplicación del principio *dolus pro possessione est* en la *petitio hereditatis* no se encontraba en contraste con aquel que en el caso de las acciones reales *invitus nemo rem cogitur defendere* (D.6.1.80 y D.50.17.156pr, que ocasionaba que el demandado rebelde o *indefensus* perdiera la posesión de las cosas hereditarias); sino, al contrario, porque si con dolo no tenía ya la posesión, como era legitimado al ejercicio de la acción sufría la *missio in bona* y la *bonorum venditio* (D.42.4.7.18).

La esfera de aplicación del principio *dolus pro possessione est* podía referirse a la fase anterior o posterior de la *litis contestatio*, pero con específica referencia al Juvenciano ha sido considerada únicamente la primera hipótesis (cláusula del § 6c del senadoconsulto y D.5.3.25.2). La jurisprudencia sin embargo, examina también la situación del poseedor que *dolo desiit possidere*, que acepta igualmente la *litis contestatio* (D.5.3.13.13 y D.5.3.45), configurándose así una especie de *liti se offerre*, como puede demostrarse del hecho que en el siguiente §14 de D.5.3.13 Ulpiano afirma: *item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur*.

⁹⁷ *Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. sed Labeo putat eum teneri...* (Igualmente es necesario examinar si el poseedor de una herencia que haya hecho la venta por medio de un banquero y haya perdido el dinero que tenía, pueda ser obligado a la petición de herencia, porque nada tiene ni puede conseguir. Pero Labeón piensa que se encuentra obligado).

El problema del *dolus pro possessione est* es ciertamente diferente al del *liti se offerre*, porque como se observa en D.6.1.25, aceptar la *litis contestatio* sin tener la posesión no presupone necesariamente el dolo; además que la responsabilidad de quien haya con dolo perdido la posesión es anterior a la *litis contestatio*, realizándose así una situación diferente del *liti se offerre*, que encuentra su fundamento en el hecho de haber aceptado la *lis*. No obstante tales diferencias las dos hipótesis se llegan a relacionar, porque en D.5.3.13.13 y D.5.3.45 el demandado que con dolo ha perdido la posesión acepta la *litis contestatio* sin tener en su poder la cosa. Esto podría, según nuestra opinión, haber causado una gran innovación en el campo del *liti se offerre* ya que, si en un primer momento el actor podía actuar en contra del demandado con base en la *actio ex stipulatu* de la *cautio iudicatum solvi* (según la posición sabiniana en D.4.3.39), después que la cláusula de dolo ha sido comprendida en el Juvenciano (D.5.3.25.8), el actor puede actuar con la misma *petitio hereditatis*. Esta regla se extendió al régimen de la *rei vindicatio* (D.6.1.27.3) con base en la naturaleza real que comparte con la petición de herencia, permitiendo al actor de hacer valer la acción principal en contra del demandado que con dolo ha dejado de poseer.

INCLUSIÓN DE UN PERIODO DE ESPERA EN EL PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN PREVIA DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO

Paulina MARTÍNEZ YOUN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Ley Federal de Competencia Económica*. 1. *Consideraciones económicas*. A. *El modelo de competencia perfecta*. B. *El modelo del monopolio*. 2. *Objeto de la Ley*. IV. *Concentraciones*. 1. *Concepto*. 2. *Procedimiento de notificación previa de concentraciones*. 3. *Resoluciones en materia de concentraciones: estadísticas*. V. *El periodo de espera*. 1. *El artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica*. 2. *Derecho comparado*. A. *Estados Unidos de América*. B. *Unión Europea*. C. *Canadá*. 3. *Propuesta de reforma de los artículos 20 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Federal de Competencia Económica se expidió el 24 de diciembre de 1992¹ y creó el organismo encargado de aplicarla: la Comisión Federal de Competencia, un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía dotado de autonomía técnica, operativa y para dictar sus resoluciones.

Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, para lo cual prevé una serie de disposiciones tendientes a permitir y proteger la libre actuación de los agentes económicos a efecto de que concurran a los mercados y compitan en los mismos, mas no están dirigidos a regular la estructura de los merca-

¹ Entrando en vigor a los 180 días de su publicación, esto es, el 22 de junio de 1993.

dos ni la conducta de los agentes económicos, estando limitada la actuación de la Comisión para que sólo intervenga previniendo o sancionando las conductas que atenten contra la libre competencia y concurrencia.

En este sentido, la Ley establece ciertas concentraciones que deben notificarse antes de realizarse. En el presente estudio se sostiene que lo anterior debe entenderse en el sentido de que se debe esperar a que la Comisión dicte resolución favorable para que se pueda consumir la concentración. Actualmente, las disposiciones en materia de notificación previa de concentraciones han sido interpretadas administrativamente para que los agentes notificantes puedan realizar la concentración antes de que se resuelvan, salvo en excepcionales casos, sin que lo anterior esté previsto en la Ley.

En este estudio se analizará que uno de los objetivos de la Ley en mención se cumplirá con la inclusión de un periodo de espera (que sea menor a los plazos previstos en ley para que la Comisión dicte resolución). Este periodo de espera evitará frenar en la mayor medida posible la dinámica de los mercados, pero a la vez se continuará previniendo los posibles efectos negativos de las concentraciones y la dificultad de volver las cosas al estado que se encontraban antes de su consumación.

II. ANTECEDENTES

La rectoría económica del Estado prevista en los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende un conjunto de atribuciones a favor de las autoridades para dirigir la vida económica del país, para lo cual se debe procurar que dicha intervención no elimine de manera absoluta la libertad económica.²

Por lo que se refiere al artículo 28 constitucional en materia de monopolios, el Constituyente de 1917 los prohibió por considerar que dañaban el bienestar social, toda vez que al impedir la libre concurrencia y competencia en los mercados de bienes y servicios, se afectaba negativamente el nivel de precios y su calidad, perjudicando así

² BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 29a. ed., Porrúa, México, 1997; pp. 725-726.

a los consumidores. En esta tesitura, el derecho público subjetivo previsto en la Constitución consiste en que el Estado debe garantizar a todos los individuos la posibilidad de concurrir y competir libremente en la actividad económica que deseen.

En el artículo 28 constitucional se consagraron algunos principios fundamentales que rigen el ámbito económico de México, entre los cuales se establece la prevalencia de los intereses sociales sobre los individuales y se confirma la libertad de cada uno de los gobernados de dedicarse a la actividad económica que le acomode, evitando su ejercicio ilimitado que podría ocasionar trastornos en los mercados.

En este orden de ideas, es ineludible la intervención del Estado en la economía nacional a fin de dirigirla mediante normas adecuadas e impedir que el abuso del libre juego de los intereses particulares lesionen los de la sociedad, sin que ello implique la supresión de la libertad individual. Para guardar el equilibrio entre los intereses en presencia, la injerencia del Estado debe limitarse a determinados actos en los que la actividad económica misma exige esa intervención.

En la Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica se estableció que en la medida en que se tuvieran mayores oportunidades y eficiencia, se tendría un país más justo y más rico, por lo que era primordial propiciar la competencia y la libre concurrencia. Se puntualizó que “el funcionamiento de los mercados por sí mismo no siempre produce los mejores resultados, así como que es necesario desarrollar instrumentos de rectoría de la actividad económica más precisos, que permitan resolver los problemas en su origen, y que eviten el acaparamiento, el desabasto y otras distorsiones que generalmente se derivan de los controles directos”, estableciéndose que por ello “es de gran importancia ampliar la gama de instrumentos con los cuales el Estado puede incidir en el funcionamiento de los mercados, mediante acciones que directamente reduzcan los costos, que eviten el abuso del poder monopólico, que eliminen barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, que prevengan las concentraciones monopólicas, que den mayor seguridad jurídica a los particulares en el quehacer económico y que reduzcan la incertidumbre derivada de la actuación discrecional de la autoridad”.

La Ley Federal de Competencia Económica acoge estas ideas y establece de modo limitativo las situaciones en que la Comisión puede

adoptar medidas que tiendan a impedir el perjuicio a los intereses de la sociedad, conteniendo disposiciones principalmente preventivas en materia de concentraciones.

En cuanto a lo que debe entenderse por monopolio, desde una perspectiva económica se ha definido en sentido lato como la suposición de un cierto control ejercido por una o muy pocas empresas sobre el precio del producto o del servicio, sustentado en el hecho real de que el número de competidores es muy pequeño, y cuya consecuencia de mayor importancia es la anulación de todos aquellos pequeños vendedores, numerosos o no, que son, teóricamente, indispensables para que exista una competencia menos imperfecta.³ Entonces, al ser requisitos para la existencia del monopolio el control del precio y la pretensión de desplazar a los demás agentes económicos concurrentes en el mercado o de impedir el acceso de los competidores potenciales, el interés fundamental de la ausencia del monopolio es la existencia de la competencia y no la protección de los consumidores, lo cual resulta ser sólo una consecuencia de la competencia.⁴

Desde la perspectiva jurídica, la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* lo define como “la situación de un mercado, en el cual la competencia no existe en el lado de la oferta (...)”.⁵ Es en el mismo sentido aquella ofrecida por el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, estableciendo que es “la situación de un mercado en el que sólo hay un único vendedor”.⁶

³ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, trad. Esther Rabasco y Luis Toharia, 14a. ed., McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1993, pp. 198-217.

⁴ DÁVALOS, Carlos, “Consideraciones de orden práctico en torno a las defensas contra el monopolio deliberado”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 355.

En efecto, la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante “LFCE”) no tiene como fin maximizar el bienestar del consumidor, aunque ello sea uno de sus efectos. Además, la política de defensa del consumidor se plasmó en la Ley Federal de Protección al Consumidor. LEVY, Santiago, *Antecedentes económicos para una Ley Federal de Competencia Económica*, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, México, 1992, p. 1.

⁵ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., Porrúa, México, 2002; t. M-P, p. 143.

⁶ *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Centro para la Cooperación con las Economías Europeas en Transición, París, 1993, p. 61.

Por lo que se refiere a la definición legal, el primer antecedente que lo concibe de manera similar a lo que actualmente se entiende como monopolio, es la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1934), señalando que es “toda concentración o acaparamiento industrial o comercial, y toda situación deliberadamente creada, que permite a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.⁷ Por su parte, la Ley Federal de Competencia Económica no define al monopolio, sin embargo, como es sabido, una ley no necesita tener una definición formal de lo que debe entenderse por cada concepto que utiliza, sino que debe contener los criterios que permitan comprender su significado.⁸

⁷ En aquel entonces existía confusión sobre si la prohibición del monopolio se justificaba por afectar al consumidor o al proceso de competencia y libre concurrencia. De las atribuciones de la Procuraduría Federal del Consumidor que tenía desde su fecha de creación (1976) hasta la expedición de la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992, se encontraba la de denunciar ante las autoridades competentes los casos en que se presumía la existencia de prácticas monopólicas o prácticas tendientes a la creación de monopolios, así como las que violaran las disposiciones del artículo 28 constitucional y sus leyes reglamentarias (artículo 59, fracción VII de la Ley Federal de Protección al Consumidor expedida el 22 de diciembre de 1975). Este ordenamiento fue abrogado el 24 de diciembre de 1992 por la nueva Ley que en su artículo 24, fracción XVII, limitó dicha atribución a denunciar ante el Ministerio Público los hechos que pudieran ser constitutivos de delitos. Actualmente, la atribución de denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia le corresponde a la Comisión Federal de Competencia, en términos del artículo 24, fracción III de la LFCE.

Aunado a ello, el Código Penal Federal, expedido el 14 de agosto de 1931 y vigente a la fecha con cambios menores, agrupa dentro del capítulo “Delitos contra el consumo y la riqueza nacionales” diversas conductas que afectan directamente tanto al consumidor como al proceso de competencia y libre concurrencia (véase el anterior texto del artículo 253 del Código Penal Federal expedido el 14 de agosto de 1931 y compárese con el texto actual).

La anterior confusión es originada del contenido de las leyes reglamentarias del artículo 28 constitucional anteriores a la actual LFCE, que reglamentaban tanto las actividades realizadas en torno a los bienes de consumo necesario, como todo acto o procedimiento que evitara o tendiera a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público.

⁸ Tesis jurisprudenciales publicadas bajo los rubros COMPETENCIA ECONÓMICA. LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE NO TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y DIVISIÓN DE PODERES PORQUE CONTIENE LAS BASES NECESARIAS PARA DETERMINAR LOS ELEMENTOS TÉCNICOS REQUERIDOS PARA DECIDIR CUÁNDO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UNA PRÁCTICA MONOPÓLICA, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, Tesis: P. CVII/2000, p. 107; y LEGALIDAD

Finalmente, la jurisprudencia lo define como “el resultado de una concentración en unas mismas manos, de todos o de la mayor parte de los objetos del mismo género y especie que existan en los mercados de una comarca más o menos extensa, o de los medios de producción; tiende, en una palabra, a suprimir a los competidores, desplazándolos de la lucha económica y subvirtiendo los principios que rigen a la producción y al consumo”, o como “el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera”.⁹

De los antecedentes legislativos de la Ley Federal de Competencia Económica merece reconocimiento la antes referida Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en Materia de Monopolios, la cual estuvo vigente hasta el 22 de junio de 1993, día en que entró en vigor la Ley Federal de Competencia Económica. Esta Ley Orgánica no sólo prohibió los monopolios, sino que consideró indispensable su prevención, estableciendo de antemano ciertos supuestos que de realizarse harían presumir su existencia por tratarse de actos que por su misma naturaleza normalmente implicaban su existencia, ya que su realización no se explicaba de otra manera, por traer aparejada la posibilidad de imponer precios con perjuicio de la sociedad o de alguna clase social. Al respecto, el artículo 4 era del tenor literal siguiente:

Artículo 4. Se presumirá la existencia de monopolio, salvo prueba en contrario:

I. En toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario.

II. En todo acuerdo o combinación de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, realizado sin autorización y regulación

TRIBUTARIA. DICHA GARANTÍA NO EXIGE QUE EL LEGISLADOR ESTÉ OBLIGADO A DEFINIR TODOS LOS TÉRMINOS Y PALABRAS USADAS EN LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, vol. III, febrero, p. 169.

⁹ Tesis jurisprudenciales publicadas bajo los rubros PETRÓLEO, MONOPOLIO DEL, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, t. LVII, p. 818; y MONOPOLIOS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, t. XXVII, p. 2487.

Por su claridad, se menciona que en los Estados Unidos de América, la definición jurisprudencial de monopolio más frecuentemente citada es: “el poder (...) de elevar los precios o excluir a la competencia cuando así lo desee”. Jurisprudencia del caso *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 66 S. Ct. 1125, 90 L.Ed. 1575 (1946), señalada por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Argentina, 1983, p. 259.

del Estado, que permita imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios.

III. En toda situación comercial, industrial o de prestación de servicios creada deliberadamente, que permita imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios.

La fracción II presumía la existencia de monopolio en todo acuerdo o combinación que confería la posibilidad de imponer los precios de los bienes o servicios y era realizado *sin autorización y regulación del Estado*. En virtud de que esta disposición lo requería, además de las frecuentes solicitudes que presentaban las distintas agrupaciones que pretendían obtener la autorización respectiva, el 1 de febrero de 1936 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto que Reglamenta el Otorgamiento de las Autorizaciones a que se refiere la fracción II del artículo 4 de la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional.

Este Reglamento disponía que los interesados en obtener la autorización debían presentar ante la Secretaría de la Economía Nacional una solicitud acompañada de los documentos en los que se precisaban las bases y las demás normas a las que quedaría sujeta la constitución y funcionamiento de la organización creada o que se pretendía crear. Además, establecía que para poder obtener la autorización era necesario que la organización tuviera como finalidad cualquiera de los enumerados en el artículo 2 del Reglamento, como son, por ejemplo, obtener un mejoramiento técnico en la producción o distribución de los artículos o servicios; la supresión de intermediarios para obtener bajos costos en la producción, comercio o servicio; la eliminación de competencias desleales; la implantación de una nueva industria o comercio; la exportación de los productos del país sin perjuicio del consumo interior; o, en general, aquellas que por su naturaleza demostraran que la posibilidad de imponer precios no se ejercería en perjuicio del público.

En el otorgamiento de la autorización, la Secretaría de la Economía Nacional precisaba las facultades de intervención que se reservaba con relación a la organización para fijar precios máximos, aprobar los sueldos de sus directores o administradores, así como hacer observaciones respecto de los gastos de administración. Además, las organizaciones que hubieran obtenido la autorización debían rendir a la Secretaría, cada seis meses, un informe relativo a las labores desarro-

lladas, así como a los precios de los artículos o servicios, costos de producción y las erogaciones efectuadas por conceptos de sueldos y gastos de administración, gozando esa dependencia de la facultad de enviar inspectores para que corroboraran los informes. Aún más, la Secretaría podía revocar la autorización si la organización se apartaba de las finalidades aprobadas o su funcionamiento llegaba a contrariar las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica en comento o del propio Reglamento, o las observaciones que se hubiera llegado a realizar, para lo cual requería a la organización ajustar sus actos a las disposiciones u observaciones respectivas o expusiera sus defectos dentro de un plazo que no podía ser menor de 15 días, transcurrido el cual dictaba resolución.

De esta manera se reglamentó el procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones de los acuerdos o combinaciones de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, siendo este procedimiento un antecedente remoto al de la notificación previa de concentraciones actualmente previsto en la Ley Federal de Competencia Económica.

III. LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

1. Consideraciones económicas

Para comprender la política de competencia, es necesario entender dos áreas de la economía: la teoría de los precios y la organización industrial. Se debe aclarar que la teoría económica opera generalmente sobre la base de una visión simplificada o abstracta de la sociedad, partiendo de ciertos datos sobre la estructura de ésta que se suponen invariables. A continuación se exponen brevemente los aspectos básicos del análisis económico que sustentan la teoría de la política de competencia.¹⁰

¹⁰ La explicación económica se realizó con base en los siguientes textos: CALL, Steven y HOLAHAN, William, *Microeconomía*, trad. Dr. Eduardo Pérez Mota y Dr. Carlos Petersen, 2a. ed., Grupo Editorial Iberoamérica, Colombia, 1998, pp. 317-415; MANKIW, N. Gregory, *Principios de economía*, trad. Esther Rabasco Espáriz y Luis Toharia Cortés, 1a. ed., McGraw-Hill, España, 1998, pp. 265-348; PARKIN, Michael, *Microeconomía*, trad. Francisco Reyes Guerrero y Magdalena Barba Fernández, 2a. ed., Addison-Wesley Longman de México, México, 1998, pp. 297-398; SAMUELSON, *pp. cit.*, pp. 169-235.

La *estructura del mercado* de una industria indica sus características: número de vendedores y sus dimensiones, grado de concentración de las empresas y grado de homogeneidad o heterogeneidad de sus productos. Si bien existen diversas estructuras del mercado, tales como la competencia pura, la competencia monopolística, el oligopolio, el monopsonio y el oligopsonio; los dos modelos que constituyen los extremos teóricos: competencia perfecta y monopolio son los que componen la base para entender la razón de ser de la política de competencia.

Además de las estructuras de mercado, existen las *estructuras de las empresas*. Es importante su comprensión para distinguir aquellos mercados en los cuales el modelo de competencia perfecta tiene aplicabilidad de aquellos en los que no lo tiene. Asimismo, es necesario para entender las razones por las que las empresas realizan ciertas conductas, tales como integrarse verticalmente o concentrarse con un competidor, así como las consecuencias derivadas de dichas acciones.

Existe una *economía de escala* cuando el costo de un insumo de producción disminuye en la medida en que las cantidades aumentan. La escala de planta mínima es la que puede aprovechar todas las economías de escala relevantes. Este concepto resulta relevante para el análisis de las concentraciones, ya que es uno de los argumentos hechos valer por los notificantes para justificar los beneficios procompetitivos. Aquellas situaciones en las que las economías de escala son tan significativas que es más eficiente tener una sola empresa que controle todo el mercado que muchas empresas compitiendo, se denominan *monopolios naturales*.

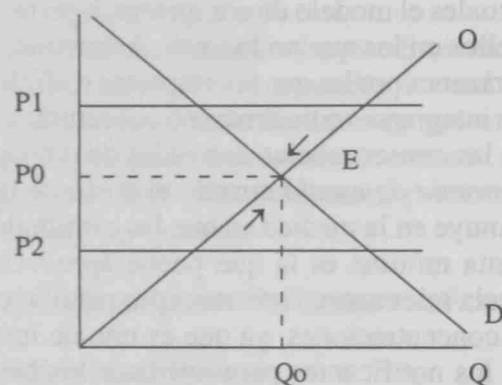
Por otro lado, para entender la dinámica del mercado, es fundamental la decisión de cada empresa en términos de cuánto producir y a qué precio vender. En cualquier caso, independientemente de la estructura del mercado, toda empresa buscará siempre maximizar sus beneficios.

Por su parte, el análisis de *la oferta y la demanda* es la base del mecanismo del mercado. Por *mercado* debe entenderse un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto o servicio y los vendedores la oferta. Cuando no hay intervención gubernamental, el precio y las cantidades producidas son determinados mediante el libre juego de la oferta y la demanda. En ciertas

condiciones, este libre juego conlleva a estructuras económicas no deseables desde el punto de vista del bienestar social. Es en estos casos que se justifica la injerencia del Estado para corregir esas fallas de mercado.

La oferta y la demanda matemáticamente son funciones que pueden ser representadas a través de curvas en un gráfico bidimensional, en el que se miden en el eje de las abscisas las cantidades demandadas y en el eje de las coordenadas los precios a los que se demandan dichas cantidades.

Gráfica 1



La *curva de demanda* muestra qué cantidad están dispuestos a comprar los consumidores a cada precio. En la gráfica 1, la curva de demanda se denomina "D". La cantidad demandada de un bien está determinada por su precio, el precio del bien complementario,¹¹ el precio del bien sustituto,¹² el ingreso del comprador, sus gustos y sus expectativas sobre el futuro.¹³ La ley de la demanda reza que cuando sube el precio de un bien, disminuye la cantidad demandada, *ceteris paribus*. Por ello, la curva de la demanda tiene pendiente negativa.

¹¹ Aquellos en los que la subida del precio de uno provoca una disminución en la demanda del otro, v. gr., guante y pelota de beisbol.

¹² Aquellos en los que la subida del precio de uno provoca un aumento de la demanda del otro, v. gr., mantequilla y manteca.

¹³ V. gr., la expectativa de que el precio del bien baje mañana o que nuestro ingreso aumente mañana.

Por su parte, *la curva de la oferta* indica qué cantidad de bienes están dispuestos a vender los productores a cada precio. En la misma gráfica, la curva de oferta se denomina "O". La cantidad ofrecida en un mercado está determinada por su precio, el precio de los insumos, la tecnología y las expectativas del vendedor sobre el futuro. Cuando el precio de un bien sube, aumenta la cantidad ofrecida, *ceteris paribus*. Esto se traduce en una curva de oferta con pendiente positiva.

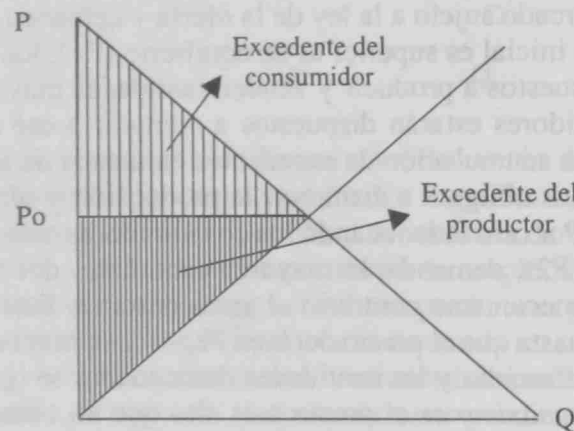
En el libre mercado, el precio tiende a variar hasta alcanzar el *precio de equilibrio* al cual el inventario de los oferentes se vacía. La intersección de las curvas de la demanda y oferta determina el equilibrio (E), esto es, el precio al que cortan estas dos curvas se llama precio de equilibrio y la cantidad se denomina cantidad de equilibrio. Al precio de equilibrio, la cantidad demandada es igual a la ofrecida en virtud de que el precio al cual las cantidades ofrecidas por los productores coinciden con las cantidades demandadas por los consumidores. En el equilibrio, no hay situaciones de escasez o de excedentes de producción. En la gráfica 1, el precio de equilibrio se denomina "Po" y la cantidad de equilibrio "Qo".

El anterior concepto es fundamental para comprender cómo funciona el mercado sujeto a la ley de la oferta y demanda. Si el precio de mercado inicial es superior al de equilibrio (P1), los productores estarán dispuestos a producir y vender cantidades mayores a la que los consumidores estarán dispuestos a comprar a ese precio. Esto generará una acumulación de excedentes en manos de los productores, lo que los obligará a disminuir la producción y ofrecer precios más bajos. Por otro lado, cuando los consumidores observen un precio menor (P2), demandarán mayores cantidades del mismo, ocurriendo un mecanismo contrario al antes descrito. Este mecanismo continuará hasta que el precio del bien llegue a un nivel en el cual las cantidades ofrecidas y las cantidades demandadas se igualen (E).

El *precio máximo* es el precio más alto que un consumidor está dispuesto a pagar por un bien y mide el valor que le concede. La curva de demanda indica el precio máximo, por lo que en cualquier punto a su izquierda el consumidor está dispuesto a pagar un precio más elevado por el bien, debido a que valora mucho ese bien. En la medida en que se acerque más hacia la derecha de la curva, está menos dispuesto a pagar un precio más elevado por el bien, ya que no lo valora tanto.

A pesar de que existe un sinnúmero de precios máximos, cuando el mercado es competitivo, el precio de equilibrio coincidirá con un solo precio máximo. Así, todos aquellos consumidores que estaban dispuestos a pagar precios más elevados, se beneficiarán pagando tan sólo "Po". La diferencia entre el precio máximo y el precio de equilibrio se denomina *excedente del consumidor*. Esta diferencia puede ser interpretada como un ahorro. De igual manera se determina el *excedente del productor*, que es la diferencia entre el precio al que el productor hubiera estado dispuesto a vender el bien y el precio de equilibrio (o el precio al cual efectivamente lo vende). Los productores que son más eficientes están dispuestos a vender a precios más bajos que aquellos menos eficientes que requieren vender a precios más elevados para cubrir sus costos. En cualquier caso, en un mercado competitivo habrá un solo precio de venta, por lo que los productores más eficientes podrán vender a un precio superior al que cubre sus costos.

Gráfica 2



La *elasticidad de la demanda* representa el grado en que los consumidores responden a incrementos en el precio. La pendiente negativa de la curva de demanda indica que los aumentos de precio implican disminuciones en las cantidades demandadas. Sin embargo, esta relación entre cambios en los precios y cambios en las cantidades

varía de producto a producto. Cuando los consumidores son altamente sensibles a los cambios de precios de un mercado, éste es elástico, y si ante variaciones de precio no se observan cambios en la misma proporción de la demanda, es un mercado inelástico. Por su parte, la *elasticidad de la oferta* es un concepto análogo al antes referido, pero aplicado a la función de la oferta. Mide la sensibilidad de los productores ante cambios en los precios. Esto es, representa el grado en el cual ante incrementos de precios los oferentes reaccionan aumentando o disminuyendo la producción.¹⁴

A. El modelo de competencia perfecta

El modelo de un mercado perfectamente competitivo tiene las siguientes características primordiales:¹⁵

- a) Homogeneidad del bien.
- b) Diversidad de vendedores y compradores: cada uno representa una porción ínfima del mercado y ejercen una influencia insignificante en el precio de mercado.
- c) Transparencia en términos de información: todos los participantes en el mercado tienen pleno conocimiento del precio al que se ofrecen los bienes y su producción.
- d) Ausencia de barreras a la entrada.

En este modelo, la empresa es *precio aceptante*, es decir, no tiene poder para fijar el precio. Todos los participantes en el mercado deben aceptar el precio de mercado, de lo contrario, si venden por encima del precio de equilibrio, no podrán realizar sus ventas y otros agentes económicos competidores aprovecharán la situación incrementando su producción.

Por lo que hace a la cantidad que el agente económico va a producir, ésta sí es una decisión que cada empresa debe tomar. En un mer-

¹⁴ La elasticidad de la demanda y oferta está relacionada con la determinación del mercado relevante, en virtud de que se debe examinar la posibilidad de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros.

¹⁵ Es casi imposible que estas características concurren en el mundo real. Se reitera que la teoría económica emplea una visión simplificada de la sociedad para comprenderla y a partir de ahí realizar estudios más complejos que incluyen diversas variables.

cado de competencia perfecta, la empresa maximiza sus beneficios produciendo la cantidad a la cual el precio de mercado iguala sus costos marginales. El *costo marginal* es el costo adicional en el que incurre la empresa al producir una unidad adicional del producto. Si produce menos unidades que aquel en el que el precio de mercado iguala sus costos marginales, estará dejando de percibir un beneficio, ya que los costos de la última unidad son menores que el precio que obtendría de la venta de la misma. Al contrario, si produce más unidades que aquel en el que el precio de mercado iguala sus costos marginales, tendrá pérdidas, en virtud de que los costos de esas unidades adicionales son mayores que el precio al cual las va a poder vender.

B. El modelo del monopolio

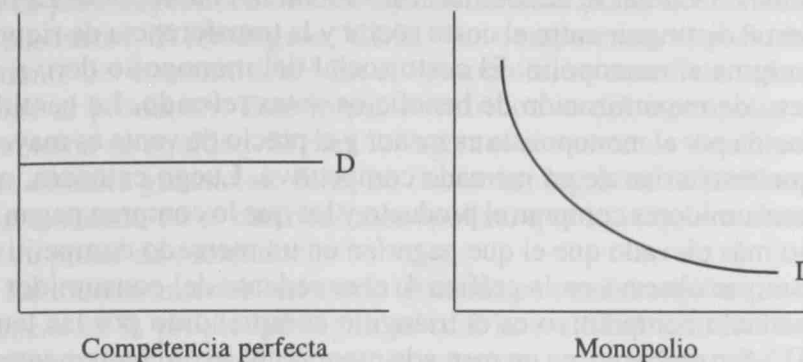
El monopolio es una estructura de mercado en la que sólo hay un oferente de un bien y muchos demandantes.¹⁶ El monopolista es un único productor, por lo que la curva de demanda relaciona el precio que recibe y las cantidades que ofrece. Esto es, no existe una curva de oferta toda vez que el monopolista, al ser el único que ofrece el bien, controla el precio: es un *precio decisor*. Esta es una diferencia primordial con el modelo competitivo.

Como se puede observar en la gráfica 3, cuando el mercado competitivo llega a un equilibrio, la curva de demanda es horizontal debido a que todas las unidades se venden a un mismo precio. En cambio, en el mercado monopolístico, la curva de demanda tiene pendiente negativa, ya que para que el monopolista pueda vender más bienes, debe disminuir su producción, acorde a la ley de la oferta y demanda.

Como ya se dijo, cualquier empresa busca maximizar sus beneficios. Para alcanzar esta situación, debe producir la cantidad a la cual se iguala el costo marginal y el ingreso marginal. De manera análoga al concepto de costo marginal antes señalado, el *ingreso marginal* es el ingreso adicional que percibe la empresa por la última unidad vendida. En la competencia perfecta, el ingreso marginal es igual al precio del producto, ya que al haber tantos vendedores, cualquier canti-

¹⁶ Al igual que la competencia perfecta, el monopolio es una abstracción de la realidad que en muy pocas ocasiones se presenta. Lo que existe son los mercados en que compiten un número muy limitado de empresas.

Gráfica 3



dad de producto se puede vender al mismo precio. Sin embargo, en el monopolio, el ingreso marginal es menor al precio. Para vender unidades adicionales, el monopolista debe reducir el precio, por lo que el ingreso marginal es igual al precio al cual se vende la última unidad más la reducción en el precio de todas las unidades anteriores. Así, el monopolista producirá y venderá al precio al cual su costo marginal iguale su ingreso marginal, el cual es menor al precio. En ese punto, el monopolio maximiza sus beneficios. Si produce menos que esta cantidad de equilibrio, estará dejando de ganar y si produce por encima, perderá en las unidades adicionales.

Si bien el monopolista enfrenta la misma curva de demanda del mercado, lo cual le da poder para vender a un precio superior a sus costos marginales, ello no significa que tenga poder ilimitado para fijar el precio, debido a que los consumidores fijan precios máximos, por encima de los cuales no están dispuestos a comprar el bien.

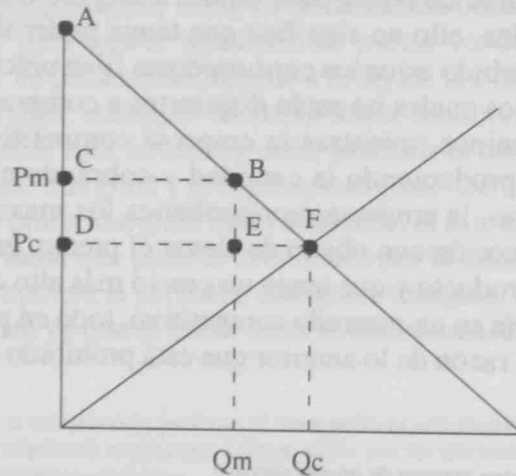
En estos términos, mientras la empresa competitiva maximiza sus beneficios produciendo la cantidad y cobrando el precio, ambos de equilibrio, la empresa monopolística los maximiza restringiendo su producción con objeto de elevar el precio, generando menor oferta del producto y que tenga un precio más alto que aquel que le correspondería en un mercado competitivo, todo en perjuicio de la sociedad. Es en razón de lo anterior que está prohibido el monopolio en México.¹⁷

¹⁷ Salvo que existan razones de interés social.

La pérdida neta de la sociedad causada por el monopolio en la economía nacional se denomina *costo social del monopolio*. Es fundamental distinguir entre el costo social y la transferencia de riqueza que origina el monopolio. El costo social del monopolio deriva del proceso de maximización de beneficios antes referido. La cantidad producida por el monopolista es menor y el precio de venta es mayor a los que resultarían de un mercado competitivo. Luego entonces, menos consumidores compran el producto y los que lo compran pagan un precio más elevado que el que pagarían en un mercado competitivo.

Como se observa en la gráfica 4, el excedente del consumidor en un mercado competitivo es el triángulo comprendido por las letras "AFD". Sin embargo, en un mercado monopolístico, al incrementarse el precio y reducirse la cantidad ofrecida, disminuye el excedente del consumidor al triángulo más pequeño "ABC". El triángulo delimitado por las letras "BFE" es el costo social del monopolio. Los consumidores que se ubican en la curva de demanda "BF" ya no comprarán el bien o servicio en monopolio, toda vez que son ofrecidos a precios mayores que los máximos establecidos por dichos consumidores. Las cantidades vendidas se reducen de " Q_c " a " Q_m ". Los demandantes cuyo precio máximo es mayor, se ubican en la curva de demanda "AB", que son los únicos que seguirán adquiriendo el bien, pero ahora pagarán " P_m " en lugar de " P_c ".

Gráfica 4



De lo anterior se puede observar que el monopolista, al incrementar el precio, produce una *transferencia de riqueza* del consumidor al productor. El rectángulo "CBED" en competencia es parte del excedente del consumidor.¹⁸ En el monopolio, se transfiere este excedente al productor. Este impacto distributivo del monopolio es un problema de equidad. Si bien los agentes económicos tienen por objeto obtener ganancias, éstas no deben ser logradas indebidamente, como sucede en el caso del monopolista que lo adquiere abusando de su poder de mercado.

De todo lo anterior, así como tomando en consideración que la *eficiencia* es la propiedad según la cual la sociedad aprovecha de la mejor manera posible sus recursos escasos, se concluye que la empresa monopolística es ineficiente al no aprovechar sus insumos para producir la mayor cantidad de productos, sino que al contrario, disminuye su producción con objeto de alzar su precio. Con esto se generan pérdidas irreversibles de eficiencia, lo cual se traduce en el costo social del monopolio. Aun el monopolio natural tenderá a cobrar precios más elevados que los de competencia. Normalmente la solución al problema consiste en permitir la existencia del monopolio natural y crear un organismo regulador encargado de controlar el precio para que se cobren precios de competencia.

¿Por qué el Estado prohíbe los monopolios? Porque un monopolista puede subir sus precios, obteniendo enormes beneficios monopolísticos y generando una gran ineficiencia económica.

La competencia, junto con el aumento de eficiencia, bajos precios y mejor calidad, es lo que trae aparejado el beneficio a la sociedad. Dentro de este proceso de competencia, las empresas pueden aumentar su participación dentro del mercado, por ejemplo, reinvertiendo las ganancias y construyendo nuevas plantas. Sin embargo, una forma más fácil de aumentar su participación o simplemente agrandarse, es concentrarse con otras empresas.

Estas concentraciones pueden disminuir, dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. Con objeto de prevenir, evitar y combatir lo anterior, el Estado puede afrontar el problema interviniendo en la situación o no intervenir esperando que las fuer-

¹⁸ Compárese la gráfica 4 con la gráfica 2.

zas de la economía, a corto o largo plazo, lo solucionen. En el caso de México, se optó por la postura de intervenir, para lo cual el Congreso de la Unión expidió la Ley Federal de Competencia Económica.

2. Objeto de la Ley

El proceso de competencia es la "situación del mercado en la cual las empresas o vendedores luchan independientemente por el patronato de los compradores con el fin de lograr un objetivo comercial específico, v. gr., utilidades, ventas y/o participación en el mercado".¹⁹ A través de este proceso, las empresas se obligan a ser eficientes y a ofrecer mejores bienes y servicios a precios más bajos. Por su parte, la competencia es la participación de dos o más sujetos en una actividad comercial para ofrecer sus productos o servicios al público.

La Ley Federal de Competencia Económica tiene por objeto proteger precisamente ese proceso competitivo y la eficiencia, mas cabe precisar que no así a los competidores individuales. Esta protección se realiza a través de la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones prohibidas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Por lo que se refiere a la protección del proceso de competencia y libre competencia a través de la *prevención*, determinadas concentraciones deben notificarse a la Comisión antes de su realización, con objeto de que se analicen previamente a su consumación.

IV. CONCENTRACIONES

En la Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica se estableció que un aspecto de particular trascendencia era el previsto en el capítulo III de la Ley, relativo a las concentraciones, concepto con el que se comprendían las fusiones, adquisiciones del control o cualquier otro acto por virtud del cual se concentraran sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realizaran entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos; y serían impugnadas

¹⁹ *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia, op. cit.*, p. 12.

aquellas cuyo objeto o efecto fuera disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia respecto de bienes o servicios iguales o similares.

Se explicó que se había optado por un método pragmático y preventivo, debido a que la experiencia de otros países había demostrado una mayor efectividad cuando se evaluaban las concentraciones previamente a su consumación que cuando ya se habían llevado a cabo, ya que en este último caso era muy complejo regresar al estado originario de las cosas. Además, se dejó claro que no se pretendía establecer una oposición sistemática a las fusiones, por ello, se especificaron los actos que debían someterse a consideración de la autoridad en forma previa, para que sólo las fusiones que pudieran representar un serio riesgo a la competencia fueran evaluadas y, a la vez, se evitaran simulaciones o la práctica de adquirir una empresa con base en operaciones pequeñas sucesivas.

Es fundamental resaltar lo anterior en virtud de que la intención del legislador fue que la autoridad pudiera analizar las concentraciones que rebasaran ciertos umbrales en forma previa a su realización, para así, en casos debidamente justificados, pudiera evitar que se consumaran.

Si bien se aclaró que las transacciones no se analizarían por su tamaño, de manera que no habría una actitud sistemática de combatir las empresas grandes, tomando en cuenta que no se debía considerarlas como monopolios sólo por su dimensión, también se asentó que era innecesario permitir monopolios domésticos para obtener competitividad internacional.

Tomando en consideración que el objeto fundamental de la legislación en materia de competencia económica es promover una economía competitiva, prohibiendo aquellas acciones que restrinjan o puedan conducir a limitar la competencia efectiva, es necesario realizar ciertas consideraciones económicas sobre la política de competencia para entender qué es una economía competitiva y cómo se llega a ella, así como por qué se prohíbe el monopolio.

El análisis de las concentraciones está enfocado hacia el poder sustancial, ya que se pretende evitar que las empresas puedan obtenerlo y utilizarlo indebidamente ocasionando efectos anticompetitivos en los mercados relevantes. Así, a diferencia de las disposiciones relativas a las prácticas monopólicas que tienen por objeto evitar el

uso indebido del poder sustancial, las de concentraciones buscan prevenir su obtención.

Cabe señalar que mientras una conducta concertada elimina la independencia de las partes involucradas respecto de una determinada faceta de sus actividades, una concentración implica terminar totalmente con esa independencia y anular toda posibilidad de competencia entre las partes que han perdido su independencia, creando una nueva situación de mercado. Así, si un acuerdo de fijación de precios es anticompetitivo, más lo puede llegar a ser una concentración en la que no sólo fijarán precios conjuntamente, sino que todas las demás decisiones serán tomadas de forma conjunta. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la mayoría de las concentraciones no afectan el proceso de competencia, e inclusive son procompetitivas, tal como se explicará más adelante.

Existen diversas razones por las cuales las empresas se concentran, por ejemplo para lograr economías de escala, unificación de actividades,²⁰ transferencia de los factores de la producción²¹ y reducción en los costos de transacción.²² En general, las empresas se concentran con miras a fortalecer su posición en el mercado en el que participan y/o expandirse hacia nuevos mercados.

1. Concepto

En términos generales, la concentración comprende la unión de sus titulares tendiente a realizar una política que sea común y obligatoria para todas ellas, con relación a las actividades económicas que sean propias de dichas empresas.²³

De conformidad con el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica, concentración es la fusión, adquisición del control²⁴

²⁰ *Idem*, pp. 527, 605.

²¹ *Idem*, p. 525. Los factores de la producción son los recursos productivos de la economía: tierra, trabajo y capital. SAMUELSON, *op. cit.*, p. 899.

²² SULLIVAN, *op. cit.*, p. 527.

²³ BARRERA GRAF, *op. cit.*, pp. 722-723.

²⁴ Se considera que se controla una sociedad cuando una persona física o un grupo de inversionistas es titular de más del 50% de las acciones ordinarias que confieren derecho a voto de la sociedad en cuestión. Pero puede haber control cuando el inversionista o inversionistas sean titulares de un bloque de acciones que confieran un derecho a voto

o cualquier acto,²⁵ por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.

Las concentraciones pueden ser *horizontales*: las que se realizan entre competidores entre sí que operan en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución.²⁶ Este tipo de concentraciones son las que más pueden dañar el proceso de competencia y libre concurrencia, en virtud de que por un lado, desaparecen competidores y por el otro, el que permanece tendrá mayor participación de mercado.²⁷ *Verticales*: aquellas efectuadas entre empresas ubicadas en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución²⁸ (no son competidoras sino que se encuentran en mercados vinculados). Este tipo de concentraciones pueden dañar el proceso de competencia y libre concurrencia debido a que se pueden llevar a cabo con el propósito o el efecto, entre otros, de asegurar o restringir la oferta o la demanda del bien, estar en la posibilidad de presionar a algún cliente o proveedor, obstaculizar la entrada de nuevos competidores en cualquiera de los mercados vinculados o dificultar la distribución o comercialización del bien.²⁹ *Conglomeradas* o *diversificaciones*: aquellas llevadas a cabo por agentes económicos que participan en mercados relevantes distintos que no están relacionados en la cadena de producción o distribución³⁰ (no son horizontales ni vertica-

inferior al 50%, debido a que el resto del capital está disperso entre un gran número de pequeños accionistas. El control también puede ejercerse por la acumulación de mandatos de administradores y a las participaciones cruzadas entre las empresas, como en el caso de los conglomerados. *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, *op. cit.*, p. 29.

²⁵ La razón de incluir "cualquier acto" radica en evitar la posible elusión de la LFCE, debido a que las concentraciones pueden adoptar diversas formas jurídicas, por lo que hacer una enumeración limitativa de lo que se entiende por concentración constituiría "una invitación a utilizar otros de los canales que la flexibilidad del derecho privado permite" para lograr ese fin. Dentro de este rubro se podrían citar como ejemplos, los "joint ventures" o empresas conjuntas, cárteles, "trusts" y consorcios.

²⁶ Informe de Competencia Económica 1997, Comisión Federal de Competencia, México, p. 27.

²⁷ SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 574-575.

²⁸ Informe de Competencia Económica 1997, *op. cit.*, p. 27.

²⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *op. cit.*, pp. 623-626.

³⁰ Informe de Competencia Económica 1997, *op. cit.*, p. 27.

les).³¹ Este tipo de concentraciones son las que menos tienden a dañar el proceso de competencia y libre concurrencia. Las razones por las cuales se realizan estas concentraciones son para utilizar la capacidad empresarial excedente; en el caso de llevarse a cabo concentraciones horizontales y verticales éstas podrían ser objetadas, disminuir la posibilidad de que las caídas de la demanda u oferta afecten sustancialmente las utilidades de las empresas que participan en diversos mercados y por razones fiscales, entre otras.³²

A diferencia de los anteriores tipos de concentraciones, las *reestructuraciones corporativas* no implican cambios en la estructura de los mercados ni en la dimensión de los grupos económicos. Se llevan a cabo entre empresas que pertenecen a un mismo grupo de interés económico y generan efectos únicamente hacia adentro del mismo grupo,³³ por lo que se les da un tratamiento distinto de las concentraciones que sí generan efectos externos.

Para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende por reestructuración corporativa la concentración en la que interviene un agente económico que tenga en propiedad y posesión, directa o indirecta, por lo menos durante los últimos tres años, el 98% de las acciones o partes sociales del o de los agentes económicos involucrados en la misma. En este tenor, los agentes económicos que pretendan realizar una reestructuración corporativa no están obligados a notificar previamente su concentración, sino únicamente a dar aviso a la Comisión dentro de los cinco días siguientes a su realización, acreditando que efectivamente es una reestructuración.³⁴ Se previó la obligación de dar aviso ya que es posible que no sea tal, en cuyo caso se puede iniciar una investigación.³⁵

Sólo se condicionan, objetan, impugnan y en su caso sancionan las concentraciones cuyo objeto o efecto sea el de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

³¹ Partiendo de esta base, las concentraciones también pueden ser mixtas: tanto horizontales, verticales como conglomeradas.

³² SULLIVAN, *op. cit.*, p. 616.

³³ Informe de Competencia Económica 1997, *op. cit.*, p. 28.

³⁴ Artículo 21, fracción II del RLFCE.

³⁵ Artículo 23, fracción III del RLFCE.

2. Procedimiento de notificación previa de concentraciones

Las concentraciones que deben notificarse antes de su realización son las que rebasan los siguientes umbrales:

- El monto de la concentración rebasa el equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, ya sea en un acto o en una sucesión de actos.
- Con la concentración se acumula el 35% o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo.
- En la concentración participan dos o más agentes económicos cuyos activos o ventas anuales, conjunta o separadamente, importen más del equivalente a 48 millones de veces el salario mínimo e implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a 4 millones 800 mil veces el salario mínimo.

Dichas concentraciones deben notificarse antes de que suceda cualquiera de los siguientes supuestos:³⁶

- El acto jurídico se perfeccione o que se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto.
- Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro agente económico.
- Se adquiera de hecho o derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro agente económico.
- Se lleve a cabo la firma de un convenio de fusión.
- En el caso de sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en el artículo 20 de la Ley.
- En el caso de concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional.

Estas concentraciones pueden ser notificadas por el fusionante, el que adquiera el control de las sociedades o asociaciones o el que

³⁶ Artículo 17 del RLFCE.

pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular las acciones, partes sociales, participaciones en fideicomisos o activos objeto de la transacción, sin perjuicio de que pueda realizarse por cualquiera de los agentes económicos participantes.³⁷

Presentada la notificación, si ésta cumple con los requisitos,³⁸ comenzará a correr el plazo que tiene la Comisión para desahogar el procedimiento. Si la notificación no reúne esos requisitos, se prevendrá a los notificantes dentro de un plazo de cinco días hábiles³⁹ para que en el mismo plazo exhiban la información faltante, presentada la cual comenzará a contarse el plazo.⁴⁰

La Comisión cuenta con un plazo de 20 días naturales para poder requerir información y documentación adicional y los requeridos deben proporcionarla en 15 días naturales,⁴¹ plazo que puede ser ampliado en casos debidamente justificados hasta por 60 días naturales. Recibida la información, o en caso de que no se requiera información adicional recibida la notificación, la Comisión tiene un plazo de 45 días naturales para dictar resolución, plazo que en casos excepcionalmente complejos también puede ser ampliado hasta por 60 días naturales.⁴²

En estos términos, si la Comisión no requiere información adicional, la resolución debe dictarse dentro de un plazo de 45 días naturales. Si requiere información adicional, dentro de 80 días naturales. Y en casos excepcionalmente complejos, dentro de un plazo de 200 días naturales.⁴³ Si la Comisión no dicta resolución dentro de cualquiera de estos plazos, se entiende que no tiene objeción.⁴⁴

³⁷ Artículo 18 del RLFCE.

³⁸ Artículos 21 de la LFCE y 20 de su Reglamento.

³⁹ En virtud de que el RLFCE no prevé un plazo para prevenir, es aplicable el plazo genérico establecido en el artículo 4 del citado Reglamento.

⁴⁰ En caso contrario, se tendrá por no notificada la concentración. Artículo 20, 3er párrafo del RLFCE.

⁴¹ En caso contrario, se tendrá por no notificada la concentración. Artículo 20, 4to párrafo del RLFCE.

⁴² Artículo 21 de la LFCE.

⁴³ En caso de prevención, a los anteriores plazos se deben sumar los cinco días que tuvo la Comisión para prevenir, así como los cinco días que tuvieron los agentes económicos para desahogarla.

⁴⁴ Los notificantes pueden solicitar se les expida una constancia de no objeción. Artículo 22 del RLFCE.

Los anteriores plazos están previstos para que en el análisis de la concentración se tome en consideración el mercado relevante, la identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado, el análisis de su poder y el grado de concentración en ese mercado.⁴⁵

El *mercado relevante* se ha definido como el mercado más reducido que sea lo suficientemente amplio para que los productos de áreas adyacentes, o de otros productores que actúan en la misma área, no puedan competir con paridad suficiente con aquellos incluidos en el mercado.⁴⁶ Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica señala que “los límites del mercado se encuentran cuando una persona o grupo de personas puede elevar el precio sobre los costos de producción sin generar concurrencia proveniente de otras áreas geográficas, posibilidades de sustitución por otros productos u oferta adicional en un plazo determinado”. El mercado es importante en cuanto a que la gravedad de una acción varía en función del tamaño del mercado afectado por la concentración.

La Ley Federal de Competencia Económica determina que los criterios a considerar para definir el mercado relevante son las posibilidades de sustitución, los costos de distribución, el acceso a otros mercados y las restricciones normativas.⁴⁷

El mercado relevante presenta una doble dimensión: territorial, relacionada con el área geográfica que abarca, y cualitativa, relativa a los bienes y servicios involucrados; también existe un tercer elemento que incide sobre la mencionada doble dimensión: el temporal.⁴⁸

La *concentración del mercado* mide la parte relativa de las grandes empresas en la oferta de ciertos bienes o servicios y es un posible indicador de poder en el mercado. Analizar lo anterior resulta importante en virtud de que un mercado relevante con una fuerte concentración es un panorama más propicio para la realización de prácticas anticompetitivas.⁴⁹

Cierto grado de concentración resultante de una concentración ha sido *prima facie* calificada como con muchas posibilidades de afec-

⁴⁵ Artículo 18 de la LFCE.

⁴⁶ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁷ Artículo 12 de la LFCE.

⁴⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁹ *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia, op. cit.*, p. 27.

tar el proceso de competencia y libre concurrencia. Para lo anterior y de conformidad con el artículo 13 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, el 24 de julio de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración y los criterios de su aplicación. Si una vez aplicados los índices de concentración se concluye que la concentración en el mercado relevante no es significativa, la transacción no es objetada. Si se concluye que es significativa, se procede a estudiar si el o los agentes económicos involucrados en la misma adquirirían poder sustancial en el mercado relevante, o si ya lo tienen con antelación.⁵⁰

El *poder sustancial* se ha definido como "la capacidad de una empresa (o grupo de empresas) de aumentar y mantener los precios por encima del nivel que prevalecería bajo condiciones de competencia".⁵¹ Asimismo, derivado del concepto de monopolio señalado anteriormente, se le puede definir sencillamente como el poder para elevar los precios de mercado o excluir la competencia.

Es importante determinar el poder sustancial ya que si un agente económico no lo tiene, sus acciones serán incapaces de afectar de manera significativa las condiciones de precio y de oferta en el mercado respectivo y, por lo tanto, de dañar la eficiencia.⁵²

La Ley Federal de Competencia Económica dispone que para determinar el poder sustancial se debe tomar en consideración la participación del agente económico y su posibilidad de fijar precios unilateralmente sin que los demás agentes puedan contrarrestarlo, las barreras a la entrada, los demás competidores, el acceso a fuentes de insumo y su comportamiento reciente, entre otros.⁵³

⁵⁰ Informe Anual 93-94, Comisión Federal de Competencia, México, p. 28. Lo anterior no es óbice a que aun en el caso de que se rebasa el grado de concentración establecido, los notificantes puedan acreditar que la concentración no dañará, disminuirá ni impedirá el proceso de competencia y libre concurrencia, así como a que aun en el caso de que no se actualice el grado de concentración, la Comisión pueda, tomando en consideración los demás elementos previstos en la Ley, su Reglamento, así como en el método para el cálculo de índices, determinar que la concentración puede producir efectos nocivos al proceso de competencia y libre concurrencia.

⁵¹ *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, op. cit., p. 58.

⁵² GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, op. cit., p. 106.

⁵³ Artículo 13 de la LFCE.

Si la concentración de mercado es significativa, pero no se advierte poder sustancial ni es factible que se adquiera como resultado de la concentración, ésta no se objetada. Si el o los involucrados tienen poder sustancial o pueden adquirirlo como consecuencia de la concentración, se analizan las posibles ganancias en eficiencia derivadas de la misma, en comparación con los costos que conlleva. En estos casos, cuando las ganancias en eficiencia superan los efectos anticompetitivos, se autoriza la concentración o se condiciona con objeto de eliminar los posibles efectos anticompetitivos.⁵⁴

Además de todo lo anterior, se analiza si la concentración confiere o puede conferir al fusionante, al adquirente o al agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan contrarrestar dicho poder; tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante; y, tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en la concentración la comisión de prácticas monopólicas prohibidas por la Ley.

Finalizado el análisis, la Comisión dictará resolución autorizando, objetando o condicionando la concentración.

3. Resoluciones en materia de concentraciones: estadísticas

A continuación se realiza un análisis estadístico de las concentraciones que son autorizadas, objetadas o condicionadas, con objeto de confirmar que la gran mayoría no son objetadas, razón por la cual se considera conveniente que la consumación de la concentración quede sujeta a un periodo de espera menor a los plazos ya establecidos en la Ley y así pueda realizarse antes de que se dicte resolución, salvo que en casos especiales se ordene no llevarla a cabo hasta que se emita la resolución favorable.

En el periodo que abarca del 23 de junio de 1993 al 22 de junio de 1994, se notificaron en total 52 concentraciones, de las cuales se habían resuelto 45. El tiempo promedio para que la Comisión dictara

⁵⁴ Informe Anual 93-94, op. cit., p. 28 y artículo 15, fracción I del RLFCE.

resolución fue de 35 días, toda vez que cuando se solicitaba información adicional el tiempo medio fue de 51 días y cuando no se solicitaba fue de 19 días. Del total de concentraciones resueltas, 40 fueron autorizadas y cinco fueron condicionadas. En el mismo periodo, se iniciaron cuatro investigaciones de oficio por supuestos incumplimientos de la obligación de notificar las concentraciones, y sustanciado el procedimiento de ley, todas fueron sancionadas por dicha violación.⁵⁵

Durante el periodo que abarca del 23 de junio de 1994 al 22 de junio de 1995, se notificaron en total 88 concentraciones y se resolvieron 81. De éstas, 76 se aprobaron, cuatro se condicionaron y una se objetó. En el mismo periodo, se iniciaron 13 investigaciones de oficio por supuestas omisiones en la notificación de concentraciones, de las cuales se habían resuelto ocho; de éstas la violación se acreditó en cuatro casos y consecuentemente se impusieron las sanciones correspondientes.⁵⁶ En el mismo periodo, el 47% de las notificaciones fueron atendidas sin requerir información adicional a los promoventes y las resoluciones se emitieron en un plazo promedio de 27 días. En el 46% de las notificaciones se solicitó información adicional y la Comisión resolvió en un plazo promedio de 42 días. Finalmente, en el restante 7%, por tratarse de concentraciones excesivamente complejas, el plazo promedio para resolver ascendió a 97 días.⁵⁷

En el periodo comprendido entre el 23 de junio de 1995 al 22 de junio de 1996, se notificaron en total 98 concentraciones y todas fueron resueltas dentro de dicho periodo. De esas 98 concentraciones, 83 se autorizaron, 14 se condicionaron y una se objetó. Asimismo, la Comisión inició 14 investigaciones por presuntas omisiones en la notificación de concentraciones, así como por concentraciones prohibidas. De dichas investigaciones se resolvieron 12 en ese periodo, de las cuales dos se desecharon (toda vez que las denuncias eran notoriamente improcedentes), cuatro no se objetaron y seis fueron sancionadas por incumplir con su obligación de notificar previamente la concentración.⁵⁸

⁵⁵ Informe Anual 93-94, *op. cit.*, pp. 17, 65-67 y 71.

⁵⁶ Informe Anual 1994-95, Comisión Federal de Competencia, México, p. 30.

⁵⁷ *Idem*, p. 31.

⁵⁸ Informe Anual de Competencia Económica 1995-96, Comisión Federal de Competencia, México, pp. 106-121. En este periodo no se mencionan los plazos promedios en los que la Comisión dictó resolución.

Durante el segundo semestre de 1996, se recibieron 75 notificaciones de concentraciones y se concluyeron 69. De éstas, 63 se aprobaron, tres se condicionaron, dos se desecharon y una se tuvo por desistida. Al igual que en los años anteriores, todos los procedimientos fueron desahogados en plazos inferiores a los máximos establecidos en la Ley.⁵⁹

Durante 1997 se iniciaron 210 procedimientos con relación a concentraciones, ya sea por notificación previa o por investigaciones de oficio. De estos procedimientos, se resolvieron 187 con relación a la notificación previa de concentraciones, de las cuales 178 no se objetaron, tres se condicionaron, dos se objetaron, una se desechó y en tres se desistieron. El tiempo promedio para resolver, cuando no se requirió información adicional, fue de 23 días naturales; cuando se requirió información fue de 61 días naturales; y en los casos complejos se resolvieron en 107 días naturales.⁶⁰

Durante 1998 se iniciaron 193 procedimientos con relación a concentraciones, de las cuales 182 fueron por notificación, 10 por investigaciones de oficio y uno por denuncia. De estos procedimientos se concluyeron 189, de los cuales 179 no se objetaron, cuatro se condicionaron, uno se objetó y en cinco casos se desecharon o se tuvieron por desistidos. En los procedimientos de notificación previa de concentraciones, cuando no se requirió información adicional, el tiempo promedio para dictar resolución fue de 26 días; cuando se requirió información, de 59 días; y, en los casos complejos, de 104 días.⁶¹

Durante 1999 se iniciaron 270 procedimientos relativos a concentraciones, de los cuales 247 corresponden a notificación de concentraciones, ocho a investigaciones de oficio y 15 a denuncias. De los anteriores asuntos se resolvieron 245, de los cuales 220 no fueron objetados, seis fueron condicionados, tres objetados y 23 se desecharon, se tuvieron por desistidos, se cerraron las investigaciones correspondientes o eran avisos improcedentes. En los procedimientos de notificación previa de concentraciones, cuando no se requirió infor-

⁵⁹ Informe de Competencia Económica, segundo semestre de 1996, Comisión Federal de Competencia, México, p. 24.

⁶⁰ Informe de Competencia Económica 1997, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁶¹ Informe de Competencia Económica 1998, Comisión Federal de Competencia, México, p. 91.

mación adicional, se resolvieron en un plazo promedio de 28 días; cuando se requirió información, en 62 días; y, en los casos excepcionalmente complejos, en 110 días.⁶²

En el año 2000 se notificaron 217 concentraciones, de las cuales se resolvieron 204. De éstas, 172 no fueron objetadas, 20 fueron condicionadas, tres fueron objetadas, una desechada y ocho desistidas. Cuando no se requirió información adicional, se resolvieron en un plazo promedio de 27 días; cuando se requirió información adicional, 60 días; y, en los casos excepcionalmente complejos, de 122 días.⁶³

V. EL PERIODO DE ESPERA

1. El artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica

El artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica impone una obligación a los agentes económicos consistente en tener que notificar la concentración antes de su consumación. Este artículo debe interpretarse en el sentido de que no se puede consumir la concentración antes de que la Comisión dicte resolución favorable. De interpretarse en sentido contrario, es decir, de que se puede consumir la concentración después de que es notificada y antes de que se dicte resolución (lo cual podría incluso ser el mismo día en que se realizó la notificación), se haría nugatoria la atribución que tiene la Comisión en materia de prevención de las concentraciones que pueden afectar el proceso de competencia y libre concurrencia, consistente en la posibilidad de impedir que se realice.

En estos términos, lo que tienen los agentes notificantes es una *expectativa de derecho* consistente en la posibilidad de efectuar una concentración. La posibilidad se verá realizada en la resolución favorable que emita la Comisión o, en su caso, con el transcurso del plazo para emitirla.

⁶² Informe de Competencia Económica 1999, Comisión Federal de Competencia, México, pp. 62 y 63.

⁶³ Informe de Competencia Económica 2000, Comisión Federal de Competencia, México, pp. 22 y 99.

En efecto, el procedimiento previsto en el artículo 21 de la Ley inicia con el escrito de notificación de concentración y termina con la resolución que emite la Comisión. En este procedimiento no se confiere a los notificantes un plazo para que manifiesten lo que a su derecho convenga y ofrezcan pruebas, ni para que presenten alegatos, razón por la cual se ha considerado que es violatorio de la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional. Esto es, se puede decir que la Comisión dicta resolución sin cumplir previamente con las formalidades esenciales de un procedimiento, las cuales se traducen en la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; y, la oportunidad de alegar.

No obstante lo anterior, el procedimiento de notificación previa de concentraciones no viola la aludida garantía, en virtud de que desde que se expidió la Ley Federal de Competencia Económica, los agentes económicos que pretendan realizar una concentración que rebase los umbrales en ella establecidos, requieren obtener autorización para llevarla a cabo. *A contrario sensu*, los agentes económicos que pretendan realizar ciertas concentraciones no tienen derecho a realizarlas, sino que pueden incorporar ese derecho con la autorización que otorgue la Comisión. Luego entonces, la resolución que se dicta no es un acto privativo, ya que lo que tiene el agente económico que notifica su concentración es una expectativa de derecho a obtener una resolución favorable que le permita concentrarse.⁶⁴

Además, tan no se trata de actos privativos, que el agente económico que hubiera notificado una concentración que fue objetada, puede notificar un nuevo proyecto de concentración que implique la generación de efectos distintos en el mercado a los originalmente establecidos. En este caso, la Comisión procederá a realizar un nuevo análisis sobre los nuevos términos, pudiendo emitir una resolución favorable.

⁶⁴ El procedimiento de notificación previa de concentraciones tiene cierto parecido con aquel que tiene por objeto otorgar una concesión o permiso, toda vez que en ambos, lejos de buscar privar al particular de alguno de sus derechos, tienen por objeto incorporar uno nuevo en su esfera jurídica.

Si bien el procedimiento de notificación de concentraciones no es violatoria de la garantía de audiencia, la resolución que ponga fin al mismo debe estar debidamente fundada y motivada en términos del artículo 16 constitucional.

Cabe mencionar que el artículo 8 de la Ley de Inversión Extranjera⁶⁵ dispone que se requiere resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49% en diversas actividades económicas y sociedades. Esta disposición fue tomada del artículo con el mismo numeral de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera,⁶⁶ el cual no establecía expresamente que se requería de una resolución favorable, sino de una autorización de la Secretaría que correspondía según la rama de la actividad económica, así como de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera.⁶⁷ Lo anterior fue motivo de cuestionamientos sobre cuándo debía solicitarse la autorización, razón por la cual se expidieron diversas ejecutorias precisando ese momento.

Estas tesis de jurisprudencia señalan que la autorización debe solicitarse previamente al momento en que se efectuara la inversión en una empresa ya establecida o en un establecimiento nuevo, debido a que la Ley no disponía que se resolvería sobre las inversiones que ya se hubieran realizado, sino que se refería a las inversiones que se pretendían efectuar. Lo anterior, con base en la consideración de que si se pretendía regular la inversión extranjera para evitar que dañara la economía nacional, era claro que esa inversión debía ser autorizada con anterioridad al momento en que se efectuara. Otra interpretación, se precisó, permitiría efectuar inversiones continuamente, aunque se retirasen *a posteriori* al ser negada la autorización, lo que sería evidentemente una regulación deficiente.⁶⁸

Esto coincide con la intención del legislador de la Ley Federal de Competencia Económica, toda vez que se pretendió regular las concentraciones para evitar que dañaran o disminuyeran la competencia en los mercados respectivos, por lo cual se estimó necesario analizarlas antes de que se llevaran a cabo.

⁶⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1993.

⁶⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de marzo de 1973.

⁶⁷ BARRERA Graf, *op. cit.*, pp. 806-806.

⁶⁸ Tesis jurisprudenciales publicadas bajo los rubros INVERSIÓN EXTRANJERA. DEBE SOLICITARSE PREVIAMENTE SU AUTORIZACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, vol. 121-126, p. 107; e INVERSIÓN EXTRANJERA. REQUIERE AUTORIZACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, vol. 121-126, p. 107.

Si bien es cierto que lo anterior fue la intención del legislador al expedir la Ley Federal de Competencia Económica, también lo es que la aplicación estricta del precepto en comento podría frenar la dinámica y movimiento de la economía, propósito que no es perseguido por la Ley. De aplicarse estrictamente el artículo 20, todos los notificantes tendrían que esperar los plazos de 45, 80 y hasta 200 días naturales para poder consumir la concentración, aun cuando la mayoría de las concentraciones notificadas no se objetarían. Por ello y aunado a la experiencia de la Comisión, la cual demostró que si bien los umbrales previstos en el citado artículo son de aquellas concentraciones que pueden representar un serio riesgo a la competencia, la mayoría no son objetadas y sólo pocas son condicionadas, actualmente el artículo 20 no es aplicado estrictamente.

En este tenor, una vez notificada la concentración, los agentes económicos involucrados pueden consumirla, salvo que la Comisión instruya que no cierren la operación notificada, que no intercambien prestaciones o información fuera de la necesaria en el caso o se tome posesión de la administración de la empresa objeto de la concentración. Esta orden sólo se emite en los casos en que se considera existen probabilidades suficientes de que la concentración notificada implique un análisis complejo, con fines preventivos.⁶⁹ Si bien la Comisión tiene facultades para emitir la citada orden, toda vez que tiene como una de sus atribuciones prevenir las concentraciones prohibidas, aunado a que los notificantes no pueden consumir la concentración sino hasta que se dicte resolución favorable, en el presente estudio se propone incorporar un periodo de espera para lograr una mayor seguridad jurídica.

Para la elaboración de dicha propuesta, a continuación se analizan diversas legislaciones extranjeras en materia de competencia económica con relación a la notificación previa de concentraciones.

2. Derecho comparado

A. Estados Unidos de América

Las principales leyes en materia de competencia son el Sherman Act (1890), Clayton Act (1914), Robinson-Patman Act (1936), Hart-Scott-

⁶⁹ Informe Anual 93-94, *op. cit.*, pp. 28-29.

Rodino Antitrust Improvements Act (1976) y Federal Trade Commission Act (1914).

Es el Clayton Act, en su Sección 7, el que prohíbe las fusiones y adquisiciones en cualquier actividad del comercio o actividad que afecte el comercio, en cualquier parte del territorio nacional, si las mismas tienen como efecto disminuir sustancialmente la competencia o tienden a crear un monopolio; y, en su Sección 7A, el que establece la obligación de notificar previamente a la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) y a la División Antimonopolios del Departamento de Justicia (*Antitrust Division of the Department of Justice*) ciertas fusiones o adquisiciones, así como los periodos de espera (*waiting periods*) para consumarlas.⁷⁰

Las principales autoridades en materia de competencia son la División Antimonopolios del Departamento de Justicia, la Comisión Federal de Comercio y los Procuradores Generales de Justicia Estatales (*State Attorney General*).

El Departamento de Justicia es encabezado por el asistente del Procurador General Federal (*Assistant Attorney General*), quien es nombrado por el Presidente de los Estados Unidos de América y ratificado por el Senado. La División Antimonopolios del Departamento de Justicia es la que aplica el Sherman Act, y junto con la Comisión Federal de Comercio y otros organismos aplica el Clayton Act.⁷¹

La Comisión Federal de Comercio es un organismo administrativo integrado por cinco Comisionados designados por el Presidente de los

⁷⁰ *The Competition Laws of NAFTA, Canada, Mexico, and the United States*, Section of Antitrust Law, American Bar Association, EUA, 1997, *op. cit.*, pp. 14 y 94.

Aunado al Clayton Act, existen las *Merger Guidelines* que proveen de una descripción del proceso analítico empleado por la División Antimonopolios del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio en los procedimientos de concentraciones, así como de cierta indicación de qué concentraciones probablemente serán objetadas. Las *Merger Guidelines* no tienen valor jurídico ni vinculativo, pero son utilizadas con frecuencia por los tribunales a fin de evaluar los casos de concentraciones que les sean sometidos, empleándolas tanto a favor del análisis realizado por las autoridades administrativas, así como en su contra. Las *Merger Guidelines* fueron emitidas en 1968 por el Departamento de Justicia y modificadas por el propio Departamento en 1982 y 1984. Esta última sigue vigente por lo que se refiere a las concentraciones verticales y conglomeradas, en virtud de que las *Merger Guidelines* emitidas conjuntamente por el Departamento de Justicia y por la Comisión Federal de Comercio en 1992 se aplican actualmente a las concentraciones horizontales. SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 521-522 y 537.

⁷¹ *The Competition Laws of NAFTA, Canada, Mexico, and the United States*, *op. cit.*, p. 18.

Estados Unidos de América, con aprobación del Senado y está organizado en tres departamentos o direcciones: Protección al Consumidor (*bureau of consumer protection*), Competencia (*bureau of competition*) y Economía (*bureau of economics*). Esta Comisión aplica el Federal Trade Commission Act, y junto con la División Antimonopolios y otros organismos aplica el Clayton Act y Robinson-Patman Act.⁷²

Los procuradores generales de justicia estatales aplican sus respectivas leyes locales en materia de competencia, las cuales, en su mayoría, no están supeditadas a las leyes federales en dicha materia. Al respecto, el Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (1988) impuso al Procurador General Federal (*U.S. Attorney General*) la obligación de notificar y compartir información con los estados cuando las posibles violaciones a las leyes federales en materia de competencia pueden afectar a alguno de ellos.⁷³

La notificación previa de concentraciones fue establecida en 1976 y ha sido todo un éxito. Antes de ese año, era frecuente que las autoridades no pudieran objetar una concentración sino hasta después de que se hubiera llevado a cabo y, en este caso, los tribunales generalmente no adoptaban medidas efectivas para corregir la estructura del mercado respectivo. Esto en virtud de que antes de que existiera la obligación de notificar previamente la concentración, las empresas se concentraban y podían quedar sujetas a un procedimiento de competencia iniciado en su contra, pero favorecidas por ya haberla consumado porque existía una aversión histórica de los tribunales de ordenar la desconcentración de una empresa ya concentrada.⁷⁴

El procedimiento de notificación previa de concentraciones permitió a las autoridades detener una concentración que podía generar efectos anticompetitivos en el mercado antes de que se consumara, conservando la estructura de mercado existente al momento de realizarse la notificación. Con lo anterior se resaltó que la objeción de una concentración notificada previamente es a veces la única medida preventiva efectiva y real en contra de las concentraciones ilegales. Ahora, las empresas se enfrentan a los mismos costos que implica un procedimiento, pero desde una posición estratégica menos favorable:

⁷² *Idem*, pp. 23-24.

⁷³ *Idem*, p. 28.

⁷⁴ SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 539-540.

no pueden confiar en la ventaja creada por una concentración ya realizada, además de que se enfrentan a objeciones antes de que la misma se lleve a cabo, por lo que tienden a no realizarla o a llegar a acuerdos con las autoridades a efecto de realizar la mayor parte de la concentración sin llegar hasta el litigio.⁷⁵

Las concentraciones que previamente a su consumación deben notificarse son aquellas en las que tanto la parte adquirente como la adquirida rebasan ciertos umbrales en cuanto a tamaño, y como consecuencia de las mismas, la empresa adquirente obtiene: i) más del 15% de los activos o las acciones con derecho a voto de la empresa adquirida, o ii) activos o acciones con derecho a voto de la empresa adquirida con un valor superior a 15 millones de dólares. Los umbrales en cuanto a tamaño son que el adquirente o el adquirido tenga activos o ventas anuales por más de 10 millones de dólares.⁷⁶

Una vez notificada la concentración, las partes no pueden consumarla sino transcurrido el periodo de espera de 30 días. Este plazo puede ser prolongado si las autoridades, dentro de ese periodo, requieren información adicional (lo cual normalmente sucede en aquellos casos en que existen razones objetivas además del tamaño de la concentración), en cuyo supuesto el periodo de espera se prolonga automáticamente por otros 20 días, contados a partir de que las autoridades hayan recibido la información requerida.⁷⁷

En virtud de que uno de los propósitos de la notificación previa es permitir que las autoridades puedan analizar una concentración antes de que se lleve a cabo, se han impuesto multas cuantiosas a las empresas involucradas en una concentración que adquirieron el control *de facto* antes de notificar la concentración o durante el periodo de espera. Por la misma razón, las autoridades pueden, durante el periodo de espera, exigir a las partes que cesen el intercambio de información durante el tiempo en que se sustancia el procedimiento y de restituirse mutuamente los documentos que contenga información confidencial de cada empresa. Con lo anterior se busca mantener

⁷⁵ *Idem*, pp. 540-541.

⁷⁶ AREEDA, Phillip y Louis KAPLOW, *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*, 4a. ed., Little, Brown and Company, Law book division, EUA, 1988, p. 819; SULLIVAN, *op. cit.*, p. 541.

⁷⁷ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 539.

la independencia y viabilidad de la empresa que será adquirida hasta en tanto se autorice la concentración.⁷⁸

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que las partes puedan consumir la concentración antes de que termine el periodo de espera, para lo cual deben solicitar la terminación anticipada de ese periodo y, en caso de ser aceptada, pueden proceder a consumarla.⁷⁹

Si del análisis efectuado se desprende que la concentración tendrá efectos anticompetitivos, tanto la División Antimonopolios como la Comisión Federal de Comercio pueden negociar un convenio con los interesados (*consent agreements*, lo cual sucede muy a menudo) o pueden obligarlos a abandonar la concentración. Para lo anterior, se informa a las empresas involucradas que de no llegar a un acuerdo o no decidan abandonar la concentración, procederán a solicitar una medida cautelar (*preliminary injunction relief*) al juez de distrito (*District Court*), la cual impedirá su consumación.⁸⁰ Cuando las autoridades obtienen dicha medida cautelar, las partes notificantes generalmente deciden no realizar la concentración y no prosiguen con el litigio.⁸¹

Debido a que las autoridades pueden analizar la concentración antes de que se consume, se han incrementado tanto las opciones como la efectividad de las medidas preventivas. Por ejemplo, conociendo de antemano la concentración que se pretende realizar, las autoridades pueden negociar un acuerdo que permita su consumación en términos en que se preserve una estructura más competitiva del mercado respectivo, lo cual no se podría hacer si se objetara después de consumada.⁸²

⁷⁸ *Idem*, pp. 545-546.

⁷⁹ En 1997, la terminación anticipada fue concedida en el 68% de las concentraciones notificadas, o en el 75% de los procedimientos de notificación previa de concentraciones en los que se solicitaron dichas terminaciones. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 543.

⁸⁰ En el caso de la División Antimonopolios, cuando se ocurre al juez de distrito a solicitar la medida cautelar, el procedimiento continúa ante dicho juez. Situación distinta acontece con la Comisión Federal de Comercio, toda vez que únicamente ocurre al juez de distrito a solicitar la medida cautelar y, en caso de que ésta sea concedida, el procedimiento es retomado por la propia Comisión, y se procede a analizar la legalidad de la concentración en términos de la Sección 7 del Clayton Act. *Idem*, p. 543.

⁸¹ *Idem*, pp. 547-548.

⁸² *Idem*, p. 548.

Por lo que se refiere a la estadística, la gran mayoría de las concentraciones no son objetadas. Por ende, tanto la División Antimonopolios como la Comisión Federal de Comercio han emitido reglamentos previendo excepciones a la obligación de notificar las concentraciones, con las cuales, en 1998, se estimó que disminuyeron las notificaciones entre un 7% y un 10 por ciento.⁸³

B. Unión Europea

Las principales disposiciones en materia de competencia son los artículos 81, 82 y 86 del Tratado de la Unión Europea, y por lo que se refiere a concentraciones, la Council Regulation (EEC) 4064/89 reformada por la Council Regulation (EC) 1310/97.

La Council Regulation (EEC) 4064/89 fue el primer instrumento para el control de las concentraciones transfronterizas realizadas dentro de la Unión Europea. Esta Regulación tiene dos principales metas: prevenir concentraciones anticompetitivas y proporcionar un solo ordenamiento legal que regule las concentraciones con dimensiones comunitarias. Así, se sustituyeron las diversas legislaciones nacionales que contenían regulaciones en materia de concentraciones que tienen esas dimensiones. Esta Regulación fue reformada por la Council Regulation (EC) 1310/97.⁸⁴

El artículo 2 de la Regulación declara incompatible con el mercado común las concentraciones que suponen un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en ese mercado o en parte sustancial del mismo; el artículo 4 impone la obligación de notificar previamente ciertas concentraciones; y el artículo 7 prevé el periodo de espera.

La autoridad en materia de competencia es la Comisión Europea, integrada por 20 comisarios. Cada comisario tiene a su cargo una Dirección General con responsabilidades políticas, siendo la Dirección General IV para la Competencia el órgano directamente res-

⁸³ *Idem*, pp. 542-543.

⁸⁴ FAULL, NIKPAY, Jonathan y Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, p. 205.

Las dos Council Regulation serán referidas como "Regulación".

ponsable de la administración y aplicación de la política de competencia en la Unión Europea.⁸⁵

Las concentraciones previstas en la Regulación son aquellas con dimensiones comunitarias y, como consecuencia de ello, sólo esa Regulación les es aplicable y las autoridades en materia de competencia de los países miembros no tienen jurisdicción sobre dichas concentraciones.⁸⁶

La obligación de notificar previamente las concentraciones fue creada en 1989, estableciéndose expresamente que los agentes notificantes no podrán llevarla a cabo sino hasta que la Comisión dicte resolución de compatibilidad. Sólo como excepción podrán las partes notificantes, previa solicitud, obtener permiso para llevarla a cabo antes de que se dicte la resolución.

Antes de que las partes notifiquen una concentración, existe la posibilidad de que se reúnan con la Comisión Europea con objeto de informarle sobre los antecedentes de la concentración que pretenden efectuar, realización que debe ser probable o posible; de discutir el momento de la notificación y de la emisión de la resolución; de que la Comisión sirva de guía a las partes sobre aspectos técnicos, jurisdiccionales y otros relacionados con las disposiciones en materia de concentraciones; de que la Comisión indique el tipo y la cantidad de información que será necesario proporcionar en la notificación; y, de que las partes conozcan sobre la posible postura que adopte la Comisión en el análisis de la concentración.⁸⁷

Las concentraciones que deben notificarse a la Comisión Europea previamente a su realización son aquellas en las que: i) las ventas totales mundiales de las partes involucradas en la adquisición exceda de cinco millones de euros; ii) las ventas totales en la Unión Europea

⁸⁵ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 996 y página de internet de la Unión Europea: www.europa.eu.int.

⁸⁶ Además de la citada Regulación, existen cuatro Avisos Interpretativos (*Interpretative Notices*), los cuales contienen criterios relacionados con la materia de concentraciones. Los dos primeros se refieren al concepto de concentración y de la empresa conjunta en plenas funciones (*full-function joint venture*), con objeto de determinar si una determinada operación es considerada como una concentración. Si es considerada como tal, los dos últimos Avisos proveen de criterios sobre cuáles empresas son consideradas como empresas involucradas, así como el cálculo de sus ventas anuales, con el propósito de establecer si dicha concentración tiene dimensiones comunitarias. FAULL, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁷ *Idem*, p. 257.

de cada una de por lo menos dos de las involucradas exceda 250,000 euros, y iii) cuando menos una de las involucradas realiza más de una tercera parte de sus ventas totales en la Unión Europea en más de un país miembro en la que surtirá efectos la concentración.⁸⁸

Dicha notificación debe efectuarse en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo de concentración, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control (*controlling interest*). Al respecto, la Comisión ha distinguido entre la obligación de notificar y la posibilidad de permitir que las operaciones se notifiquen antes de la fecha en que se vuelva obligatoria. Lo anterior otorga cierta flexibilidad a las partes involucradas en cuanto a la planeación de sus operaciones, con objeto de que puedan cumplir con las fechas límites para la celebración de asambleas de accionistas, de conclusión de ejercicios fiscales, etc. Sin embargo, en los casos en que se realice la notificación antes de la fecha en que se vuelva obligatoria, la Comisión requiere que las partes hayan celebrado contratos tendientes a su realización.⁸⁹

Una vez notificada la concentración, el procedimiento prevé dos etapas. Sin embargo, en pocas ocasiones se procede a la segunda.

La primera etapa tiene una duración de un mes a partir de que se notificó la concentración. Si la notificación es presentada de manera incompleta, se informa a las partes involucradas y se otorga un plazo para que dicha deficiencia sea subsanada y es hasta que la misma es presentada de manera completa que comienza a correr el plazo con el que cuenta la Comisión para dictar resolución.⁹⁰ Notificada una concentración, ésta no puede llevarse a cabo sino hasta que se autorice.

Antes de que se emitiera la Council Regulation (EC) 1310/97, existía un periodo de espera de tres semanas contados a partir de que se hubiera realizado la notificación, pasado el cual se podía realizar la concentración si no existía orden en contrario de la Comisión. Sin embargo, a partir de la emisión de la Regulación, los notificantes no pueden concentrarse sino hasta que se obtenga resolución de compatibilidad. No obstante, las partes pueden solicitar la eliminación de

⁸⁸ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 540.

⁸⁹ Lo anterior con objeto de no saturar de trabajo a la Comisión Europea analizando concentraciones que no son de realización posible o probable. FAULL, *op. cit.*, p. 258.

⁹⁰ *Idem*, pp. 258-259.

la prohibición de concentrarse, lo cual, se resalta, es visto como una excepción.⁹¹

Para obtener la eliminación de la prohibición de concentrarse, las partes presentan una solicitud expresando las razones por las cuales piden dicha eliminación. Si la Comisión está de acuerdo, emite una decisión provisional concerniente a los términos en que se concederá la eliminación, sobre la cual los notificantes pueden realizar comentarios. En caso de que no realicen comentarios, se convierte en una decisión final. Por el contrario, si la Comisión no está conforme con la solicitud, emite una decisión provisional en ese sentido, sobre la cual las notificantes pueden realizar sus comentarios y se puede celebrar una audiencia a solicitud de los propios notificantes. Una vez vertidos los comentarios y/o celebrada la audiencia, la Comisión emitirá la decisión final anulando, modificando o confirmando la decisión provisional. Tanto la decisión provisional como la definitiva son notificadas a las otras partes involucradas en la concentración, por ejemplo, al vendedor o al adquirido, y hasta pueden ser notificadas a terceras partes, por ejemplo a los demás licitantes, quienes pueden presentar comentarios sobre la primera decisión a efecto de que sean tomadas en consideración por la Comisión.⁹²

La primera etapa concluye cuando se resuelve que la concentración notificada no entra en el ámbito de aplicación de la Regulación o cuando entrando en dicho ámbito: i) no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, por lo cual se declara que es compatible con dicho mercado; ii) origina serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, en cuyo caso se procede a la segunda etapa; o iii) una vez modificada por las empresas afectadas, ya no suscita serias dudas, para lo cual se declara que es compatible con el mercado común si se aceptan dichas modificaciones.⁹³

La segunda etapa tiene una duración de cuatro meses, en la cual la Comisión requiere mayor información a las partes, sus proveedores, clientes y competidores, y se realiza un análisis de la concentración más a fondo que en la primera etapa. Si subsisten las dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, dicha objeción se hace del

⁹¹ *Idem*, p. 262.

⁹² *Idem*, p. 263.

⁹³ *Idem, op. cit.*, pp. 263-264. Artículos 6 y 8 de la Regulación.

conocimiento de las partes involucradas para el efecto de que puedan realizar comentarios y puedan solicitar una audiencia. Posteriormente, la Comisión dicta resolución final.⁹⁴

Estadísticamente, la gran mayoría de las concentraciones no son objetadas. Tan es así que de 1990 a 1998, de las 897 concentraciones notificadas (sin considerar aquellas que fueron retiradas), sólo 51 prosiguieron con la segunda etapa del procedimiento de notificación previa de concentraciones.⁹⁵

C. Canadá

La principal ley en materia de competencia es el Competition Act (1986), el cual reformó el Combines Investigation Act (1970).

La Sección VIII del Competition Act prohíbe las concentraciones que impidan o disminuyan o que puedan impedir o disminuir sustancialmente la competencia y la Sección IX prevé la obligación de notificar previamente ciertas concentraciones, así como el periodo de espera.⁹⁶

Las principales autoridades en materia de competencia son el Secretario de Industria (*Minister of Industry*), el Departamento de Competencia (*Competition Bureau*), el Procurador General (*Attorney General*) y el Tribunal de Competencia (*Competition Tribunal*).

El Departamento de Competencia es una unidad de la Secretaría de Industria, encabezado por el Comisionado de Competencia, y está organizado principalmente en cuatro direcciones: Asuntos Civiles, Asuntos Penales, Concentraciones y Prácticas de Comercio Leales (*Fair Business Practices*). El Departamento es la autoridad federal que aplica el Competition Act en materia civil.⁹⁷

⁹⁴ FAULL, *op. cit.*, pp. 265-271.

⁹⁵ *Idem*, p. 272.

⁹⁶ Sección VIII, numerales 91 al 107, y Sección IX del Competition Act.

Además del Competition Act, el Departamento de Competencia ha emitido las *Merger Enforcement Guidelines*, las cuales, sin ser vinculativas, describen la política de aplicación de las disposiciones en materia de concentraciones. Asimismo, es el *Regulations Respecting Notifiable Transactions* el que prevé los criterios para calcular el valor de los activos y las ventas anuales de las empresas involucradas en la concentración, así como los requisitos exigidos en las notificaciones en forma extensa o reducida.

⁹⁷ *The Competition Laws of NAFTA, Canada, Mexico, and the United States, op. cit.*, p. 34 y página de internet de Canadá: www.canada.gc.ca.

El Procurador General, a través de los abogados del Departamento de Justicia (*Department of Justice*), aplica el Competition Act en material penal.⁹⁸

El Tribunal de Competencia es un tribunal administrativo integrado por jueces de la Corte Federal (*Federal Court*) y expertos en materia de economía o industria. Tiene jurisdicción exclusiva para conocer de las acciones ejercidas por el Departamento de Competencia de conformidad con el Competition Act. En materia de concentraciones, es la autoridad que puede prohibir que se concentren u ordenar su desconcentración o la enajenación de sus activos.⁹⁹

La notificación previa de concentraciones fue establecida principalmente con el propósito de proveer al Departamento con aviso anticipado de la posible realización de concentraciones significativas, permitirle analizar sus efectos y evitar los problemas relacionados con su desconcentración, así como de la restitución de las cosas al estado que se encontraban antes de su consumación.

En general, las concentraciones que antes de su consumación deben notificarse al Departamento de Competencia dependen del tamaño de las partes involucradas, así como del valor de las transacciones. Así, son notificables aquellas en las que: i) las partes involucradas en la concentración, junto con sus afiliadas, tengan activos en Canadá o ventas anuales en, desde o para Canadá, por más de 400 millones de dólares canadienses; y, ii) en el caso de adquisición de activos o acciones, el valor de los activos canadienses involucrados o controlados a través de la empresa a quien pertenecen las acciones, o las ventas anuales en o desde Canadá derivados por dichos activos, sean mayores a 35 millones de dólares canadienses.¹⁰⁰ En el caso de adquisición de acciones con derecho a voto, además del anterior umbral, es necesario que como resultado de la adquisición la empresa adquirente obtenga acciones que excedan porcentajes especificados: en el caso de empresas que cotizan en bolsa, el 20% de las acciones en circulación (o el 50% si ya tiene en propiedad el 20%) y en el caso de las

⁹⁸ *The Competition Laws of NAFTA, Canada, Mexico, and the United States, op. cit.*, p. 35.

⁹⁹ *Idem*, pp. 35-36.

¹⁰⁰ *The Competition Laws of NAFTA, Canada, Mexico, and the United States, op. cit.*, p. 118.

demás empresas, el 35% de las acciones en circulación (o el 50% si ya tiene en propiedad el 35 por ciento).¹⁰¹

Rebasados estos umbrales, queda a elección de las partes involucradas realizar una notificación en forma extensa (*long form notification*) o en forma reducida (*short form notification*).¹⁰² Empero, si es realizada en forma reducida, el Departamento tiene un plazo de 14 días para requerir que sea hecha de forma extensa.¹⁰³

Realizada la notificación, las partes involucradas se enfrentan a un periodo de espera que depende de la forma en que se realizó la notificación, es decir, en forma reducida o extensa. En el primer caso, el periodo de espera es de 14 días, salvo que el Departamento requiera que la notificación sea realizada en forma extensa. En el segundo caso, el periodo de espera es de 42 días.¹⁰⁴

Por los periodos de espera, es conveniente emplear la forma extensa de notificación cuando la concentración que se pretende realizar es compleja, toda vez que en este caso existe un único periodo de espera de 42 días. En efecto, si bien cuando se notifica la concentración en forma reducida el periodo de espera es de 14 días, si la misma es compleja existen altas probabilidades de que el Departamento requiera, transcurrido ese periodo, la notificación en forma extensa, con lo cual se prolonga el periodo por 42 días más (es decir, un total de 54 días).

Si bien las partes deben esperar a que venza el periodo de espera para que puedan realizar la concentración, existen tres formas de eliminar dicha espera. Primero, cuando el Departamento, antes de que transcurra dicho periodo, notifica por escrito a las partes que no objetará la concentración ante el Tribunal de Competencia. Segundo, cuando la concentración es notificada junto con una solicitud de re-

¹⁰¹ Página de internet del Departamento de Competencia de Canadá: www.strategis.ic.gc.ca.

¹⁰² Históricamente, la mayoría de las notificaciones eran realizadas en forma reducida y sólo cuando la concentración generaba serias dudas sobre problemas de competencia se requería información adicional. Con objeto de evitar lo anterior y uniformar criterios, se introdujo la forma de notificación extensa, la cual incluye información que normalmente era proporcionada en las formas reducidas por los notificantes de manera voluntaria. Generalmente, la decisión de requerir información con base en la forma extensa es tomada casuísticamente, sin embargo, ejerce influencia la complejidad de la concentración. Página de internet del Departamento de Competencia de Canadá: www.strategis.ic.gc.ca.

¹⁰³ *Idem*, p. 120.

¹⁰⁴ Numeral 123, Sección IX del Competition Act.

solución preliminar (*advance ruling certificate*),¹⁰⁵ y la misma es dictada antes de que termine el periodo de espera. Y tercero, cuando el Departamento exceptúa a las partes involucradas de la obligación de notificar la concentración y, consecuentemente, del periodo de espera, en virtud de que las mismas al solicitar la resolución preliminar proporcionaron información sustancialmente similar a la requerida para notificar una concentración.¹⁰⁶

Por otro lado, existe la posibilidad de que aun transcurrido el periodo de espera, las partes no puedan consumir la concentración, lo cual sucede cuando el Departamento, previendo los efectos anticompetitivos, pretenda objetarla y para tales efectos ocurra al Tribunal de Competencia solicitando una medida cautelar que prohíba que la misma se lleve a cabo y ésta sea concedida. En este caso, es el Tribunal el que objetará la concentración.¹⁰⁷

Por lo que se refiere a la estadística, dentro del periodo de 1995 a 2000 (hasta el 31 de marzo) de un total de 1,719 procedimientos iniciados por notificación de concentraciones, concentraciones violatorias del Competition Act y solicitudes de certificados de resolución pronta, 1,685 fueron concluidos; de los cuales 1,653 se resolvieron favorablemente o estableciendo que las transacciones no eran violatorias del citado ordenamiento legal y se expidieron 981 certificados.¹⁰⁸

De lo antes expuesto se desprende que el objetivo buscado con el periodo de espera consiste en proporcionar a la autoridad un plazo razonable para que pueda analizar las concentraciones antes de que se consuman, con el propósito de que no se realicen aquellas que posiblemente podrían dañar, disminuir o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia.

¹⁰⁵ En términos del numeral 113 de la Sección IX del Competition Act, están exceptuadas de la obligación de notificación previa aquellas concentraciones que hubieran obtenido la resolución preliminar (*advance ruling certificate*). Esta resolución es dictada por el Departamento de Competencia cuando considere que la concentración no afectará la competencia, para lo cual es necesario que los solicitantes proporcionen la información y documentación que acrediten esos efectos de la concentración. Numeral 102 de la Sección VIII del Competition Act.

¹⁰⁶ Página del Departamento de Competencia de Canadá: www.strategis.ic.gc.ca.

¹⁰⁷ Numeral 92 de la Sección VIII del Competition Act.

¹⁰⁸ Informe Anual del Departamento de Competencia, periodo abril 1999-marzo 2000. Consultado en la página de internet del citado organismo.

Es de resaltar que en las legislaciones antes mencionadas el periodo de espera es la regla general, siendo la excepción la posibilidad de consumir la concentración antes de que las autoridades dicten la resolución favorable. En el caso de México, acontece lo contrario.

3. Propuesta de reforma de los artículos 20 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica

En el caso de México, la regla general es que los notificantes pueden consumir la concentración una vez notificada salvo que, por excepción, se les instruya no cerrar la operación, no intercambiar prestaciones o información fuera de la necesaria en el caso o tomar posesión de la administración de la empresa objeto de la concentración, emitiéndose esta orden sólo en aquellos casos que implique un análisis complejo.

Lo anterior fue resultado de que por un lado, de aplicarse estrictamente el artículo 20 de la Ley, se obligaría a los notificantes a esperar a que la Comisión dicte resolución dentro de un plazo que puede ser de 45, 80 y de hasta 200 días naturales para poder consumir la concentración, lo cual podría frenar la dinámica y movimiento de la economía y, por el otro, de permitirse a los agentes económicos consumirla sin tener que esperar a que la Comisión dicte resolución favorable carecería de sentido el sistema preventivo establecido en la Ley.

No obstante, considerando que es necesario salvaguardar la atribución de la Comisión de analizar las concentraciones previamente a su realización, la regla general debe ser que no puedan consumirse y la excepción la posibilidad de que la puedan efectuar antes de que se dicte la resolución favorable. Por lo anterior, se propone reformar los artículos 20 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica con objeto de incluir el periodo de espera.

Al respecto, el artículo 20 de la Ley de la materia es del tenor literal siguiente:

Artículo 20. Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:

I. Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

II. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

III. Si en la transacción participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente, para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente, a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente, para el Distrito Federal.

Para la inscripción de los actos que conforme a su naturaleza deban ser inscritos en el Registro Público de Comercio, los agentes económicos que estén en los supuestos I a III deberán acreditar haber obtenido resolución favorable de la Comisión o haber realizado la notificación a que se refiere este artículo sin que dicha Comisión hubiere emitido resolución en el plazo a que se refiere el siguiente artículo.

Se propone reformar este artículo únicamente por lo que se refiere a su encabezado, para incluir el periodo de espera, quedando de la siguiente manera:

Artículo 20. Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión y no podrán llevarse a cabo durante el periodo de espera previsto en el siguiente artículo: (...)

Así, quedará sentado que una vez notificada la concentración, los agentes económicos quedan sujetos a un periodo de espera, durante el cual no podrán consumir la concentración.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley de la materia es del tenor literal siguiente:

Artículo 21. Para lo efectos del artículo anterior, se estará a lo siguiente:

I. La notificación se hará por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los agentes económicos involucrados, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida.

II. La Comisión podrá solicitar datos o documentos adicionales dentro de los veinte días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar dentro de un plazo de

quince días naturales, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados.

III. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin emitir resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción alguna.

IV. En casos excepcionalmente complejos, el Presidente de la Comisión, bajo su responsabilidad, podrá ampliar el plazo a que se refieren las fracciones II y III hasta por sesenta días naturales adicionales.

V. La resolución de la Comisión deberá estar debidamente fundada y motivada.

VI. La resolución favorable no prejuzgará sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados.

Por lo que hace a este artículo, la propuesta de reforma se realiza tomando en consideración los plazos que tiene la Comisión para dictar resolución.

Plazo para dictar resolución: 45 días naturales. Tomando en cuenta que el plazo previsto para analizar una concentración para determinar si es necesario requerir información adicional es de 20 días naturales, se estima que el periodo de espera debe durar ese mismo plazo, en virtud de que hasta en tanto se estudie la concentración notificada, se desconoce si los efectos que generará la misma en el o los mercados respectivos son benéficos o dañinos.

Así, se propone incluir un periodo de espera de 20 días naturales contados a partir de que se presente la notificación, durante el cual los notificantes no podrán consumir la concentración ni intercambiar información. Transcurridos estos 20 días naturales sin que la Comisión requiera información adicional, los agentes económicos podrán concentrarse.

Plazo para dictar resolución: 80 días naturales. Considerando que se requiere información adicional para aquellas concentraciones que por su naturaleza compleja deban ser analizadas con mayor profundidad, concediendo a los notificantes 15 días naturales para que presenten dicha información, se estima que en estos casos, el periodo de espera debe prolongarse por otros 15 días naturales contados a partir de que se presente la información requerida, para que la mis-

ma pueda ser analizada por la Comisión. Lo anterior, en el entendido de que el periodo de espera también se aplica durante el plazo que tiene el notificante para dar cumplimiento al requerimiento.

Transcurrido este plazo promedio de 50 días naturales (que puede ser menor dependiendo de la fecha en que los notificantes presenten la información adicional requerida), podrán los agentes económicos concentrarse. Sin embargo, si aun transcurrido este periodo de espera de 50 días quedan subsistentes serias dudas con respecto a los efectos que la concentración notificada generará en el o los mercados respectivos, la Comisión dictará un acuerdo expresando los razonamientos por los cuales no se permita que la concentración sea consumada hasta en tanto se emita resolución favorable.

La autoridad que dictará el mencionado acuerdo será el Secretario Ejecutivo de la Comisión, por ser éste quien, de conformidad con el artículo 23, fracciones III y V del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, tiene las atribuciones de representar a la Comisión en toda clase de procedimientos, así como de coordinar y supervisar el debido seguimiento de los procedimientos que se sigan ante la Comisión, cuidando la uniformidad de criterios y evitando duplicidad en dichos procedimientos.

Estos casos corresponderán a aquellas concentraciones que presumiblemente serán objetadas porque confiere o puede conferir poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto en el mercado relevante sin que los competidores puedan contrarrestarlo, tiene por objeto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado relevante o impedirles su acceso, o tienen por objeto o efecto facilitar el ejercicio de prácticas monopólicas violatorias de la Ley.

Plazo para dictar resolución: 200 días naturales. Tomando en consideración que el plazo de 20 días naturales para requerir información adicional se puede ampliar por 60 días naturales adicionales en casos excepcionalmente complejos, es necesario que en estos casos también se prolongue el periodo de espera por otros 60 días naturales contados a partir de que se amplíe el plazo para requerir información, así como por otros 15 días naturales contados a partir de que se presente la información requerida.

Transcurrido este plazo de 110 días naturales (que también puede ser menor dependiendo de la fecha en que los notificantes presenten

la información adicional requerida), podrán los agentes económicos concentrarse, salvo que aun transcurrido este periodo de espera quedan subsistentes serias dudas con respecto a los efectos que la concentración notificada generará, en cuyo caso se dictará un acuerdo impidiendo que la concentración se consuma hasta que se emita resolución favorable. Con lo anterior, el artículo 21 quedaría de la siguiente manera:

Artículo 21. Para los efectos del artículo anterior, se estará a lo siguiente:

I. La notificación se hará por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los agentes económicos involucrados, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida.

II. Los agentes económicos notificantes quedarán sujetos a un periodo de espera de veinte días naturales contados a partir de la presentación de la notificación, transcurrido el cual podrán consumir la transacción, salvo que la Comisión requiera información adicional en términos de la siguiente fracción.

III. La Comisión podrá solicitar datos o documentos adicionales dentro de los veinte días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar dentro de un plazo de quince días naturales, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados.

IV. Si la Comisión requiere información adicional, el periodo de espera previsto en la fracción II del presente artículo se prorrogará por otros quince días naturales contados a partir de que sea proporcionada la información requerida a los agentes económicos notificantes, transcurrido el cual podrán consumir la transacción, salvo que la Comisión prohíba que la misma se lleve a cabo.

V. Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin emitir resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción alguna.

VI. En casos excepcionalmente complejos, el Presidente de la Comisión, bajo su responsabilidad, podrá ampliar el plazo a que se refieren las fracciones III y V hasta por sesenta días naturales adicionales; en caso de que se amplíe el plazo previsto en la fracción III, se prolongará el periodo de espera por igual periodo.

VII. La resolución de la Comisión deberá estar debidamente fundada y motivada.

VIII. La resolución favorable no prejuzgará sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados.

Así, al incluir el periodo de espera que es menor a los plazos previstos en la Ley Federal de Competencia Económica para que la Comisión dicte resolución, salvaguardando a la vez la atribución de la autoridad para analizar las concentraciones previamente a su realización, se cumple con uno de los objetivos de la Ley, toda vez que el periodo de espera evitará frenar la dinámica de los mercados y prevendrá los posibles efectos negativos de las concentraciones y la dificultad de volver las cosas al estado que se encontraban antes de su consumación.

LA DEFINICIÓN JUSTINIANEA DE OBLIGACIÓN CIVIL, AUMENTADA, CONCORDADA Y PUESTA AL DÍA

Manuel MOGUEL CABALLERO

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. La ciencia del derecho. III. Perspectivas distorsionadas. IV. Importancia de la materia de las obligaciones. V. Derecho romano. 1. El sustantivo "Obligatio". 2. La obligación ex delicto. Antecedentes y nacimiento. 3. Manus iniectio. Función satisfactoria. 4. Nace la obligación ex delicto. 5. Las afectaciones corporales. 6. Las afectaciones morales. 7. Los daños patrimoniales. 8. Los delitos civiles, ¿constituyen una obligación? VI. Nuestra definición de obligación.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 1174, que se encuentra en el Libro Cuarto que corresponde a las Obligaciones del Código Civil Italiano, dispone: "La prestación que forma objeto de la obligación debe ser susceptible de valuación económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor". Emilio Betti asevera: "La obligación romana tiene un contenido exclusivamente pecuniario: no obstante no habría afirmación más errónea que aquella de que la obligación no fuese susceptible de proteger intereses no patrimoniales y que el dinero no fuese reconocido idóneo para reparar lesiones de semejantes intereses".¹ Pero más allá de "un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor" está el resto del derecho. La expresión es vaga y deriva de la falta de precisión en la definición de la obligación civil.

¹ BETTI, Emilio, *La Struttura dell'Obbligazione Romana e il problema della sua genesi*, p. 25.

Justiniano nos dice en I. 3, 13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*, que traducimos como: "La obligación es un vínculo de derecho, por el cual estamos compelidos a pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad".

Paulo había dado otra definición antes: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*.² (La sustancia de las obligaciones no consiste en hacernos propietario de una cosa o hacer adquirir una servidumbre, sino para constreñir a alguien respecto a nosotros a dar algo, hacer o prestar algo).³

Ahora se define a la obligación como un vínculo jurídico, en el que una parte llamada deudor, está constreñida a dar, hacer o no hacer alguna cosa hacia otra llamada acreedor.

II. LA CIENCIA DEL DERECHO

Consideramos que nadie niega que el derecho sea una ciencia. Es ciencia porque constituye un conjunto de conocimientos que se han venido elaborando desde los tiempos del derecho romano. "Los factores religiosos y sociales, son pues, particularmente importantes en los orígenes, sobre todo en lo que respecta a la ejecución de la obligación; pero sería erróneo olvidar el aspecto económico; juega éste, desde el más antiguo derecho, un papel esencial en la formación de la obligación. La obligación se presenta, de forma cada vez más acusada, como un desplazamiento de valor económico y ha podido decirse que la historia de la obligación es la del progreso de su carácter patrimonial".⁴ Pero el derecho ha evolucionado, considero que esto nadie lo puede negar, ya no digamos desde su inicio, sino después de la caída del imperio romano, ya que como dice Betti, el derecho entero

² PAULO, D.44, 7, 3 pr. *Breviarum Iuris Romani*. V. Arangio Ruiz y A. Guarino, Milán, Giuffrè. 1974.

³ GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, Reus, Madrid, voz Obligatio.

⁴ GAUDEMET, E., citado por OURLIAC, Paul, y MALAFOSSE, J. DE, en su *Derecho romano y francés histórico*, p. 25. Bosch, Barcelona.

ha sufrido profundas transformaciones a través del medioevo y la época moderna, hasta llegar a nuestros días. Estos conocimientos deben estar relacionados y presentar un todo armónico. Los romanos no eran proclives a las generalizaciones, sino su derecho estaba fundado en el pragmatismo, como nos lo demuestran sus decisiones pretorianas, y sólo con el tiempo avanzaron hacia algunas generalizaciones.

Lo mismo sucedió con el derecho inglés, que implantó el *common law* como el método del precedente obligatorio para las subsecuentes decisiones, pero que con el tiempo tuvo que recurrir a las generalizaciones, como lo es la ley, porque es evidente que muchos de los principios implantados en las decisiones de hace ochocientos años ya no pueden aplicarse ahora, por los cambios que sufre la vida y el derecho es vida. Hasta bien entrado el siglo XX, el derecho inglés se ha modernizado, porque como dice Radbruch, Gustav: "...en Inglaterra, a diferencia de los países del continente, la Edad Media no se ha separado de la Edad Moderna por un profundo corte, sino que, por el contrario, se prolonga todavía en el presente".⁵

El derecho es ciencia porque estudia las relaciones de la vida social, por lo que necesita constituir un todo orgánico, con sus conceptos, definiciones y su terminología propia.

El fin de la ciencia del derecho es dar los conceptos y las definiciones, los elementos en general, que conduzcan hacia la justicia, es decir, que los estudiosos encuentren las bases científicas que les den precisión para resolver los problemas jurídicos, según el apotegma celsiano de dar a cada quien lo suyo.

III. PERSPECTIVAS DISTORSIONADAS

Dos grandes obstáculos encontramos con el apego a la interpretación que se da en el estudio de la definición de obligación romana: 1o. Insistir en su carácter patrimonial y 2o. Buscar su diferencia con el derecho real.

Decir que la obligación tiene esencialmente un carácter patrimonial, es dar por sentado: a) Que sólo existen obligaciones contractuales, cuyo elemento esencial indiscutiblemente es la patrimonialidad.

⁵ RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 13.

b) Por lo mismo, se dejan de lado las obligaciones por hechos ilícitos. Empero, para algunos romanistas, primero existieron las obligaciones por hechos ilícitos y de ellas derivaron las contractuales.

Expresar que el elemento predominante es la patrimonialidad, es como decir que en la definición de animal, el elemento preponderante es la racionalidad, elemento muy superior a cualquier otra característica de los demás animales, por lo que el elemento fundamental del animal es la racionalidad. Esto evidentemente es ilógico, está fuera de enfoque del concepto de animal, porque la racionalidad es sólo una de las características de una de las especies de los animales. En las obligaciones, la patrimonialidad es la característica esencial de las obligaciones por hechos ilícitos.

Las obligaciones no se dividen en patrimoniales y no patrimoniales, sino que se toma su fuente para clasificarlas y así se dice obligaciones que derivan *ex voluntate* o *ex lege*, contractuales o extracontractuales, voluntarias o legales, que derivan de contrato o de la ley, o cualquier combinación de estos términos. Recordemos que Justiniano nos legó la división de contratos y cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, lo que equivale a la división bipartita que hacemos.

De la misma definición de obligación vemos que se insiste en lo que el deudor está obligado en la relación jurídica, pero no se menciona en absoluto lo que el acreedor tiene derecho a exigir. Se advierten las consecuencias de esta omisión en el artículo 1174 C.C.I. *supra* citado, que es la imprecisión de su redacción.

Otra cuestión que se vincula con la definición de obligación, es que se busca su diferencia con los derechos reales. Al respecto Planiol⁶ expresa: "Es a consecuencia de una ilusión, resultado de un análisis superficial, que se ha separado el dominio del derecho en dos compartimientos que parecen no tener nada en común: aquel de las obligaciones o derechos de crédito, aquel de la propiedad y de otros derechos reales. Se ha establecido entre ellos una separación absoluta, que hace creer que estos diferentes derechos son de naturaleza diferente. Aunque antigua, esta idea no es menos falsa. Ella encuentra su apoyo más sólido en la distinción que existe en derecho romano,

⁶ PLANIOL, prefacio de su *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, 11a. ed., publicado con la colaboración de Georges Ripert, por Librairie Générale de DROIT & de Jurisprudence de París, 1937, p. X.

entre las maneras de obligarse, que estaban representadas principalmente por la estipulación, y las maneras de adquirir, cuyo tipo principal era la *mancipatio*. Mas esta coexistencia de dos procedimientos jurídicos diferentes, el uno para obligarse, el otro para adquirir, es un hecho externo, una distinción de pura forma que concierne al procedimiento jurídico, y que por lo demás es arbitrario; es un accidente histórico local, que no tiene nada de eterno ni de universal. En el fondo, el derecho real es de la misma naturaleza que el derecho de crédito; él supone, el otro también, una relación de orden obligatorio entre las personas. La definición clásica, que reduce el derecho real a una relación directa entre una persona y una cosa, es falsa; el derecho real no es un derecho sino en tanto que implica una obligación pasiva universal, a cargo de toda persona distinta de su titular".⁷

Estamos de acuerdo con este eminente jurista. Estas cuestiones han hecho perder el enfoque correcto para el debido estudio de la definición de la obligación. Impiden ver que no sólo los derechos reales, sino todo derecho absoluto, como son los derechos corporales y los morales deben incluirse en la definición de obligación, porque lo que se necesita es saber qué puede hacer el titular de un derecho, el acreedor *erga omnes*, en caso de que un tercero ataque, viole los derechos que tiene sobre su patrimonio, su integridad física o moral.

IV. IMPORTANCIA DE LA MATERIA DE LAS OBLIGACIONES

Dentro de la ciencia del derecho, las obligaciones constituyen la parte más importante del derecho. Los romanos la llevaron a un gran desarrollo. Planiol⁸ dice: "La teoría general de las obligaciones tiene una importancia doctrinal extrema ...contiene todas las nociones fundamentales de la ciencia del derecho. Todas las relaciones que existen entre los hombres, al menos todas aquellas que las leyes rigen, se reducen a la idea de obligación: ninguna cuestión de orden jurídico se puede concebir fuera de esta idea; donde no existe obligación, el derecho no tiene nada que ver, el jurista tiene que callar... En la parte del Código consagrada a las obligaciones se encuentran todos los textos

⁷ Para un extenso estudio sobre el tema, puede verse el t. I de la obra *Derecho romano y francés histórico*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

⁸ PLANIOL, *op. cit.*, prefacio, p. IX.

que tienen el valor de principios generales del derecho, los que es necesario poseer para comprender los otros...La materia de las obligaciones tiene otro carácter que le es propio: es la más teórica de todas las partes del derecho...Es ella quien forma el dominio principal de la lógica jurídica”.

El derecho es lógica y la lógica impone orden. Por ello, el derecho impone orden en la convivencia social. Algunos autores critican el apego a la lógica en el derecho y otros más, la búsqueda de precisión en los términos jurídicos. Pero si defendemos el derecho como ciencia, tenemos que defender la lógica jurídica, porque de otro modo tendríamos contradicciones que sólo conducen a la injusticia cuando de aplicar el derecho se trata. Y la precisión en la terminología también hay que perseguirla, en primer lugar, porque es una consecuencia de la lógica y en segundo, porque jamás llegaríamos a entendernos con términos ambiguos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el término *faute* en los artículos 1382 y 1383 del C.N., que para una parte de la doctrina significa culpa y para otra, falta. Y se han llenado páginas enteras en los libros tratando de aclarar y precisar el significado.⁹

[Respecto a que el derecho impone orden, se prueba fácilmente. Quien recorra la calle de San Juan de Letrán de nuestra ciudad, entre las doce y las diecisiete horas, podrá ver las banquetas pletóricas de vendedores ambulantes, por las que no se puede caminar. Hay vendedores hasta en el arroyo de las calles; vehículos que circulan en sentido contrario, etc. Aquí no se aplica el derecho. Una pregunta surge: en caso de un accidente automovilístico, ¿quién será el culpable?: ¿Quién autoriza el ejercicio del comercio en la vía pública, los que se posesionan de dichos lugares o el automovilista que hace uso de su derecho? Otra cuestión se presenta también. Se sabe que mucha de esa mercancía proviene del contrabando. Pero las autoridades capitalinas expresan que toca a las federales impedir que la mercancía entre de contrabando. Para nosotros tanto el contrabandista, como el vendedor y quien autoriza esa venta son culpables. En lugar de prohibirlo, las autoridades lo fomentan. Aún se podría ir más lejos: Sur-

⁹ Al respecto puede verse mi estudio publicado en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, año 26, núm. 26, México, 2002, p. 777.

gen rivalidades entre contrabandistas y forman sus pandillas; luego vienen los asesinatos (Tepito). Es la descomposición de la sociedad. Por el bien de todos, PRIMERO ES EL DERECHO].

V. DERECHO ROMANO

1. El sustantivo *Obligatio*

Schulz asevera: “La palabra *obligare* es relativamente antigua...En contraste con *obligare*, el sustantivo *obligatio* aparece tardíamente. No era corriente todavía al final de la República...En la época clásica *obligatio* fue un término jurídico bien conocido...Ante todo hemos de advertir que los juristas clásicos no intentaron jamás definir la *obligatio*. Las dos famosas definiciones que hallamos en nuestras fuentes son de origen posclásico... Ello responde a la actitud general de los juristas clásicos, reacios siempre a definir conceptos fundamentales...”¹⁰

Betti nos dice que, etimológicamente, *obligatio* significa ligamen, nudo, vínculo.¹¹ Este ilustre romanista no hace referencia a la época en que apareció en el derecho romano el término. De lo que sí nos advierte es que “la génesis de la obligación moderna se encuentra en un cambio radical operado en todo el orden jurídico, durante el traspaso de la edad clásica a la justiniana y a la moderna, a través de la edad posclásica y el medioevo”.¹²

Bonfante¹³ nos dice: “El origen histórico de la obligación romana se halla en la responsabilidad penal, *ex delicto*; la responsabilidad contractual se subordinó en su primera fase a ese mismo concepto”. También Albertario expresa que las primeras relaciones obligatorias tuvieron en Roma carácter internacional y penal, por actos ilícitos habidos entre las unidades políticas que eran la *gens* o la familia.¹⁴

¹⁰ SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, España, pp. 435 y ss.

¹¹ BETTI, *op. cit.*, p. 42.

¹² *Ibidem*, p. 175.

¹³ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, Reus, 5a. ed., Madrid, p. 376.

¹⁴ ALBERTARIO, tomado de *Derecho romano y francés histórico*, *op. cit.*, t. I, p. 63.

2. La obligación *ex delicto*. Antecedentes y nacimiento

Betti¹⁵ enseña que en el inicio del derecho romano, del delito privado no nacía una obligación, sino una acción que tenía el ofendido en contra del agresor, era la venganza sancionada por la comunidad (el talión no era otra cosa que una venganza, así como la *manus iniectio*¹⁶), que no podía existir obligación, porque hay una congruencia estructural entre ésta y la solución¹⁷ y no existía ésta en la venganza. El ofendido disponía de la acción de la *manus iniectio* para hacer prisionero al agresor, reducirlo a esclavitud o darle muerte, en su caso;¹⁸ que la figura se modelaba sobre el emprisionamiento de guerra, como era practicado entre enemigos, en el derecho internacional primitivo. Así tenía un carácter punitivo, es decir, tenía una ejecución forzada.¹⁹ La pena privada era un castigo impuesto en razón de un delito cometido.²⁰ Se nota la ausencia de un valor pecuniario que sirva de subrogación, sustitución en lugar de la venganza, no hay un valor de equivalencia.²¹

3. *Manus iniectio*. Función satisfactoria

Evoluciona el derecho y posteriormente, en la primitiva obligación, aparece la función satisfactoria, no la penal, de la *manus iniectio*;²² pero no era un derecho de crédito. Es decir, continuaba vigente la *manus iniectio*, pero no como venganza, sino como función satisfactoria, al establecerse un valor pecuniario que sirva al acreedor de satisfacción en lugar del hecho esperado y no realizado.²³

En virtud del *nexum*, la parte herida renuncia a ejercitar la venganza y llega a una transacción sobre ella, fijando una cantidad de dinero o una cantidad de valor pecuniario en tal medida, que lo compense de

¹⁵ BETTI, *op. cit.*, p. 109.

¹⁶ *Ibidem*, p. 173.

¹⁷ *Ibidem*, p. 112.

¹⁸ *Ibidem*, p. 118.

¹⁹ *Ibidem*, p. 119.

²⁰ *Ibidem*, p. 121.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

la lesión sufrida y de la pérdida moral que ha experimentado por transigir sobre la venganza. Esta suma o cantidad a erogar se llama poena o daño.²⁴ Probablemente el *nexum* era el acto de sometimiento con el cual, el culpable de un delito se comprometía a pagar personalmente con su propio trabajo la compensación pactada, para evitar la pena capital o corporal privada. Todavía en las XII Tablas se da esta situación, según podemos ver en la Tabla VIII, inciso II, que decía: "Si aquel que rompe un miembro no transige, sea el talión".²⁵ Estas no son formas de ejecución de una deuda jurídica que nazca de delito, sino más bien procedimientos dirigidos a castigar al culpable a causa del delito cometido.²⁶ Según este autor, todavía se conservaba este procedimiento de la *manus iniectio* con oportunidad de redención, en época de Gayo (3, 189), en los casos de robo flagrante.

4. Nace la obligación *ex delicto*

La obligación *ex delicto* surge propiamente cuando ya no había necesidad de un previo aseguramiento, ni tampoco de un pacto expreso sobre su emprisionamiento. Es muy difícil decir cuándo sucedió esto, pero fue cuando la costumbre de la transacción fue acogida por la ley,²⁷ porque ya la transacción entre las partes no tenía sentido. Pero no fue total el cambio, y ahí donde la costumbre no fijaba una cantidad, las partes seguían fijándola por convenio. Así nació la verdadera obligación *ex delicto*, porque el culpable era considerado *ipso iure* como deudor de una reparación pecuniaria, derivada de la composición de la *manus iniectio* y con posterioridad, de la ley y la costumbre.²⁸ (Es lo que nos dice el último párrafo del 2104 C.C.: "El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención").

Del *nexum*, la doctrina considera se originó la obligación *ex contractu*, porque no se concebía que la ley se impusiera a la voluntad de las partes, es decir, que el contrato sólo podía surgir por el

²⁴ *Ibidem*, p. 174.

²⁵ ORTOLÁN, J., *Legislation romaine*, t. I, Librairie Plon, París, p. 114.

²⁶ BETTI, *op. cit.*, p. 180.

²⁷ *Ibidem*, p. 181.

²⁸ *Idem*.

acuerdo de voluntades y no por la ley. El *nexum* se dio, cuando las partes expresan su voluntad a través de la transacción.

5. Las afectaciones corporales

El inciso II de la tabla VIII de las Doce Tablas dice: “Si alguien rompe un miembro, y no transige, el talión”. De acuerdo con las perspectivas de la época, estamos de acuerdo en que esto no correspondía a una obligación, sino a una acción, como señala Betti. Pero si el inciso lo analizamos cuidadosamente con nuestras perspectivas actuales, llegamos a la conclusión de que tiene los elementos de lo que consideramos ahora obligaciones delictuales. Lo que queremos decir es que es el antecedente remoto de nuestros actuales delitos civiles, gracias a los brillantes y profundos estudios hechos por los romanistas.

La transcripción está hablando de una acción a la que atribuye consecuencias jurídicas. Esta acción se describe como aquella en la que un hombre rompe un miembro de otra persona ¿Qué sucede? Que según el estadio en que se encontraba el derecho romano en aquel entonces, el causante debía llegar a una transacción, que en aquella época, según la descripción que nos hace Betti, estaba permitida para satisfacer aquella situación de derecho que había surgido a consecuencia de haber dado nacimiento a la hipótesis prevista por la ley. Si aquella situación de derecho no era satisfecha por el causante del daño, mediante un acuerdo de voluntad con el afectado, entonces se le aplicaba el talión. Era la alternativa en la que se encontraba el autor del ilícito.

Betti llama a esto una acción, y no obligación, término que por lo demás no se conocía en aquella época. Actualmente, también se llama acción, no obligación, penal al procedimiento para sancionar las conductas delictivas.

La estructura en las Doce Tablas de la acción *ex delicto* es la misma que la actual penal: Descripción de una conducta y su consecuencia. Las leyes penales no prohíben conductas, sino las describen y establecen la sanción correspondiente.

Comparada con nuestro artículo 1910 C.C.F. y del D. F., la estructura es también la misma: el delito y su consecuencia. Solamente que aquí ya hablamos de una obligación, término que si lo suprimimos, podríamos transportar el delito romano a la actualidad, y po-

dría quedar así la redacción: El que rompa un miembro de otro, pague daños y perjuicios. Hay un abismo entre la concepción romana del delito y nuestros delitos civiles, pero vemos que éstos tuvieron su origen en aquél; los elementos del delito y la satisfacción forman su estructura básica. Considero innecesario aclarar que el delito romano mencionado sólo se refiere a una parte del cuerpo, en tanto que ahora con el término ilícito, se protege todo el cuerpo. Otra abismal diferencia la encontramos en que para proceder el delito, en Roma se necesitaba que el daño fuera producido con el cuerpo, en tanto que ahora se identifica al causante por la voluntariedad.²⁹

No deja de llamar la atención el hecho que Gayo no mencione este tipo de delito. Si nos vamos al C.N., tampoco lo vemos legislado. El 2057 C.C.I., preceptúa: “Cuando el daño a las personas tenga carácter permanente la liquidación puede ser hecha por el juez, teniendo en cuenta las condiciones de las partes y la naturaleza del daño, bajo forma de una renta vitalicia. En tal caso el juez dispondrá las medidas cautelares”. El C.O. prevé la muerte de una persona en su artículo 45, y las lesiones, en el 46. Los códigos civiles, así el Federal como el del D. F., sancionan la muerte y las lesiones en el artículo 1915, párrafo segundo, aunque no se describe el delito, sino que el 1910 se refiere en general a todo “daño” y el 1915 hable de “cuando el daño se produzca a las personas”.

El término es el preferido por los legisladores, porque inclusive en el C.P. 2002 del D. F., en lugar de describir el tipo cuando de lesiones se trata, expresa en el 130: “Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán...”

6. Las afectaciones morales

Los romanistas incluyen entre los delitos civiles, el delito de injurias, que denominan delito privado de injurias, que junto con el “robo, arrebató de bienes, perjuicio causado” es de los cuatro delitos que nos menciona Gayo 3,182 y que ya denomina obligaciones que nacen de delito.

²⁹ MOGUEL CABALLERO, Manuel, *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales*, Porrúa, 2000, pp. 197 y ss.

El inciso IV de la Tabla VIII establece: "Si se hace injuria a otro, pena de veinticinco ases".³⁰

El C.N. tampoco registra este delito. El 2059 C.C.I. manda: "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley". Normalmente esto se interpreta como una remisión a la ley penal, que en su 185 ordena: "Cualquier delito obliga a la restitución, según la norma de la ley civil. Cualquier delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento por el culpable o por las personas que, según la ley civil, deban responder de su hecho".

El C.O. dedica tres preceptos al tema, dos a materia civil y uno a la mercantil. "Art. 47. El juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, acordar a la víctima de lesiones corporales o, en caso de muerte de un hombre, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral". "Art. 49. Aquel que sufre un atentado en sus intereses personales puede reclamar en caso de culpa daños y perjuicios, y, además, una suma de dinero a título de reparación moral cuando esto esté justificado por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la culpa. El juez puede sustituir o agregar a la condena, algún otro modo de reparación". "Art. 48. Aquel cuya clientela ha disminuido o que está amenazado de su pérdida por efecto de publicaciones erróneas, o por otros procedimientos contrarios a las reglas de la buena fe, puede demandar al autor de estas maniobras pidiendo el cese de ellas y demandar, en caso de culpa, la reparación del perjuicio causado".

El Código Civil de 26 de mayo de 1928, que con adiciones y reformas posteriores, entró en vigor el 1 de octubre de 1932, se promulgó para ser aplicable al D. F. en materia común y para toda la República en materia federal. Por la autonomía política del antes Departamento del D. F. (dependía del gobierno federal), ahora D. F., cada gobierno tiene su propio código civil, aunque siga siendo el mismo de origen, y así se ha convertido en C.C. Federal y C.C. del D. F. en virtud de los siguientes decretos: Del Ejecutivo Federal, de fecha 29 de abril del año 2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de mayo del mismo año, que expresa: "Artículo Primero. Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Ma-

³⁰ ORTOLÁN, J., *op. cit.*, p. 115.

teria Común y para toda la República en Materia Federal ... para quedar como sigue: "CÓDIGO CIVIL FEDERAL..." "Transitorios. Segundo ... Las presentes reformas no implican modificación alguna a las disposiciones legales aplicables en materia civil para el Distrito Federal, por lo que siguen vigentes para el ámbito local de dicha entidad todas y cada una de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto...".

El Decreto de fecha 28 de abril del año 2000, de la Asamblea Legislativa del D. F., dispone: "Artículo Primero. El Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal ... se denominará Código Civil para el Distrito Federal". Conforme al artículo primero transitorio, las reformas entraron en vigor el primero de junio del año 2000.

Ambos códigos civiles consagran el derecho subjetivo al honor de las personas en su canon 1916, según reforma de 29 de diciembre del año de 1982, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre del propio año; fue nuevamente reformado por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994 y ahora se lee así: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás...". Antes de estas reformas, el precepto estaba redactado: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928". (Este precepto establecía la responsabilidad subsidiaria del Estado por los delitos de sus funcionarios).

7. Los daños patrimoniales

Es del dominio de todo estudioso del derecho, que el elemento patrimonial es una de las características de las obligaciones contratadas

(1825, fracc. III, C.C.). Respecto a su titular, puede disponer de él en la forma que mejor convenga a sus intereses, con las limitaciones que la ley impone.

Pero a la vez constituye un derecho absoluto respecto a los demás, que debe ser respetado por éstos, con la obligación de pagar daños y perjuicios para el caso de que cause daño a su titular.

Gayo, a propósito de la ley Aquilia, que es el antecedente romano de nuestros 1910 C.C. asevera (3,211), que ninguna otra ley castiga el perjuicio causado injustamente. La expresión se concreta al daño patrimonial y no a la afectación corporal, ni a la moral. Sin embargo, en los delitos de robo y de arrebató de bienes, el derecho romano también sancionaba los daños causados con dichos delitos. Insistimos en que por falta de generalización, los romanos los trataban por separado.

Los 1382 y 1383 C.N. sintetizaron los delitos civiles; la definición mejoró con los artículos 41 C.O. y 2043 C.C.I. El 1910 C.C. se inspiró en el 41 C.O., aunque no menciona como requisito para constituir el delito la voluntariedad del autor del daño.

8. Los delitos civiles, ¿constituyen una obligación?

No todos los autores reconocen que los delitos sean obligaciones, sino que hablan de un deber general.

Para nosotros es una verdadera obligación. De acuerdo con Betti, para que exista obligación se requiere de una existencia estructural entre la obligación y la solución. Aquí la hay, porque a la violación del derecho absoluto de una persona, cuando hay daño, surge la vinculación del pago de daños y perjuicios, o la responsabilidad que fije la ley. Por el hecho de la violación, el culpable se considera *ipso iure* como deudor de los daños y perjuicios causados, según expresión de Betti *supra* citada.

Otros autores señalan que no puede existir obligación, puesto que deudor y acreedor están indeterminados. El error fundamental es considerar que si no está determinado el deudor, no existe obligación. Cada persona es titular de sus derechos patrimoniales, corporales y morales; es el acreedor que está perfectamente determinado. Tiene derecho a que esos derechos sean respetados por los demás. El deudor estará indeterminado, pero ello no impide la existencia de una obli-

gación. Se da como ejemplo la existencia de los títulos de crédito al portador, en los que el acreedor puede determinarse hasta el momento de hacerse efectivo el documento. Cada persona también está obligada a respetar los derechos absolutos de los demás. Tiene una obligación de no hacer. Si hace, debiendo no hacer, cae en responsabilidad, está obligada al pago de daños y perjuicios. El deudor se determina en el momento de la transgresión de la ley, en el momento de cometerse el ilícito.

VI. NUESTRA DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN

Aquí lo que interesa es ver la perspectiva del acreedor. Por ello en nuestra obra antes citada,³¹ damos la siguiente definición: por la obligación jurídica, una persona llamada deudor está obligada forzosamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa, en relación a la esfera patrimonial, corporal y moral de otra persona llamada acreedor.

Esta definición abarca tanto las obligaciones contractuales, como las extracontractuales o legales, bien sean lícitas (gestión de negocios, pago de lo indebido, declaración unilateral de la voluntad) como las que derivan de hechos ilícitos. El *supra* citado, 1174 C.C.I., consideramos podría decir: "La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible de valuación económica y debe corresponder a un interés patrimonial, corporal o moral del acreedor".

Si los hechos ilícitos son obligaciones (ya Gayo, 3,182, los denominaba obligaciones), no hay razón para excluirlos de la definición de obligación, que es el género. Las especies son las obligaciones que derivan de contrato y las que derivan de la ley; de estas últimas hay dos subespecies: las que se refieren a hechos lícitos y las que se refieren a hechos ilícitos.³²

³¹ MOGUEL CABALLERO, Manuel, *op. cit.*, p. 3.

³² Para más sobre el tema, puede verse mi obra citada, pp. 3, 4, 171 y ss.

AXIOLOGÍA DEL ACTO JUSTO

María del Carmen PLATAS PACHECO

SUMARIO: I. Axiología del acto justo. II. La prudencia como condición del acto justo.

I. AXIOLOGÍA DEL ACTO JUSTO

La pregunta de la que parto y a la que quiero llegar a dar respuesta en este artículo es la siguiente: ¿si existe algo que con propiedad se denomine justo natural, debido y en qué sentido? Decimos que algo es natural a un ser, debido cuando radica en los principios intrínsecos de ese ser. Para los sofistas, principalmente Cálicles, Trasímaco, Protágoras y Gorgias, las leyes de la ciudad no tenían relación intrínseca con la realidad. Ya Platón empieza a vislumbrar el carácter realista del orden societario al poner en ridículo la *falacia naturalista*¹

¹ Esta falacia consiste en afirmar que lo justo por naturaleza es que el fuerte gobierne al débil y posea más que él, esta confusión surge porque los sofistas partieron de la naturaleza empírica del hombre, su constitución sensible, en lugar de la naturaleza entendida como esencia, así lo expresa la siguiente cita del diálogo del *Gorgias*: Calicles: *Sin duda creo que lo justo por naturaleza es que el mejor y de más juicio gobierne a los menos capaces y posea más que ellos... A los de buen juicio y a los más decididos les corresponde regir las ciudades, y lo justo es que ellos tengan más que los otros, los gobernantes más que los gobernados.*

A esta tesis Platón responde de la siguiente forma:

Sócrates: *Pero ¿y respecto a sí mismos, amigo? ¿Se dominan o son dominados?*

Cal: *¿Qué quieres decir?*

Sóc: *Ser moderado y dueño de sí mismo y deseos que le surjan.*

Cal: *Lo bello y lo justo por naturaleza es lo siguiente: el que quiera vivir rectamente debe dejar que sus deseos se hagan tan grandes como sea posible, y no reprimirlos, sino que, siendo los mayores que sea posible, debe ser capaz de satisfacerlos con decisión e*

de que lo natural al hombre es la supremacía del fuerte sobre el débil. Sin embargo, es hasta Aristóteles que lo justo deja de ser entendido no ya ni como el orden cósmico ni como el orden social armónico que garantiza la Constitución, sino que cada quien esté en posesión de su derecho y que cada cosa esté atribuida a cada persona según le corresponda.²

Según Javier Hervada, este ajustamiento entre las cosas o entre personas y cosas, no se refiere exclusivamente a la naturaleza humana, sino más ampliamente a la naturaleza de las cosas, que no designa en este caso, la esencia como principio de operaciones —aunque también la incluya—, sino que su significación es más amplia, pues las cosas se miden no sólo por su esencia sino también por otros factores ontológicos, como son la finalidad, la cantidad, la cualidad, la relación y el tiempo, y en esto consiste lo justo natural.³

Esto último fue, en mi opinión, una de las más importantes aportaciones del Estagirita a la filosofía del derecho, pues mediante la noción metafísica de naturaleza se establecen las bases para comprender la existencia de un verdadero *deber ser*, sin caer en las falacias naturalistas y sin confundir los presupuestos, requisitos y condicionamientos del orden convencional de las leyes positivas.

Los sofistas se inclinaron por la dimensión empírica, con lo cual confundieron la justicia con la fuerza, la igualdad del aspecto exter-

inteligencia y saciarlos con lo que en toda ocasión sea objeto de deseo. Pero creo yo que esto no es posible para la multitud; de ahí que, por vergüenza, censuren a tales hombres, ocultando de este modo su impotencia; afirman que la intemperancia es deshonrosa, y esclavizan a los hombres más capaces por naturaleza y, como ellos mismos no pueden procurarse la plena satisfacción de sus deseos, alaban la moderación y la justicia a causa de su propia debilidad. Platón, *Gorgias*, 490a-492b, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1998.

² Lo justo, escribe Aristóteles en la *Ética Nicomáquea*, depende de al menos dos cosas. De acuerdo con ello, necesariamente, lo justo será un término medio e igual en relación con algo y con algunos. Como término medio lo será de unos extremos (es decir, de lo más y lo menos); como igual respecto de los términos, y como justo, relación con ciertas personas. Por tanto, lo justo deberá requerir, por lo menos, cuatro términos: pues, aquellos para quienes es justo son dos, y las cosas en las que reside también son dos. Y la igualdad será la misma en las personas y las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, vol. 3, 1131a 20-25, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1998.

³ HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Minos, México, 1981, p. 91.

no con la igualdad en la condición de persona. Con estas ideas, elevadas a la condición de universalidad, lo justo natural quedaba reducido al plano de los hechos y, en consecuencia, fuera del orden del *deber ser*.⁴ Este deber ser no pertenece al orden de los hechos, es, sin embargo, ciertamente algo real, algo que pertenece al ser del hombre, pero distinto de los hechos empíricos concretos. Es algo real y constitutivo real de los entes, está más allá de lo físico; es real pero metafísico.⁵

De esta forma, la apreciación valorativa de lo contingente libre va más allá de un simple conocimiento especulativo —como la de los entes físicos— porque es valorativo, es decir, está más en la línea de la conversión de la verdad al bien que en la de la simple consideración del ente como verdadero. Arthur Fridolin Utz explica esto mismo de la siguiente manera: *la experiencia del ser desempeña también su papel en la experiencia de los valores, sin embargo, la actuación de la facultad natural de valoración es la que constituye la esencia de la experiencia en el terreno ético y por ende también en el jurídico. La filosofía de los valores ha observado acertadamente que se necesita un sentido del valor para captar valores, que por consiguiente el conocimiento del valor no puede limitarse a una conciencia del ser*. En este sentido y siguiendo a Mauricio Beuchot, *no existe ningún argumento descriptivo (demostrativo o teórico) que no tenga algo de valorativo*,⁶ es decir, existe algo de práctico tanto en la conclusión como en los términos porque todo término observacional o empírico está cargado de una teoría antecedente.

La anterior afirmación es lógica porque recordando las reglas del silogismo aristotélico, la conclusión siempre sigue la peor de las par-

⁴ Para Aristóteles, lo justo por naturaleza tiene un carácter más que político ético de *deber ser* en cuanto tal. De hecho cuando habla de la existencia de un orden natural lo hace en el contexto de la virtud de la justicia. En este contexto la justicia es una virtud que mira a los demás y consiste en obrar según una igualdad o proporción entre las cosas que se reparten, se atribuyen o se intercambian: *La justicia es una virtud por la cual se dice que el justo practica intencionadamente lo justo y que lo distribuye entre sí mismo y otros, o entre dos, no de manera que él reciba más de lo bueno y el prójimo menos, y de lo malo al revés, sino proporcionalmente lo mismo, e, igualmente, si la distribución es entre otros dos*. ARISTÓTELES, *E. N.*, vol. 5, 1134a 1-5.

⁵ HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 55.

⁶ BEUCHOT, Mauricio, conferencia sobre derechos humanos dictada en la Universidad Panamericana el 27 de noviembre de 2002.

tes o la parte más débil, esto quiere decir que de una premisa afirmativa y otra negativa se sigue una conclusión negativa y de una premisa universal y otra particular se siga una conclusión particular.⁷ Por lo tanto, la conclusión de un silogismo teórico y otro práctico debe ser práctica porque a toda premisa singular, particular, práctica o indefinida le corresponde una premisa universal, de lo contrario no hay silogismo porque de dos premisas particulares no se sigue nada. Esto último es evidente y de especial relevancia en el mundo del derecho, porque las realidades singulares no tienen ningún fundamento trascendental por sí mismas sino que requieren de un contenido metafísico y esencial que las sostenga o en otras palabras "atrás de la experiencia está la teoría" pues no hay nada tan fenoménico que no tenga algo de natural.⁸

Puede, sin embargo, entenderse la argumentación jurídica como una inferencia formal, por ejemplo un silogismo teórico en el que, como dice Kalinowski, ya las premisas contienen una carga de valoración y que, como la conclusión sigue la parte más débil (y lo es la parte axiológica respecto a la epistemológica), no sólo se puede extraer valoración en la conclusión, sino que se debe hacer.⁹ Tal estructura consta de una premisa normativa, que da el principio de la moralidad; una premisa descriptiva, que señala las condiciones de aplicabilidad de la justicia; y una conclusión normativa, que es el principio de la justicia misma, de lo debido.¹⁰

⁷ Una explicación más amplia es como sigue: en un silogismo con una premisa universal y puras premisas negativas no pueden haber ninguna figura. Por eso conviene que una de las premisas sea afirmativa. Si en este mismo silogismo alguna de las premisas es particular, la conclusión debe ser particular pero no a la inversa. Por el contrario, si alguna de las premisas es negativa, la conclusión es negativa, y a la inversa. También si alguna de las premisas es particular, la conclusión debe ser particular, y a la inversa. HISPANO, Pedro, *Tractatus*, trad. de Mauricio Beuchot, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 40-41.

⁸ BEUCHOT, Mauricio, conferencia sobre derechos humanos dictada en la Universidad Panamericana el 27 de noviembre de 2002.

⁹ Cfr. KALLINOWSKI, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 81-95.

¹⁰ Cfr. SEARLE, J. R., "Cómo derivar 'debe' de 'es', en Ph. Foot (comp.), *Teorías sobre la ética*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 151-170; MASSINI, C. I. "Refutaciones actuales de la 'falacia naturalista'. (Sobre los fundamentos gnoseológicos del derecho natural)", en *Sapientia*, 39 (1984), pp. 107-118; el mismo, *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Argentina, Ed. Idearium, 1995.

El razonamiento práctico y jurídico, por tanto, no consiste en una cierta adivinación o intuición del ser, a la manera de los antiguos físicos, como si se tratara de entes sensibles cuyo movimiento no depende del sujeto sino de la naturaleza misma. Un conocimiento de lo contingente libre a la manera de las ciencias especulativas constituye una contradicción en los términos porque, como lo explica Beuchot, de un enunciado epistémico y otro deóntico no se puede concluir otro epistémico porque se tendría que hacer abstracción del dato práctico que aporta el silogismo haciendo imposible el razonamiento.¹¹

Los enunciados teóricos del razonamiento jurídico son premisas cargadas de normatividad, que infieren normas a partir de la normatividad contenida en las premisas o enunciados fácticos, lo cual es válido y no falaz. Así lo ontológico fundamenta lo deontológico, porque lo contiene de manera fundamental o como condición de posibilidad. Tan sólo actualiza lo que ya está allí potencial y fundamentalmente expresado. En ese mismo sentido, el razonamiento jurídico muestra la vinculación de la razón práctica con la teórica, que es de fundamentación, ya que la razón práctica busca el bien del hombre de acuerdo con su naturaleza, y eso sólo puede esclarecerlo la razón teórica.¹²

Fridolin Utz expone algo similar a lo antes explicado por Mauricio Beuchot: *La percepción de los valores no es sencillamente una deducción del conocimiento del ser. En ella se da realmente algo irreductible. Ahora bien, lo irreductible de la percepción de los valores es sólo la función de mando de nuestra razón práctica, mientras que el contenido mismo proviene del ser. Nuestra razón práctica está orientada por naturaleza a la exigencia de los valores, pero no se puede separar de la percepción del ser, sino que está relacionada con ésta de la ma-*

¹¹ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, Conferencia sobre Derechos Humanos dictada en la Universidad Panamericana el 27 de noviembre de 2002.

¹² Cfr. MAURI, Margarita, "La teoría de la actividad práctica", en *Analogía*, México VI/1 (1992), p. 32. Hay que recordar que *la razón particular*, como escribe el Aquinate, *es movida y dirigida naturalmente por la razón universal*. AQUINO, Tomás, *S. Th.*, I, q. 81, a.3 c. La primera considera los entes universales y los contempla en sí mismos para consultarlos, en cuanto que de ella toma normas para la conducta. La segunda, en cambio, se ocupa de cosas temporales. Pero ambas se complementan en cuanto que a partir de los entes temporales se llega a los universales o, a la inversa, cuando partiendo de lo universal se llega a lo particular. Esto es así, porque las cosas temporales y eternas, en su ordenación a nuestro entendimiento se subordinan entre sí, de modo que unas sirvan de medio para conocer las otras.

nera más íntima. Sólo así es posible sostener la idéntica disposición de conciencia de todos los hombres en el sentido de la naturaleza de las cosas.¹³ Es más, la practicidad de las cosas que se dicen debidas es lo que determina la consideración analógica de lo justo debido porque en el plano de las cosas, que es donde radica el bien, la debitud se distingue como lo uno que es tal por proporción de muchos en sí mismos considerados o, lo que es igual, como muchas realidades semejantes según las proporciones pero que se distinguen en sí mismas.¹⁴

Tomás de Vío Cayetano sostiene, en esta misma línea de pensamiento, que en el razonamiento por analogía, que es el propio de la *praxis* jurídica, el análogo es causa adecuada de la predicación y a veces es necesario que funja como término medio anexo los términos de la predicación, de tal forma que aunque no aparezca en la conclusión determina cuál es la parte más débil que sí es parte esencial de la premisa conclusiva. De esta forma, *el análogo no es uno en sí mismo considerado y, con todo, tiene una adecuada predicación como si fuera una sola naturaleza.*¹⁵

La prueba de lo establecido anteriormente por Fridolin Utz, Beuchot y Cayetano es que el ser en cuanto tal y, correlativamente, el bien en cuanto tal se revelan más fácil a la razón, por tanto para la formulación general de principios analógicos como el ser no se requiere una experiencia amplia, sino llenar de contenido las exigencias más generales de valor. En la Ilustración Sofista,¹⁶ por el contrario, hay una fisura insalvable entre la naturaleza y el pensamiento, en virtud del principio de unidad del ser. Esta ruptura representa una imposibilidad en el tránsito del ser al deber ser, en este sentido, de que algo sea no se deduce que deba ser así.

El *deber ser* no es una forma *a priori*, sin realidad subsistente sino una exigencia del ser, radicada en la ontología del ser. Nace el deber ser cuando el ser aparece en estado de imperfección inicial y clama,

¹³ FRIDOLIN UTZ, Arthur, *Ética social II*, Biblioteca Herder, Barcelona, 1965, p. 94.

¹⁴ Cfr. DE VÍO CAYETANO, Tomás, *De nominum analogia*, trad. de Vicente Igual, incluida en su libro *La analogía*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989, núm. 39.

¹⁵ *Ibidem*, núm. 109.

¹⁶ Con este título me refiero al pensamiento de Protágoras, Cálicles y Gorgias principalmente, pues para estos personajes de los *Diálogos* de Platón la obligatoriedad de la ley está en la fuerza del gobernante.

exige para su realización de los fines que lo plenifiquen. El deber ser es la expresión del ser exigente: *esa realización en la plenitud debe ser*,¹⁷ la plenitud exigida por el ser que se concreta en el deber ser, hace evidente el carácter práctico del derecho, en tanto instrumento ordenador del espacio societario de la *polis*.

En la medida que los valores, es decir, el deber ser hunde sus raíces en la persona humana, en sí y en relación con sus fines, no pueden considerarse como estimaciones subjetivas, sino objetivas, pues no se trata de creaciones de nuestra mente, sino de realidades propias del ser humano y de la vida societaria.

En esta misma línea de pensamiento se encuentra Javier Hervada, quien sostiene que *el valor comporta una estimación, pero esta estimación obedece a un objetivo valor del ser humano, que se presenta como bien. Y si el bien y el ser son lo mismo, pues la bondad es un trascendental del ser, el valor, que es una forma de contemplar la razón de bien del ser, es asimismo un trascendental. El valor y el ser son lo mismo. El valor es estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser.*¹⁸ En este sentido, el razonamiento jurídico tiene una dimensión teórica de contemplación de la verdad y otra práctica de movimiento voluntario al bien porque, como establece el Aquinate, *el bien y la verdad, objetos respectivos del entendimiento y la voluntad, difieren conceptualmente, pero, no obstante, se contienen mutuamente pues la verdad es un bien y el bien una verdad.*¹⁹

Esta concepción del ser como contenido real de la valoración axiológica, aunque es una aportación principalmente de Aristóteles²⁰ y Tomás de Aquino, ya había sido contemplada por Platón en *La República*. Aunque, en un principio, pretendía establecer la formación de una comunidad genuinamente buena a través de su postura

¹⁷ HERVADA, Javier, *Lecciones de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1995, pp. 65-66.

¹⁸ HERVADA, Javier, *Lecciones... op. cit.*, p. 68.

¹⁹ AQUINO, Tomás, *Suma Theologica*, I, q. 87, a.4, ad 2, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.

²⁰ Para Aristóteles lo bueno, a diferencia de lo verdadero que radica en el intelecto, se identifica con la cosa: *La falsedad y la verdad no se dan, pues, en las cosas (como si lo bueno fuera verdadero y lo malo, inmediatamente falso) sino en el pensamiento, y tratándose de las cosas simples y del qué-es, ni siquiera en el pensamiento*, ARISTÓTELES, *Metafísica*, VI 4, 1027b 25, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1998.

del Estado Ideal, después regresó a la idea tradicional griega de *nomos* o ley como participación de la idea de la justicia (es decir, de lo que en términos de Aristóteles sería la forma o la esencia de la justicia). La estructura de la *polis* debía de estar ordenada de acuerdo con la idea de la justicia y, mediante esta participación, ella, a su vez, participa de la idea de bien. Sin embargo, la filosofía platónica no logra superar del todo la complejidad de la materia, porque en rigor, ninguna porción del vertiginoso y cambiante mundo fenoménico de los seres sensibles participa de las ideas sino que es un mero reflejo de éstas, tan irreal como la imagen en el espejo.²¹

Por lo antes explicado se hace necesaria una consideración de la sustancia en cuanto compuesto de materia y forma,²² concepto aristotélico que —según entiendo— no logra ser visto por Platón. Es hasta esta aportación de Aristóteles cuando se habla propiamente de un *en sí* sustancial, de un sustrato permanente, real, y no aparente, éste es el espacio de residencia propia del *en sí* del derecho. Las ideas o esencias platónicas no son coprincipios del ente, como establece el postulado aristotélico, sin embargo, son una aproximación al concepto de forma como actualización de la materia, porque representan el principal dato inteligible de las cosas.

De ahí que tanto para Platón como para Aristóteles, en la medida que el hombre puede captar el *en sí* de las cosas del mundo (porque puede conocerlas y quererlas todas) es dueño de sí mismo *sui juris*,²³

²¹ Esta postura platónica se ve claramente reflejada en el "mito de la caverna" de Platón, en el cual se explica que uno de los prisioneros al liberarse de sus cadenas contempla el mundo en sí, en lugar de sombras de lo real: *Puede percibir el sol, no ya en imágenes en el agua o en otros lugares que le son extraños, sino contemplarlo como es en sí y por sí, en su propio ámbito. Después de lo cual concluirá, con respecto al sol, que es lo que produce las estaciones y los años y que gobierna todo en el ámbito visible y que es de algún modo causa de las cosas que ellos habían visto.* PLATÓN, *La República*, VII, 516 b-c, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, versión de Antonio Gómez Robledo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

²² *Hay un tipo de entidad de la cual puede haber definición y enunciado: la compuesta, sea sensible o inteligible. No la hay, sin embargo, de sus elementos primeros, ya que el enunciado expresa "algo de algo" y lo primero ha de darse como materia y lo segundo como forma.* ARISTÓTELES, *Met.*, VIII, 3, 1043b29-30.

²³ De ahí que la justicia de la que hablan Platón y Aristóteles esté vinculada directamente con la *metanoia* o término medio entre el exceso y el defecto: *Lo que es justo, escribe Aristóteles, se da entre aquellos que participan de las cosas absolutamente buenas, y que puedan tenerlas en exceso o defecto; pues, para algunos seres, no cabe exceso de ellos,*

y en esa medida es el único ser que puede poseer y dominar el resto de las cosas que hay en el universo, que por su naturaleza carecen de autodomínio. El ser humano al igual que la naturaleza se ordena a unos fines, por lo tanto, el dominio del hombre sobre su ser se extiende a la apertura y tensión que supone obtener sus propios fines. La deuda, es decir, el carácter de debitud de ciertos actos se funda, en última instancia, en el estatuto ontológico de la persona humana; de ahí que la fuerza del derecho sea igual e idéntica para todos los hombres.

En el sentido antes dicho, el natural obrar del hombre es anterior al derecho, y responde a un constante proceder de la naturaleza humana verbigracia "matar a un ser humano" es un lugar común, sancionado en todos los ordenamientos y sistemas legales de todas las épocas. De alguna manera, el progreso societario del hombre depende de la creación de ordenamientos jurídicos basados en experiencias anteriores que garanticen la eficaz aplicación de lo que Aristóteles llamaba *lo justo natural*.²⁴ Esta consideración de los acontecimientos pasados para la creación de los sistemas normativos es parte esencial de la jurisprudencia, porque mediante una hermenéutica analógica y comparativa de sucesos similares se logran leyes equitativas con base en la costumbre y la experiencia que de alguna manera está fundamentada en lo que es siempre y por naturaleza, aunque no se

como verosíblemente les sucede a los dioses; a otros, en cambio, por ejemplo, a los que son irremediablemente malos, no les aprovecha ni una parte de ellas, sino que todas les sirven de estorbo; y a otros, en fin, les aprovecha hasta cierto punto. Por eso, la justicia es una cosa humana. ARISTÓTELES, *E. N.*, 1137a 30. Platón, por su parte, establece una analogía: *La vida del moderado y del disoluto es como la de dos personas que tuviesen cada uno de ellos muchos toneles, y los del primero estuviesen sanos y cabales, el uno lleno de vino, el otro de miel, el otro de leche y otros muchos de otros varios líquidos, y que estos líquidos anduviesen escasos y sólo se pudiesen conseguir con muchas y arduas diligencias; este hombre, después de llenar los toneles, ni echaría ya más líquido en ellos, ni volvería a preocuparse, sino que quedaría tranquilo con respecto a ello. Para el otro sujeto, sería posible adquirir los líquidos como para el primero, aunque también con dificultad; pero, teniendo sus recipientes agujerados y podridos, se vería obligado a estarlos llenando constantemente.* PLATÓN, *Gorg.*, 493 d-494a.

²⁴ Aristóteles utiliza ese término para distinguir lo que es el orden dado por la naturaleza y el convenido: *Llamo ley, por una parte, a lo que es particular, y por otra, a la que es común; particular a la que viene determinada por cada pueblo para sí mismo de las cuales unas son escritas, otras, en cambio, no escritas; y la ley común es la que es según la naturaleza. Porque hay algo que todos adivinan que, comúnmente, por naturaleza es justo o injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros.* ARISTÓTELES, *Retórica*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1999, I, 13a-14a.

identifique con ésta pues como establece Aristóteles y con acierto: *Ninguna cosa que existe por naturaleza se modifica por costumbre. Así la piedra que se mueve por naturaleza hacia abajo, no podría ser acostumbrada a moverse hacia arriba, aunque se intentara acostumbrarla lanzándola hacia arriba innumerables veces.*²⁵ Distinguiendo así entre naturaleza (*physis*) y costumbre (*nomos*).

De hecho una costumbre es valiosa en la medida que considera la naturaleza racional del hombre dentro de su dimensión societaria y cambiante en el contexto de las instituciones, diálogos, e intersubjetividades que son producto de la esencia misma del hombre, es decir, no se trata de algo añadido y accidental. Sin embargo, las circunstancias pueden modificar el intercambio cultural y económico en cada época, pero no lo permanente de la sociabilidad como condición de posibilidad para el correcto ordenamiento entre los seres humanos. De ahí que el derecho tenga la función de mostrar o hacer evidente a una comunidad, mediante un orden pactado, aquel orden dado en que los seres humanos interactúan y concretan su sociabilidad.

Platón respalda lo antes dicho mediante la afirmación de que: *la legislación y el establecimiento de un orden político son los medios más perfectos de que puede valerse el mundo para lograr la virtud.*²⁶ Por tal motivo rehusó deducir leyes de constituciones existentes, insiste, en que no reconocerá como leyes en el sentido de ley justa, ninguna que no haya sido dictada para el bien de la comunidad. Una legislación que sólo sirve a los intereses del gobernante en el poder es, para él, una mera cuestión de conveniencia, que demerita la verdadera calidad de la ley justa. Porque las leyes son los medios para asegurar, no sólo que los hombres vivan, sino que *vivan bien* y lleguen a ser tan virtuosos como les sea posible.²⁷

²⁵ ARISTÓTELES, *E. N.*, II, 1, 1103 a 24-25. Los estoicos acogieron con gran entusiasmo la idea de que el hombre debía vivir conforme a la naturaleza, es decir, conforme a la razón; por tanto la naturaleza tiene sus leyes y éstas no dependen del hombre, más aún el hombre está inmerso en ellas, pero puede por su razón conocerlas y ordenar sus actos en esa dirección.

²⁶ PLATÓN, *Las Leyes*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1998, 708 a.

²⁷ *A mi juicio*, escribe al respecto Platón, *sólo puede considerarse justa una ley que apunta, como un buen arquero, hacia aquello que tiene algo de lo eternamente bello y desdeña todo, ya sea riqueza u otra cosa cualquiera de ese tipo, que esté fuera de la virtud.* PLATÓN, *Leyes*, 705e-706a.

Aristóteles por su parte, también afirma que debe de existir un orden que permita a los ciudadanos vivir virtuosamente: *El legislador, escribe el Estagirita, trata de ennoblecere a los ciudadanos mediante la costumbre; si en ello no procede correctamente, equivoca su objetivo, ésta es la diferencia entre una constitución buena y otra equivocada.*²⁸ En otras palabras, las leyes justas que ordenen a sus ciudadanos a la procuración del bien común son la condición de posibilidad de un orden que permita la convivencia y la intersubjetividad, de tal forma que fomente las costumbres virtuosas y las tradiciones bellas, pues lo bueno se identifica con lo bello y lo verdadero.²⁹

La lucha de Platón y Aristóteles contra los sofistas, básicamente consistía en descubrir y evidenciar la actitud escéptica y cínica de considerar los juicios públicos como torneos en los que lo único que importaba era la habilidad retórica de presentar lo bueno como malo y viceversa. Para reivindicar lo justo natural hacen toda una argumentación, cuyas premisas principales están fundamentadas en la naturaleza de las cosas y de la ley. Ambos autores concluyen, y esto es un lugar común en la filosofía platónica y aristotélica, que las leyes tienen una función educativa, de mantener la paz y arbitrar las controversias.³⁰

La ley en este sentido, no sólo construye el orden social sino también formal del hombre, es decir, tiene una función ética, social cuya obligatoriedad no sólo debe estar en la conciencia sino también plasmada, concretada en el orden normativo societario. Para lograrlo la metodología apropiada para el derecho, entendido como conocimiento político, debe: *en primer lugar, tomar al Estado como lo que real-*

²⁸ ARISTÓTELES, *E. N.*, II, 1, 1103 b 3.

²⁹ Platón, a lo largo del diálogo de la *República*, escribe que para que una sociedad sea justa cada hombre debe de cumplir con lo que le corresponde, con su rol dentro de la sociedad y en esto consiste la virtud dentro de la ciudad: *Quien obre de tal modo, cumpliendo con lo que le corresponde, ya sea en la adquisición de riquezas o en el cuidado del cuerpo, ya en los asuntos del Estado y en las transacciones privadas, en todos estos casos tendrá por justa y bella la acción que preserve este estado del alma y coadyuve a su producción, y por sabia la ciencia que supervise dicha acción. Por el contrario, considerará injusta la acción que disuelva dicho estado anímico y llamará ignorante a la opinión que la haya presidido.* PLATÓN, *Rep.*, 443e-444a.

³⁰ Aristóteles, más que Platón, aporta un dato importantísimo en lo que se refiere al arbitrio de las controversias que es el acto voluntario indirecto en el que una acción, bajo el influjo de las pasiones o como resultado de un accidente, deja de ser imputable.

mente es, en su naturaleza óptica. Como un ente de cultura que se da en el dominio de lo social, de la vida humana objetivada con todas sus dimensiones axiológicas. En segundo lugar, debe moverse en el terreno de un sano realismo que conceda a la objetividad o a la cosa misma toda su debida importancia. Y en tercer lugar, debe ser siempre social, lo que supone que, haciendo a un lado todo naturalismo y racionalismo, tiene que seguir los lineamientos de las disciplinas que estudian lo social como algo autónomo y característico.³¹ En otras palabras, sólo mediante la consideración del género-sujeto u objeto propio del derecho como permanente y contingente a la vez, cuya comprensión y aplicación a la obra depende del hombre en la figura del juez y legislador, se puede garantizar la elaboración de normas justas y la aplicación de éstas según criterios de igualdad analógica en la que no todo es igual ni todo es distinto.

Es así como se torna insuficiente la mentalidad cuantificadora de los fenómenos políticos, que pretenden reducir a números y curvas estadísticas la rica y compleja vida de los pueblos, que se desarrollan dentro de una cultura que necesita ser comprendida y no explicada a la manera de las leyes naturales, que pueden ser reducidas a fórmulas matemáticas. Comprender el pasado no significa considerar el Estado como un objeto que está cambiando continuamente, o sea, como un perpetuo devenir, sino como una estructura relativamente permanente, que mantiene su unidad fundamental a través de los cambios. No basta contemplar los fenómenos culturales en su individualidad, sino que hay que tratar de comprenderlos en su conexión de sentido y en su dimensión valorativa. Por lo tanto, *el Estado no debe ser concebido ni como una conexión racional de leyes ni como una conexión de sucesión lógica o temporal. Pero, indudablemente, en la forma estatal operan leyes y, de otra parte, su estructura es una forma abierta que permanece a través de los cambios históricos. Por tal razón, son necesarios para la configuración social; sin embargo, su función es la de servir como medios para un fin, que es el de concebir al Estado como una conexión real que actúa en el mundo histórico social.*³² Sin esta vinculación de las normas con la correcta elección de los

³¹ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, México, 1972, p. 130.

³² *Ibidem*, p. 135.

medios para la obtención de los fines sociales, se desvirtúa la función directiva del derecho.

De esta forma, la metodología de la argumentación propia del derecho consiste, según lo escrito en párrafos anteriores, en una comparación pretérita de lo singular sucesivo. Es decir, se examinan los fenómenos políticos directamente en el proceso mismo de su realización, se determinan sus antecedentes y se buscan sus consecuencias. Una vez obtenidos los datos que aportan los hechos se hace una conveniente selección de los mismos, se les clasifica, se les analiza y se les trata de explicar e interpretar.³³ El orden pactado, por lo tanto, debe ser una estrategia hermenéutica del pasado que abstraiga los valores, el deber ser, verdaderamente perenne, lo concreto y transforme en ley, pero no de manera arbitraria o consensuada exclusivamente, sino mediante un conocimiento verdadero del ser, a la manera que el médico cura ayudando a la naturaleza, no imponiéndole unas directrices ajenas o contrarias. Este modo de proceder es en esencia la misión de la jurisprudencia en particular y de la filosofía del derecho en general, según entiendo.

El agente jurídico (ya sea en la figura del legislador, el abogado forense o el juez) debe, por tanto, unificar, armonizar, coordinar, dirigir e impulsar los trabajos e iniciativas de los miembros del Estado, mediante normas y leyes hacia una meta común que consista en buscar los mejores medios que permitan al hombre alcanzar con mayor facilidad su propio destino. La legislación, por tanto, debe expresar y ordenar los vínculos de solidaridad morales, culturales, económi-

³³ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría... op. cit.*, p. 138. Esta forma de proceder es propia del derecho consuetudinario. La norma consuetudinaria es el resultado de aquel procedimiento jurídico de creación en que un conjunto de actos, considerados como repetidos por un órgano aplicador, se encuentran formando una disposición o pauta de conducta, en virtud de la decisión más o menos consciente de dicho órgano de incorporar un caso específico dentro de esa repetición de actos, convirtiéndolos, así, en el derecho aplicable. Al hablar de repetición de conductas en relación con la costumbre, más bien se tienen en cuenta comportamientos diversos realizados por diferentes sujetos, en distinto tiempo y diferente lugar; diversidad a pesar de la cual, se habla de repetición. Cuando se dice "repetición", en realidad se hace una abstracción de ciertos datos, estimados semejantes, que presentan los comportamientos ocurridos, prescindiendo de sus diferencias. La costumbre, pues, contiene siempre un criterio que determina qué es lo común en los actos —diversos en su acaecer empírico— que se consideren repetidos. OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, *Nuevo Diccionario Jurídico, Voz: Costumbre*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

cos y raciales que garanticen la convivencia pacífica, mediante la resolución de los conflictos. De ahí que sea importante para el derecho la costumbre, los actos reiterados en razón de su naturaleza axiológica, ya que ningún acto humano es indiferente sino que la condición temporal de la causa eficiente de todo acto humano va configurando la esencia de las comunidades humanas y de sus leyes.

Ahora bien, es importante considerar que si bien es cierto que las cosas justas están sujetas a cambio, también lo es que hay cosas justas por naturaleza.³⁴ La norma de excelencia para la sociedad nos la ofrece el régimen que por naturaleza es el mejor por doquiera, régimen que, sin embargo, no puede ni debe aplicarse en todas partes debido a la variabilidad irreductible de las cuestiones humanas. La justicia en forma de lo legalmente justo, no basta como guía para la práctica, porque la ley como tal tiene una generalidad que hace que resulte insuficiente. En este sentido, la equidad³⁵ es la virtud que corrige la deficiente generalidad de la ley mediante una minuciosa atención a los detalles deficientes que desde luego afectan la acción justa.

El concepto de equidad en el pensamiento aristotélico arroja uno de los elementos más importantes en el discernimiento de lo que le corresponde a cada cual según la cosa o según la persona, de lo que es el derecho *en sí*. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, sin embargo, lo que genera confusión es que lo justo se interprete, en ocasiones, exclusivamente como lo legal, y no como una corrección de la justicia legal. Es decir, lo equitativo es lo que soluciona el conflicto que se presenta cuando el orden pactado no contempla una nueva

³⁴ Aristóteles en la *Ética nicomáquea* no nos ofrece algún ejemplo de algo que sea justo por naturaleza. Pero sí nos ofrece claves importantes: *Por naturaleza la mano derecha es más fuerte, y sin embargo es posible para cualquier hombre ser ambidiestro*. Y compara lo convencionalmente justo con las medidas para los cereales, que varían de una ciudad a otra, observando que tales cosas no son las mismas por doquier (depende dónde se compra y dónde se vende), como lo son los regímenes políticos, y sin embargo sólo hay un régimen que por naturaleza es el mejor en todas partes. *Cfr.* ARISTÓTELES, *E. N.*, vol. 7, 1131134 b30, 1135 a 5.

³⁵ Es decir, la aplicación de la ley y de la justicia depende de una deliberación que considera lo semejante como tal y lo desemejante, de igual forma: *Si la ley escrita es contraria al caso, se debe recurrir a la ley común y a argumentos de mayor equidad y justicia. Como también que la fórmula con el mejor espíritu significa que no hay que servirse exclusivamente de las leyes escritas y que la equidad siempre permanece y nunca cambia, como tampoco la ley común (pues es conforme a la naturaleza), mientras que las leyes escritas cambian muchas veces*. ARISTÓTELES, *Ret.*, I, 15, 1375 a 29-34.

circunstancia.³⁶ De hecho existen cosas que por su naturaleza es imposible que se ordenen en un marco de normas rígidas,³⁷ como podría ser determinar la mayoría de edad que depende más que de los años cumplidos de la madurez de los individuos.

Lo equitativo es, por tanto, el reconocimiento de una posible excepción que por una parte, puede inducir a la amnistía o al perdón y, por otra, puede justificar la facultad discrecional de la decisión del juez, la cual, a su vez, encuentra expresión en fórmulas generales, tales como circunstancias modificativas o buena moral. Sin embargo, pierde su eficacia si se aplica sin razón o sin limitación.³⁸

El Estagirita aclara que lo anterior no es un argumento contra la necesidad de la ley,³⁹ pues la unidad del orden dado no se altera por la existencia de ordenamientos positivos distintos y aun contrarios a ella, en virtud de que es en la naturaleza racional del hombre donde tiene su origen esta exigencia de la ordenación social. Resulta por

³⁶ Aristóteles escribe al respecto: *Cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto*. ARISTÓTELES, *E. N.*, 1137b 20-25.

³⁷ Según Aristóteles, la naturaleza de lo equitativo consiste en que la ley se adapte a la naturaleza de cada circunstancia: *En una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. Ésta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que es necesario un decreto. Pues de lo que es indefinido, la regla también lo es, y como la regla de plomo usada en las construcciones lesbias (construcción de piedras poligonales en las que se usaban reglas de plomo para lograr encontrar otra piedra que encajara perfectamente con la ya colocada), que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra; así también los decretos se adaptan a los casos*. ARISTÓTELES, *E. N.*, 1137b 29-30.

³⁸ Al respecto escribe Aristóteles: *Es propio de la equidad ser indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no al cómo es ahora uno, sino a cómo será siempre o la mayoría de las veces... Y, asimismo, tolerar a quien comete injusticia, preferir juzgarlo más de palabra que de obra y consentir someter la cuestión a un arbitraje que a un juicio; porque el árbitro mira a la equidad, mientras que el juez mira a la ley, y por esta razón se inventó el arbitrio a fin de que prevaleciera la equidad*. ARISTÓTELES, *Ret.*, 1374b 11-20.

³⁹ Cada una de las cosas justas y legales es como lo universal respecto a lo particular: en efecto, los actos son muchos, pero cada una de aquéllas, siendo universal, es una. ARISTÓTELES, *E. N.*, vol. 7, 1135 a 1136.

demás superfluo pretender que las razones para el cumplimiento de las normas del orden pactado sean o la coacción o algún deber ético, esto es absurdo, el derecho en tanto supone una expresión de la racionalidad humana, encierra un contenido insoslayable de lo que es justo por naturaleza, por lo que en estricto sentido, su cumplimiento es una consecuencia necesaria de la dimensión societaria del ser humano.

Mauricio Beuchot sostiene una postura similar a la de Aristóteles: *El sentido más propio de "derecho" es el positivo, porque tiene fuerza coercitiva; pero, aun cuando sea en un sentido menos propio, el derecho natural puede llamarse "derecho", porque su fuerza radica en la obligación moral, en la fuerza de la conciencia y no sólo en los buenos deseos.*⁴⁰ Esta fuerza de la conciencia, como se explicó anteriormente, no procede de una intuición sino de un conocimiento de la realidad en cuanto tal, que exige un análisis hermenéutico analógico que haga evidente los principios esenciales del orden dado por naturaleza.

De hecho, el problema de fondo para evitar la injusta impartición de justicia radica en evitar o superar el peligro de enfrentar las voluntades del gobernante y del ciudadano,⁴¹ excluyendo el *en sí* del derecho, lo debido. A la luz de este planteamiento, lo suyo, lo de cada quien, en que se concreta la justicia como repartimiento, necesariamente hace referencia a las cosas y éstas imponen un "*medium rei*" del que nos habla Tomás de Aquino,⁴² siguiendo a Aristóteles,⁴³

⁴⁰ BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, Siglo XXI, México, 1993, p. 124.

⁴¹ *La justicia perfecta, vale decir, en su plenitud de razón de tal, no puede darse sino entre quienes son totalmente otros entre sí. En los demás casos habrá algo que por semejanza con la razón de justicia por lo que se llama también justicia. Se ve pues, que para que exista lo justo político es necesario que haya justicia propiamente dicha, que el orden en que consiste se fundamente esencialmente en la justicia. Aristóteles ha señalado el fin de la justicia política: la suficiencia por sí entre los hombres. Y ha mostrado también su esencia según lo propio de la justicia: la igualdad proporcional. Quiere decir, entonces que la justicia política tiene su materia propia únicamente en la comunidad política.* AQUINO, Tomás, *S.Th.* II-II, q. 57, a. 4. c.

⁴² Cfr. AQUINO, Tomás, *S.Th.*, II-II, q. 58, a. 4. c.

⁴³ Las virtudes (en este caso, la justicia) no se producen ni por naturaleza ni contra naturaleza, sino que nuestro natural puede recibirlas y perfeccionarlas mediante la costumbre. Además y de todas las disposiciones naturales adquirimos primero la capacidad y luego ejercemos las actividades. Esto es evidente en el caso de los sentidos; pues no por ver muchas veces u oír muchas veces adquirimos los sentidos, sino al revés: los usamos porque los tenemos, no los tenemos por haberlos usado. ARISTÓTELES, *E. N.* 1103a, pp. 25-30.

pues argumentar frente a las voluntades del gobernante y del ciudadano, excluyendo la realidad de lo debido natural, de lo justo objetivamente, resulta imposible. El acto justo, entendido como justo medio, constituye la regla y medida proporcional que resuelve la pregunta con la que iniciamos este apartado porque si bien existe algo que por naturaleza es debido, no lo es en un sentido unívoco de todo para todos, ni equívoco en el que el principio de debitud quede reducido a la opinión o al enfrentamiento del débil y el poderoso.

En el sentido antes dicho, la analogía de atribución otorga significado a cada una de las realidades que se dicen debidas y obedece a una medida o proporción que exige una cierta jerarquía entre los significados, como establece Beuchot, según la cual unos son más propios que otros, por lo que no todas las interpretaciones son igualmente válidas, sino que unas resaltan mejor la proporcionalidad de los significados y de las interpretaciones, aun sin jerarquías tan marcadas. *Hay, en este sentido, una jerarquía analógica de aproximaciones y alejamientos.*⁴⁴

Entre más cercana a la verdad esté una interpretación, mejor se garantiza la aplicación del principio de debitud de forma justa y equitativa y por tanto virtuosa. Así, el que construye en sí mismo la justicia llega a lo que ella contiene, y como en ella está la obediencia a la ley y el respeto del derecho, incluirá en sí mismo la disposición a cumplir las leyes y a respetar los derechos de los demás. *La ley, según Beuchot, es para la virtud una guía innegable, pero la virtud incorpora una ley, la interioriza y la hace vida propia. De esta manera, la ley acompaña a la virtud, y como la ley tiene por correlativo al derecho, la virtud con la que se da el cumplimiento a la ley será también aquella con la que se respetarán los derechos de las personas.*⁴⁵ Por el contrario y a manera de ejemplo el criterio de interpretación jurídica dominante es la literalidad de la ley. Así lo expresa la siguiente cita: *Si los tribunales fallan interpretando el espíritu de la ley, tal interpretación no importa violación de garantías, si no se omite texto alguno aplicable al caso, ni se incurre en una*

⁴⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, Cuadernos de Fe y Cultura, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, 2a. ed., México, 2002, p. 24.

⁴⁵ BEUCHOT, Mauricio, *Los derechos... op. cit.*, p. 53.

*inexactitud manifiesta, ni se altera el sentido de los hechos respectivos.*⁴⁶ Una forma de análisis como el anterior corre el peligro de que el texto esté por encima de la naturaleza del hecho que se está juzgando, es decir que se privilegie la interpretación del texto, por encima de la realidad del contexto, que en estricto sentido es de donde de manera natural debe brotar la ley.

Hay que tener en cuenta, al respecto, que el acto justo es medio entre dos extremos porque es analógico proporcional. Pero no sólo eso. También indica que se aprende de manera analógica; es decir, no sólo por leyes y reglas que pueden ayudar, sino con el seguimiento de un modelo, de un ejemplar o paradigma. El razonamiento analógico no es el que se hace por leyes y reglas sino por el conocimiento de un modelo, de un ejemplar, de un paradigma, se trata de un conocimiento mostrativo. Lo justo, como causa ejemplar, inclina al hombre a la realización proporcionalmente igualitaria del bien común más allá de los intereses individuales.

Ahora bien, decir que el individuo está subordinado al bien común no quiere decir que lo esté en todos los sentidos, porque el principio de que el todo es superior a las partes no es absoluto sino analógico, porque el Estado y las leyes no pueden estar por encima del individuo en aquello que atañe a lo que le corresponde según su vinculación proporcional con la razón significada de débito y de mérito, pero también un individualismo exagerado impediría cualquier sacrificio por la comunidad.

Las leyes, por tanto, no deben estar sujetas de manera exclusiva a las subjetividades del intérprete, sino que han de ampararse en lo objetivo y real de la naturaleza de las cosas y de la condición societaria del hombre. *Con esto*, escribe Beuchot, *no se hace más que volver a enlazar los valores con la política, la economía y el derecho, de modo que haya una salvaguarda ética en esos ámbitos donde todo parece haber quedado a merced de la razón estratégica y tecnológica.*⁴⁷

⁴⁶ Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche, Instituto de la Judicatura Federal, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVIII, p. 116, 16 de enero de 1926.

⁴⁷ BEUCHOT, Mauricio, *Los derechos...* op. cit., p. 46.

II. LA PRUDENCIA COMO CONDICIÓN DEL ACTO JUSTO

Lo propio del derecho es un conocimiento entitativamente ordenado al estudiar los actos humanos en su dimensión jurídica, en aquel aspecto de plenitud del hacer normativo que permite al hombre, en el espacio societario alcanzar la perfección que le es propia en su interacción e interdependencia con los demás seres humanos, de manera que el estudio que de los actos hace el derecho supone un contenido de debitud, de obligatoriedad que se concreta mediante la adecuada aplicación de éste al caso concreto.

En consecuencia el saber jurídico está ordenado a concebir el obrar social como fin, por ello conoce de los actos en su dimensión de obra justa, de poner en la existencia los actos en los que se concreta ese dar a cada quien lo suyo. La razón última del estudio del derecho es la concreción de lo debido, de la obra justa, ésta es la esencial diferencia entre el estudio del derecho y otras ciencias que podríamos llamar sociales, o más propiamente humanas, ésta es la razón por la que existe una ciencia del derecho, una ciencia que estudia la medida y adecuación de los actos concretos en la razón significada de lo debido, con un criterio de medida y proporción por el que podemos valorar las conductas y establecer una calificación objetiva de las mismas, determinando la recta debitud que trae como resultado el acto justo.

Lo que el legislador debe hacer —en mi opinión— para elaborar leyes justas, es considerar el orden previo que sirva como parámetro o medida para delimitar lo que es debido según un principio o razón significada proporcional a éstas, que es el principio de debitud. Al respecto escribe Tomás de Aquino: *Es necesario que cualquier cosa recta y medida tenga una forma proporcional a su regla y medida. Y la ley humana tiene ambas cosas: porque es algo ordenado a un fin; y porque es una regla y medida normada y mesurada por una medida superior que es la ley natural y la ley divina.*⁴⁸ El orden superior al que se refiere el Aquinate, yo preferiría denominarlo orden dado y no ley natural y divina porque éstas apelan más a la conciencia humana que a un orden anterior al establecido por los hombres según acuerdo, es decir, podría entenderse como una cierta ley inscrita en

⁴⁸ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, q.95, a.3.

el corazón humano que el hombre intuye y por la que se da cuenta que participa del orden establecido por Dios.

El acto justo consiste en una virtud que depende de la conformidad de un comportamiento a un principio anterior que es la debitud. Sin embargo, la adhesión a este principio no es del todo uniforme ni del todo flexible sino que es analógico proporcional en un primer momento y atributivo en un segundo momento que es en el que con propiedad se puede hablar de justicia, porque es dotar de significado a la realidad jurídica de tal forma que quien se ajusta a ley cuando es justa se puede denominar con propiedad justo y, quien no, injusto. Así lo expresa Aristóteles en la siguiente cita: *En tanto que el trasgresor de la ley es injusto, mientras que quien se conforma a la ley es justo, es evidente que todo lo que es conforme a la ley es de algún modo justo; en efecto, las cosas establecidas por el poder legislativo son conforme a la ley y decimos que cada una de ellas es justa.*⁴⁹ Con esta cita el Estagirita no quiere decir que lo justo lo determina la ley, sino que quienes obedecen y aplican normas que guardan una relación proporcional con la razón significada de debitud de la que se dicen las cosas debidas y justas, pueden estar seguros que su actuación es equitativa.

De manera que la condición de posibilidad del acto justo es la consideración proporcional del principio de debitud en orden a una correcta atribución de este principio a los casos y circunstancias concretas, aunque todas ellas tengan en común que son debidas. Sólo mediante esta metodología se puede lograr un acto justo porque rescata lo semejante dentro de la diversidad, sin pretender asemejar lo que por naturaleza es desemejante, pues no se trata de hacer igual lo que es distinto sino de buscar lo que es común en lo diverso en tanto que diverso y para diversos.

En este sentido, la justicia parece ser una virtud orientada a los demás, a los otros, a la alteridad, porque el que la posee puede servirse de ella no sólo en relación consigo mismo sino también en relación con los demás. Así lo expresa la siguiente cita de Aristóteles: *La justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro.*⁵⁰ A cau-

⁴⁹ ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 1, 1129 b 11.

⁵⁰ *Cfr.* ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 1, 1129b 30.

sa de esto, muchas veces la justicia parece la más excelente de las virtudes.⁵¹ En razón de lo anterior, la justicia es la única de las virtudes que directamente se refiere al bien ajeno y que afecta a los otros.

Tan la justicia es una virtud orientada a los demás, que Aristóteles afirma que el mejor hombre no es el que usa la virtud para consigo mismo, sino para con los otros, porque esto es una tarea aún más difícil, tarea propia de la justicia y contenido natural del acto debido, en que el derecho se centra. De ahí que Aristóteles la considere como una virtud total porque atañe no sólo a la integridad moral del individuo, sino que afecta directamente a los intereses de otros que cuando no son respetados generan injusticias.⁵² Con lo anterior el Estagirita no quiere dar a entender que la justicia sea una virtud única, pero dada su naturaleza relacional con los otros, especialmente si se habla de la justicia distributiva, afecta no sólo al individuo como las demás virtudes sino también a los demás. La siguiente cita es clara en este sentido: *Qué diferencia hay entre la virtud y la clase de justicia, está claro. Es, en efecto, lo mismo, pero su esencia no es la misma, sino que, en cuanto que está en relación con otro, es justicia, pero, en cuanto que es un modo de ser de tal índole, es de forma absoluta, virtud.*⁵³

Para Aristóteles existe una justicia total y otra parcial, es decir, una misma razón significada de la que se predica proporcionalmente distinto, *de suerte que es evidente que, al lado de la injusticia total, hay una parcial sinónima de ella, pues su definición está dentro del mismo género.*⁵⁴ Lo anterior no significa que la justicia sea el producto de una única consideración del principio de debitud, del que se prediquen cosas distintas a la manera como se atribuye la parte al todo, sino que se trata de un mismo principio o razón significada concreta o singular, de la cual se predica por una relación de seme-

⁵¹ La justicia, dice Aristóteles, es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo. *Cfr.* ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 1, 1129b 30.

⁵² *Esta clase de justicia, entonces, no es una parte de la virtud, sino una virtud entera, y la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio total.* ARISTÓTELES, *E. N.*, vol. 1, 1130 a 5-10. Aristóteles no quiere decir que la justicia, en general, sea la mejor de las virtudes sino sólo aquella que afecta de manera directa a la integridad del hombre, es decir, un modo de ser.

⁵³ ARISTÓTELES, *E.N.*, V, 1, 1130a 11-15.

⁵⁴ ARISTÓTELES, *E.N.*, 1130 b 30-35. *Es evidente, pues que existen varias clases de justicia y que, junto a la virtud total, hay otras.* ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 3, 1130b 1-5.

janza cosas distintas y a la que en un segundo momento se le atribuye un sentido o significado, dejando así de ser razón significada para convertirse en un primer analogado del que se dice por denominación extrínseca las demás cosas debidas. Sólo en este momento estamos en posibilidad de hablar de un acto justo por parte del abogado forense o del juez.

En un primer momento la predicación acerca del principio de debitud es como *lo mesurable respecto de la medida, lo cognoscible respecto del conocimiento y lo sensible respecto de la sensación*.⁵⁵ Es decir, se trata de una relación horizontal de una misma razón significada, que se dice en parte idéntico y en parte distinto, más tendiente a lo segundo que a lo primero porque cada una de las partes siguen teniendo su propia esencia y su propia naturaleza, aunque tengan entre sí un principio común. Así lo mensurable significa que hay medida de ello, pero la medida no es relativa a aquello que es medida (pues en tal caso se repetiría dos veces lo mismo).

En un segundo momento la predicación a partir del principio de debitud es: *como lo doble respecto a la mitad, el triple respecto al tercio y, en general, el múltiplo respecto del submúltiplo y lo que excede respecto a lo excedido*,⁵⁶ es decir, como la de un primer analogado en relación con sus analogados porque se está hablando de una relación vertical entre una realidad y otra, en la que sería una el fundamento y otra lo fundamentado. Es en este momento cuando estamos en posibilidad de hablar de un acto de justicia, porque primero se consideró la proporcionalidad de las cosas debidas en función del principio de debitud y después se le atribuyó a esa misma realidad un sentido o significado secundario al principio ya mencionado.

En términos de justicia y según la interpretación de Tomás de Aquino esto mismo se podría interpretar de la siguiente forma: para Tomás de Aquino hay dos tipos de justicia; una general y otra particular que aunque son parte de una misma justicia difieren formalmente. La primera ordena al hombre al otro, respecto al bien común. La segunda, en cambio, procura el bien de los individuos en particular. Mientras que la justicia legal o general ordena al hombre inmediatamente en todo lo que se refiere al bien del otro respecto al bien co-

⁵⁵ ARISTÓTELES, *Met.*, vol. 15, 1020 a 30.

⁵⁶ ARISTÓTELES, *Met.*, vol. 15, 1020 a 25.

mún y mediatamente respecto al bien particular, la justicia particular ordena inmediatamente al hombre al bien del otro como individuo particular y sólo mediatamente al bien común. Es decir, la justicia particular participa proporcionalmente de la justicia general en cuanto que ambas difieren en especie pero son parte fundamental de una misma virtud. Así lo expresa la siguiente cita de Tomás de Aquino: *Algo puede ser general en cuanto es causa general de muchos efectos, como el sol respecto a todos los cuerpos que ilumina y sobre los que influye con su energía; y en este sentido no es necesario que sea de la misma esencia de aquellos de los cuales es general, ya que no es la misma la esencia la de una causa y la de sus efectos*.⁵⁷ No es que los dos tipos de justicia sean dos virtudes distintas entre sí, sino que son dos especies de una misma virtud en la que la justicia particular es proporcionalmente idéntica a la justicia general.

Lo anterior es así porque no es lo mismo la multitud de una ciudad que el individuo particular, aun cuando la procuración del bien de una sola persona genere por consecuencia el bien de la comunidad ya que *el bien común de una ciudad, y el bien particular de una persona no difieren únicamente en cuanto que en la ciudad son muchos los individuos, sino que entre ambos hay una diferencia formal*.⁵⁸ Esta diferencia en especie es como la que existe entre la parte y el todo, en la que cada una de éstas se relacionan proporcionalmente con la totalidad de ciudadanos dentro de una comunidad, porque no es lo mismo lo que hace referencia a la familia, al individuo, al gobernante, a los gobernados, etcétera que lo que se refiere a la comunidad en general. Tomás de Aquino establece algo similar a lo antes explicado por el Estagirita: *El bien común de la ciudad y el bien singular de una persona no difieren según lo mucho y lo poco, sino según una diferencia formal: pues es distinta la razón del bien común de la del bien singular, así como la razón del todo es distinta de la parte*.⁵⁹

Ahora bien, el medio de la justicia es objetivo y no sólo de razón porque la diferencia que existe entre lo que es debido por naturaleza y las cosas que se dicen debidas no es sólo formal, sino también

⁵⁷ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, q. 58, a. 6.

⁵⁸ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, q. 58, a. 7.

⁵⁹ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, 1, 58, a. 7, ad 2.

material aunque estén proporcionalmente relacionadas con un mismo género que es aquél del que se predicán todas las cosas debidas. Es el contenido material de una norma lo que determina el sentido o significado que posteriormente le otorga o atribuye el juez o el abogado forense, pero esto se logra cuando se tiene previamente identificada la relación proporcional que existe entre una cosa que es debida y a quien es debida bajo una misma razón significada, que es el principio de debitud.

En cuanto que la materia de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, está en la acción exterior y no en la interior del individuo sobre sí mismo puesto que se refiere a los demás, es necesario que se identifique la proporción que existe entre la cosa sobre la que se ejecuta el acto justo y la persona a quien se le debe algo. *Por tanto*, escribe el Aquinate, *el medio de la justicia consiste en cierta proporción de igualdad de una cosa exterior con su persona exterior en función de un más y un menos que es en lo que radica la equidad*.⁶⁰ El medio en que consiste la justicia es la equidad, cuya función es considerar la relación de semejanza proporcional que existe entre las partes.

Dicha proporcionalidad tiene dos extremos: uno de ellos es la cosa debida y otro a quien le es debida, ambos extremos tienen su medio y su esencia en el principio de debitud que cuando están equilibrados, es decir, cuando se guarda una misma proporción generan un acto justo. Así lo expresa la siguiente cita de Aristóteles: *Necesariamente lo justo será un término medio e igual en relación con algo y con algunos. Como término medio, lo será de unos extremos (es decir, de lo más y lo menos); como igual, respecto de los términos, y como justo, en relación con ciertas personas*.⁶¹ A esta clase de justicia la llama el Estagirita justicia distributiva. De la cual resulta que lo justo es una especie de proporción y lo injusto lo que va en contra de esa proporción. Este tipo de justicia preside la división de las reservas comunes y de los bienes en cuanto tal división debe ser hecha según la contribución que cada uno aporta a su producción (igualdad proporcional).

En el sentido antes explicado, la justicia distributiva consiste en distribuir los bienes a distintas personas en proporción a su dignidad

⁶⁰ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, q. 58, a. 10.

⁶¹ ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 3, 1131a 25-30.

o merecimiento. Por tanto, cuando se considera dicha propiedad de la persona, por la cual se le da lo que le es debido, no se mira tanto a la persona sino a lo que ésta merece. Lo que merece cada quien no obedece a una distribución uniforme sino análoga pues una misma persona puede ser merecedora de una cosa y no de otra. *Por tanto*, como escribe Tomás de Aquino, *la misma condición de la persona que la hace digna en un aspecto hace que no haya acepción de personas, pero puede ser que la haya en otro aspecto*.⁶² La proporcionalidad de las personas y su merecimiento en función de una misma razón significada depende de ciertas condiciones que determinen su derecho.

Ahora bien, la justicia distributiva es parte de la justicia particular y difiere por tanto de la general o legal en cuanto al género al que pertenece, pero no en cuanto que —como escribe Adame Goddard— ambas tienden a conseguir una igualdad proporcional o geométrica, o sea, a seguir el criterio de tratar desigual a los desiguales. Expresan relaciones de subordinación (justicia legal) o de integración (justicia distributiva). Mientras que la justicia legal o general se refiere a las relaciones de la sociedad con los individuos, desde el punto de vista de lo que éstos deben a ella. Bajo su ámbito se incluyen tanto las cuestiones sobre lo que los ciudadanos deben a la sociedad (impuestos, servicios obligatorios, etc.), como los deberes de los gobernantes con la sociedad (lealtad, promoción del bien común, etcétera); la justicia distributiva regula la participación a que tiene derecho cada uno de los ciudadanos respecto de las cargas y bienes distribuibles del bien común.

Estos dos tipos de justicia miran la relación entre sociedad e individuo, pero lo hacen desde el punto de vista de lo que el individuo puede exigir a la sociedad, por ejemplo, el derecho a una repartición justa de las cargas fiscales, o el derecho a los satisfactores mínimos, vivienda, alimentación, educación, vestido, etcétera.⁶³ De ahí que en el derecho existan diferentes ramas porque en la realidad las cosas debidas son diversas para personas distintas, entre las que debe mediar la equidad que está fundamentada en el principio de debitud que

⁶² AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, q. 63, a. 1 c.

⁶³ ADAME GODDARD, Jorge, *Nuevo Diccionario Jurídico*, Voz: *Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

es lo común a ambos extremos, cuya relación de semejanza entre sí está en proporción con el principio mencionado.

La justicia conmutativa también es parte de la justicia particular, pero el tipo de repartición de lo debido a cada una de las personas es aritmético y no geométrico,⁶⁴ porque rige, según el autor antes mencionado, las operaciones de cambio entre personas que se hallan en un plano de igualdad, por ejemplo las relaciones contractuales. Atiende al criterio de trato igual a los iguales.⁶⁵

La proporción aritmética se mide por el exceso en la cantidad respecto de la igualdad. De esta forma cinco es menor entre cuatro y seis. Por tanto, si al principio de la conmutación ambos tenían cinco, y como resultado de la conmutación uno se queda con cuatro y el otro con seis siendo cinco el medio entre cuatro y seis. Entonces el que tiene seis debe dar uno al que tiene cuatro.

La proporción geométrica, en cambio, es aquella en la que la igualdad se corresponde no con la cantidad sino con la proporción, de esta forma, se dice la misma proporción de seis a cuatro que de tres a uno, porque ambos guardan la misma proporción o la misma medida pues seis excede a cuatro en dos y tres a uno en dos pero ambos números son excedidos.⁶⁶

Ahora estamos en condición de afirmar que, si bien la justicia conmutativa pertenece al mismo tipo de justicia que la distributiva, su forma de atribución o predicación en relación con el principio de debitud tiende más a lo unívoco que a lo análogo porque sólo toma en consideración dos términos (lo debido y a quién es debido) que admiten una sola interpretación, en la que lo que se predica de los iguales entre sí es la semejanza y no las diferencias.⁶⁷

⁶⁴ Cfr. ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 3, 1131a 15.

⁶⁵ ADAME GODDARD, Jorge, *Nuevo Diccionario, op. cit.*, Voz: Justicia.

⁶⁶ Cfr. AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, a. 2 c.

⁶⁷ La justicia particular se divide en dos especies distintas entre sí que tienen en común un mismo principio (la debitud): *Una especie de justicia particular y de lo justo correspondiente es la que se aplica a la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad (pues, en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual y no igual a otro), y otra especie es la que establece los tratos en las relaciones entre individuos.* En esta cita Aristóteles expresa que la justicia distributiva es la que con propiedad utiliza como forma metodológica la analogía porque una persona en relación con otra puede o no recibir lo mismo, todo depende del mérito de cada una de las partes que intervienen en la justa repartición de lo debido.

La dificultad metodológica que presenta la justicia antes explicada es que no todas las realidades jurídicas responden a un análisis hermenéutico en el que se busque restituir a los iguales, por el contrario, la mayoría están sujetas a varias interpretaciones a la luz de un mismo principio del cual parten. Por esta razón, la justicia distributiva es con más propiedad analógica porque atiende más al mérito de la persona pues le da prioridad a la desigualdad entre las partes que a la igualdad, aunque todas ellas tengan en común lo que es debido por naturaleza. Sin embargo, indirectamente la justicia conmutativa también mira al mérito proporcional que existe entre las personas a quienes se les debe algo y aquello que se les debe en función del principio de debitud.

La justicia distributiva es similar a una proporción geométrica de cuatro términos por lo menos, en la cual las recompensas dadas a dos personas se relacionan entre sí lo mismo que los respectivos méritos. Es decir, el método analógico proporcional del que se sirve el derecho, en el caso de la justicia distributiva, tiene cuatro extremos (A es a B lo que C es a D) y no dos como en el caso de la justicia conmutativa cuya predicación va de las cosas debidas y a quien son debidas al principio de debitud (B de A), suponiendo el mérito de cada uno de los individuos a los que se les debe algo.

En el sentido antes dicho, quien tiene más méritos debe recibir más. Sin embargo, existen casos en que este criterio no es del todo conveniente pues en ocasiones puede conducir a injusticias, entonces el propio Aristóteles acude a ciertos criterios o principios generales, surgiendo así el concepto de equidad (*epikeia*) o justicia referida al caso concreto. Con ello se pretende la consideración del caso de manera que la solución se identifique con la atención de las circunstancias. No se trata de un procedimiento totalmente fijo que deba aplicarse sin discernimiento, sino como algo universal atento a los individuos, que toma muy en cuenta las circunstancias para su aplicación.⁶⁸

En este punto es necesario aclarar algunos aspectos en relación con el tema de la justicia. La primera aclaración es que las leyes establecidas por acuerdo entre los hombres parecen ser variables aunque guarden una relación proporcional de semejanza con lo justo

⁶⁸ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Los derechos...*, op. cit., p. 22.

debido en cuanto tal. Y la segunda es que esta variabilidad no tiene su origen en el sujeto mismo, sino en la realidad sobre la que versa el derecho que es esencialmente contingente. Así lo expresa la siguiente cita de Aristóteles: *Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema tanto aquí como en Persia, mientras que las cosas justas observan ellos que cambian.*⁶⁹ Es decir, la naturaleza de la que parte la justicia no es como la de los entes que tienen el principio y fin del movimiento en sí mismos, sino como la de aquellas realidades cuyo principio y fin está en el sujeto, aunque no con independencia de lo que es uno en muchos.

Cabe mencionar al respecto que lo que es justo por naturaleza no se descubre, como de alguna manera establece Aristóteles, mediante una cierta intuición natural del hombre por la que esté determinado a conocer lo que es justo por naturaleza.⁷⁰ La construcción de las leyes positivas si bien depende de la observación de los casos concretos, no es producto de una contemplación especulativa sino práctica, de ahí que no se diga con propiedad que el reconocimiento de lo debido para cada una de las partes se trate de una tendencia interior aunque todos los hombres estén determinados al bien, porque dicha determinación no es *ad unum* (hacia una sola cosa) sino libre.

Por lo antes explicado, el Estagirita introduce el tema de la equidad y la necesidad del discernimiento prudencial para concretarla. Ésta parece ser una disputa presente a lo largo del pensamiento político en general y jurídico en particular.

Sólo Dios podría estar determinado de forma esencial a la procuración de la justicia en orden al bien común porque Él, que es sapientísimo, es el único capaz de determinar prudencialmente lo que es debido a cada una de las partes en función de sus semejanzas y desemejanzas. Así lo expresa Aristóteles en la siguiente cita: *Quizá entre los dioses no sea la ley variable de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural. Ahora,*

⁶⁹ ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 7, 1134b 20.

⁷⁰ Así lo expresa la siguiente cita de Aristóteles: *Hay algo que todos adivinan que, comúnmente, por naturaleza es justo o injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros.*

*de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es la natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables.*⁷¹ La mutación del orden dado por naturaleza a la que se refiere el Estagirita consiste en que la realidad jurídica tiene el principio y fin del movimiento en otro, de tal forma que aunque esencialmente no cambien las cosas que se dicen debidas sí cambian en cuanto a su determinación como debidas o no. Aun cuando la razón esté orientada a la verdad y la voluntad al bien como objeto propio, esta orientación no es uniforme sino que depende de la libre elección.

De esta forma, la aplicación de lo justo debido parte de la observación de las cosas singulares, mirando a lo que es mejor para la procuración del bien común, lo que depende de la consideración o elección particular de cada una de las partes que intervienen en la correcta atribución de lo que es debido según el caso. No se trata, por esto, de un relativismo porque lo que se atribuye análoga y proporcionalmente de un mismo principio tiene una misma razón significada, que es lo justo debido, de lo que se dicen cosas distintas según el significado que le corresponda a cada una de las realidades que se dicen debidas.

Ahora bien, para que la atribución de significado a las diferentes realidades debidas sea correcta es necesario que medie la prudencia, pues es la virtud que se ocupa de las realidades singulares en función de un mismo principio universal al que se subordinan análogamente los entes a los que se aplica dicho principio en orden al bien común. Tomás de Aquino escribe al respecto: *Como el legislador no puede atender a todos los casos singulares, formula la ley de acuerdo con lo que acontece de ordinario, mirando a lo que es mejor para la utilidad común. En consecuencia, si surge un caso en que esta ley es dañosa para el bien común no se debe cumplir.*⁷² De hecho, para el Aquinate basta para solucionar un problema que no aparece en la ley con la certeza de los enunciados que son verdaderos en la mayor parte de los casos, aunque fallen las menos de las veces.⁷³ Esta certeza es proporcionada por el consejo de la razón del que parte el acto prudencial en cuanto voluntario. La voluntad, en este sentido, se ad-

⁷¹ ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 7, 1134b 30-35.

⁷² AQUINO, Tomás, *S. Th.*, q. 96, a. 6 c.

⁷³ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, q. 96, a. 1, ad. 3.

hiere a lo que es justo siempre o la mayoría de las veces, es decir, a lo que se da con frecuencia en los casos que son similares en cuanto guardan entre sí la misma proporción aun cuando sean distintos en esencia. Esto es lo que se denomina en términos jurídicos jurisprudencia o “prudencia de lo justo”.

Josef Pieper establece algo similar a lo escrito por el Aquinate en el párrafo anterior, pues según él, muchos de los problemas jurídicos se resuelven a través de una consideración prudencial de las circunstancias que intervienen en el hacer societario. De ahí que la justicia sea virtud segunda de una anterior, que es la prudencia. *La justicia está fundada en la prudencia, entendida como “facultad perfectiva” del hombre como persona en tanto que lo dispone a determinarse rectamente, pues sólo la prudencia perfecciona la rectitud impulsiva e instintiva del obrar, las disposiciones naturalmente buenas, para elevarse al grado de auténtica virtud, esto es, a la categoría racional de “facultad perfectiva”.*⁷⁴ En este sentido, el acto de darle a cada quien lo suyo se perfecciona en la medida que está subordinada a la correcta aplicación de lo que es debido a cada persona, según una misma razón significada, lo cual depende de la virtud de la prudencia cuya función es aplicar los principios universales de la conducta a lo singular operable mediante el uso de los medios adecuados a los fines que se pretenden alcanzar.

Lo anterior es así porque la prudencia dirige los actos particulares, por ello se requiere que esta virtud sea la más ejercitada y ejercida por el jurista. Porque, como establece Aristóteles, *la prudencia es una cualidad propia de los administradores y de los políticos.*⁷⁵ Esta idea es muy importante para nuestro estudio en tanto que las acciones humanas están siempre encaminadas a un fin que en sí mismo no justifica los medios; por otro lado, el fin de la política, el bien común, es concreto y la virtud de la prudencia se dedica justamente a los medios para alcanzar ese fin.

Existen virtudes morales que hacen referencia a aquellas facultades humanas de las que procede la inclinación a obrar y que son el principio de la acción, la parte apetitiva. No obstante, cabe afirmar que toda acción humana entraña a la razón, la supone. La prudencia,

⁷⁴ Cfr. PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 2001, pp. 35-37.

⁷⁵ ARISTÓTELES, *E.N.*, VI, 3, 1140b 9-10.

virtud intelectual, encarna la recta razón práctica, por lo que le compete a ella atender esos casos particulares; y en los generales a la virtud moral. De alguna manera, la prudencia —la recta razón— une las dos clases de virtudes. Así lo establece la siguiente cita de Aristóteles: *Mediante el hábito del entendimiento son conocidos los principios naturalmente evidentes, tanto de orden especulativo como del práctico. Y así como la recta razón en cuanto procede de los principios naturalmente conocidos, presupone el entendimiento de éstos, así también la prudencia, que es la recta norma de las acciones humanas.*⁷⁶ En este sentido, sin prudencia el máximo esfuerzo argumentativo que podría realizar la ciencia jurídica en general y el abogado en particular, alcanzaría sólo para una estimación o crítica de orden técnico, fáctico, puramente instrumental, nunca para una valoración del orden jurídico en cuanto orden normativo del obrar humano. De ahí que se haga necesaria una crítica prudencial de los hechos jurídicos.

Según Platón, el hombre sapiente o el prudente es el mejor para gobernar una ciudad porque es el que se puede llamar con razón justo.⁷⁷ Ahora bien, el atributo de sabio se aplicaba en la antigua Grecia al filósofo, de ahí que su sentido etimológico sea el de “amigo de la sabiduría”. Es así como la consideración de la justicia en el derecho va más allá del simple análisis técnico e instrumental de ésta, ya que presupone el conocimiento de las finalidades últimas de la sociedad y de la vida humana. Así lo explica el maestro Martínez Doral: *Sólo cuando se conoce el fin puede juzgarse si los medios empleados para conseguirlo son aptos o no. El conocimiento de los fines últimos, la determinación de lo que exige la justicia, trasciende por completo las posibilidades de un análisis estrictamente jurídico. Es labor propiamente filosófica y no puede por ello ser cumplida por la ciencia.*⁷⁸ En este sentido, la consideración científicista de lo justo

⁷⁶ El Aquinate siguiendo a Aristóteles dice: *La prudencia es la recta norma de las acciones humanas, no sólo en general, sino también en los actos particulares.* AQUINO, Tomás, *S. Th.*, I-II, q. 58, a.5. Ahora bien, según el esquema tomista, existen cuatro tipos de virtudes morales, a saber, prudencia, justicia, templanza y fortaleza. Las cuatro virtudes ya presentes en Aristóteles: *phronesis, dike, soprolyne* y *andreia*.

⁷⁷ El justo se parece al sabio y bueno, el injusto al malo e ignorante. PLATÓN, *Rep.*, I, 350 c.

⁷⁸ MARTÍNEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsas, Pamplona, 1963, pp. 126-127.

es incompleta porque su utilidad es sólo procedimental reduciéndose la actividad jurídica a una metodología absoluta y omniabarcante cuando debería ser también metafísica.

Por tanto, es necesario que el jurista conozca los fines y valores del derecho y ese conocimiento sólo puede proporcionarlo acabadamente la filosofía. Es evidente que quien se dedica al derecho debe adquirir una noción profunda de la sabiduría filosófica referida al ámbito de lo jurídico, éste es el objeto propio del estudio de la filosofía del derecho. Por esta razón, Tomás de Aquino escribe: *El estudio de la filosofía no tiene como finalidad saber lo que dicen los filósofos, sino saber cómo son las cosas en sí mismas.*⁷⁹ Es mediante el reconocimiento de lo que es permanente y debido en sí mismo como se generan sociedades más justas. Esto sólo se logra a través de un análisis metafísico de los hechos jurídicos que se interpretan al momento de elaborar leyes y aplicarlas.

De hecho para quienes nos identificamos con la concepción realista y por tanto metafísica del derecho, resulta de toda evidencia que éste es un cierto obrar humano adecuado a los títulos de otro; justo, concreto, debido en sentido estricto, ha escrito Félix Lamas, *será aquella conducta máximamente determinada que se ajusta a la pretensión legítima de otros.*⁸⁰ Hay que recordar al respecto que para Aristóteles *la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre,*⁸¹ y en este sentido lo que es bueno o malo para los demás según lo que les corresponda proporcionalmente.

El reconocimiento de lo que es justo y debido para cada quien no es igual para todos ni en la misma proporción, sino que se trata de una relación de semejanza entre cosas distintas cuya razón significativa o principio es el mismo aunque el mérito de las partes sea distinto. De hecho, el acto de ejercer justicia no radica en función de un reparto cuantitativo de mucho o poco sino cualitativo, de proporción, según lo que merece cada quien. Por tanto, la forma de dar a cada quien lo suyo no se ubica en función del más y el menos porque

⁷⁹ AQUINO, Tomás, *De Coelo et Mundo*, I, Lect. 22, núm. 228.

⁸⁰ LAMAS, Félix A., "Justo concreto y politicidad del derecho", en: *Ethos*, núm. 2/3, I.F.I.P., Buenos Aires, 1974/75, p. 212.

⁸¹ ARISTÓTELES, *E.N.*, VI, 5, 1140 b 4.

se puede otorgar un gran bien a una persona que no lo merece o evitar un gran mal a una persona que lo merece. Así lo explica Aristóteles en la siguiente cita: *El injusto es aquel que no siempre escoge la parte mayor, sino también la menor cuando se trata de males absolutos.*⁸² De ahí que la justicia sea la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde. *Esto equivale a decir, según Tomás de Aquino, que hay que dar a cada persona lo suyo, según se debe en una proporción de equidad.*⁸³

De lo anterior se concluye que no puede haber univocidad en la ley sino una consideración analógica o de lo semejante y lo desemejante en cuanto tal, de lo contrario, en el razonamiento práctico no habría posibilidad de error o todo lo que se predicara de un mismo principio sería un equívoco. Aristóteles explica esto mismo en los siguientes términos: *O bien —como algunos dicen— todas las apariencias son verdaderas o bien el error consiste en el contacto con lo desemejante ya que esto es lo contrario de conocer lo semejante con lo semejante. Contra lo último, sin embargo, está la doctrina comúnmente aceptada de que el error y la ciencia respecto de los contrarios son lo mismo.*⁸⁴ Es decir, no se puede afirmar con razón que una misma cosa sea y no sea al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto, sin embargo, nada impide que esta misma realidad sea considerada de distinta forma según un aspecto distinto, porque aunque el principio universal de las cosas que son desiguales sea idéntico al de las que se denominan iguales no lo es en la misma proporción en cada una de estas realidades.

De esta forma, el método analógico parece ser el más adecuado para el conocimiento de aquellas realidades cuya naturaleza es contingente. En el razonamiento práctico una misma realidad puede ser conocida como verdadera o falsa, en potencia, respecto de un mismo principio. En acto esto no sucede así porque si el razonamiento es de lo semejante en tanto que semejante entonces hay ciencia y versa sobre lo verdadero. Si, por el contrario, es de lo desemejante en cuanto tal entonces hay error y el razonamiento versa sobre lo falso.

⁸² ARISTÓTELES, *E.N.*, vol. 1, 1129 b 11.

⁸³ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, q. 58, a. 11 c.

⁸⁴ ARISTÓTELES, *De Anima*, III, 3, 427 b 1 -6, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1998.

Es así como la función de la prudencia en cuanto se inscribe en el orden de la formalidad, es decir, de la determinación de la conducta humana concreta, no consiste en un principio determinativo intrínseco que se encuentre en la conducta misma, sino en un principio de especificación que se encuentra fuera de ella en la inteligencia, por lo que Santiago Ramírez afirma que *el juicio (de la prudencia) dirige a la voluntad en el género de la causa formal extrínseca para que elija así determinadamente*.⁸⁵ Dicha causa puede ser próxima o remota. Esta última está constituida por las normas generales, por las leyes que establecen en general los tipos de conducta debida para una clase de situaciones establecidas en forma más o menos abstracta. La primera, en cambio, está constituida por un precepto singular referido a una conducta concreta y que determina desde fuera el modo de ser del obrar humano en su máxima proximidad.⁸⁶ De ahí que, como dice el Aquinate, *el mérito de la prudencia no consista sólo en la consideración sino en la aplicación a la obra, fin del entendimiento práctico*.⁸⁷

Esto significa que el entendimiento, donde reside la prudencia, no se detiene en la sola especificación de lo debido, sino que con el concurso de la voluntad produce el acto ordenado a consumar en la realidad aquella conducta que se ha considerado recta; por ello afirma el maestro Sacheri, que *el juicio de la prudencia es un "juicio afectivo"*,⁸⁸ transido del querer y ordenado a que el sujeto ponga en obra la conducta concreta conocida como justa, debida.

Hay dos maneras de causar, escribe Tomás de Aquino, *una a modo de fin, y así decimos que el fin mueve al agente. De este modo el entendimiento mueve, a la voluntad, pues el bien conocido es su objeto y la mueve a manera de fin. La segunda, a modo de causa eficiente, según mueve lo que altera a lo que es alterado y lo que impulsa a lo que es impelido. De esta manera mueve la voluntad al entendimiento y a todas las potencias del alma (...) a la ejecución de sus respectivos actos*.⁸⁹

⁸⁵ RAMÍREZ, Santiago, *La prudencia*, Palabra, Madrid, 1978, p. 197.

⁸⁶ LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás de Aquino*, S. F., Buenos Aires, 1953, pp. 147 y ss.

⁸⁷ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, I, q. 80, a. 2, ad. 3.

⁸⁸ SACHERI, Carlos, *El orden natural*, p. 143.

⁸⁹ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, I, q. 82, a. 4. c.

El objeto entendido como justo o debido mueve al entendimiento como causa final, sin embargo, la voluntad mueve al entendimiento como causa eficiente a su fin, siendo este último movimiento más fuerte que el primero. De ahí que el fundamento de la virtud de la justicia y de cualquier otra virtud moral esté en la voluntad, pues se trata, según Aristóteles, *de un hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo*.⁹⁰ Y en este mismo sentido Tomás de Aquino escribe: *Para que cualquier acto sobre alguna cosa sea virtuoso, se requiere que sea voluntario, estable y firme*.⁹¹ Y justo en esto último radica la perpetuidad del acto de darle a cada quien lo suyo, ya que se trata de un hábito constante y permanente de querer dar siempre lo que le corresponde a los demás según una proporción adecuada.⁹²

Esta intromisión necesaria del querer en el ámbito de la prudencia, hace que la determinación de la conducta humana por parte de esta virtud no sea sólo racional, sino también volitiva. Por ello es necesario, para que la acción sea prudente, que la voluntad se adhiera al conocimiento de lo debido en cada caso concreto y se encuentre previamente rectificadas u ordenadas, tarea que corre por cuenta de las virtudes morales.⁹³ De este modo un vicioso, un degradado no puede lograr la dirección prudente de sus actos, pues la voluntad se negará a colaborar con el entendimiento en la tarea de impulsar la realización de lo que es debido. En el ámbito del derecho significa que no podrá ser auténticamente prudente quien no sea justo; que difícilmente podemos esperar una sentencia, un dictamen o una ley justa de un abogado o legislador que no sean personalmente prudentes. Así lo afirma Aristóteles: *Las acciones se llaman justas y moderadas cuando son tales que un hombre justo y moderado podría realizarlas; y es justo y moderado no el que las hace, sino el que las hace como las hacen los justos y moderados*.⁹⁴ En este sentido, la justicia queda subordinada a la prudencia y depende de ella para determinar la justa proporción entre lo que es debido y a quién se debe.

⁹⁰ ARISTÓTELES, *E. N.*, 5, 5, 1134 a 1.

⁹¹ AQUINO, Tomás, *S. Th.*, II-II, q. 58, a. 1 c.

⁹² *Justicia*, escribe el Aquinate, *es un hábito según el cual uno da al otro lo que es suyo según derecho, permaneciendo en ello con una voluntad constante y perpetua*. AQUINO, Tomás, *S. Th.*, q. 58, a. 1 c.

⁹³ Cfr. RAMÍREZ, Santiago, *op. cit.*, pp. 154-198.

⁹⁴ ARISTÓTELES, *E. N.*, II, 4, 1105 b 1-18.

Es importante destacar en este punto que la prudencia, al ser orientada por la recta razón en el obrar, no sólo es una virtud dianoética sino también ética, no se trata de un saber especulativo en cuanto tal porque no indaga exclusivamente acerca de la verdad, sino también acerca del bien. Así lo explica Santiago Ramírez: *la prudencia, a pesar de ser una virtud intelectual, tiene como objeto y materia propia lo agible humano, que lo es también de las virtudes puramente morales, entre las cuales se cataloga igualmente, ya que ella es una virtud en sentido estricto y perfecto porque a la vez que da la facilidad de bien obrar, da también el buen uso de ella, haciendo del que la posee un hombre virtuoso*. De ahí que la prudencia sea la más adecuada de entre las virtudes para dirigirlas a todas, incluyendo a la justicia, aunque esté dirigida al otro y no a uno mismo porque busca los medios más adecuados para alcanzar el bien de los ciudadanos y de la ciudad que —como cualquier bien— se concreta en su materia propia.

En realidad el acto prudencial consiste más en una virtud práctica que especulativa porque es *formalmente intelectual y sólo materialmente moral, en cuanto que aplica los principios de la razón práctica a la materia moral*.⁹⁵ Es decir, mientras que el entendimiento tiende formalmente a la verdad que es un ente de razón, la voluntad está orientada al bien que está en la cosa misma. La prudencia aparece enumerada en una doble serie de virtudes —entre las virtudes intelectuales— junto a la sabiduría, la inteligencia, el arte y la ciencia;⁹⁶ y también entre las virtudes morales, precediendo a la justicia, la fortaleza y la templanza.⁹⁷

De manera que la realización de actos justos, debidos, hunde sus raíces en el reconocimiento de que la justicia es virtud segunda respecto de una primera que es la prudencia, porque concretar el acto justo sólo es posible desde el hábito intelectual y volitivo que compromete vivir y respetar el orden, éste es el objeto de la prudencia jurídica que hace posible el acto de derecho justo, debido.

⁹⁵ RAMÍREZ, Santiago, *op. cit.*, pp. 55-67.

⁹⁶ Cfr. ARISTÓTELES, *E.N.*, VI, I, 1139 a.

⁹⁷ Platón pone la justicia como fundamento de la felicidad: *Ya tienes fundado el Estado. Después de esto indaga en su interior, para que columbremos dónde existe la justicia y la injusticia, y en qué se diferencia una de otra, y cuál de las dos debe adquirir el que haya de ser feliz*, PLATÓN, *Rep.*, IV, 6, 427 c.

ASPECTOS JURÍDICOS A CONSIDERAR CON RESPECTO A LA CLONACIÓN HUMANA. MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL Y NACIONAL

Garbiñe SARUWATARI ZAVALA

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Concepto de clonación*. III. *Justificación y objeciones contra la clonación*. IV. *Regulación internacional de la clonación*. V. *Consideraciones sobre la clonación en el derecho positivo mexicano*. 1. *Derecho constitucional*. 2. *Derecho civil*. 3. *Derecho penal*. 4. *Derecho sanitario*. 5. *Propiedad industrial, intelectual, patentes y marcas*. VI. *Conclusión: el papel de los derechos humanos y la bioética en relación con la clonación*.

I. PLANTEAMIENTO¹

Antes de 1997 y todavía hoy en día, muchas personas consideraban o aún creen que la clonación es un tema para la literatura de ciencia ficción, pertinente sólo para novelas como *Un mundo feliz*,² por lo que no ven la necesidad de discutir sobre el asunto. Pero el nacimiento de la oveja Dolly en 1996,³ lo cual podríamos considerar el

¹ Por la novedad del tema, en el presente artículo se encontrarán referencias bibliohemero-gráficas de diversas índoles, desde libros hasta páginas de internet, por lo que se deja al criterio del lector la credibilidad que desee darle a las mismas.

² HUXLEY, Aldous, escribió *Un mundo feliz* en 1932, obra en la que imagina a una sociedad en donde se reproducen ciudadanos en probetas, predisponiendo su clase y rol social.

³ La oveja Dolly nació el 5 de julio de 1996, pero su nacimiento se dio a conocer hasta el 23 de febrero de 1997, cuando los doctores Ian Wilmut y Keith Campbell del Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia, anunciaron que habían clonado exitosamente una oveja. Roslin Institute Edinburgh, "Briefing notes on Dolly", en la página electrónica del Instituto Roslin: <http://www.roslin.ac.uk/public/12-12-97bn.html>, Reino Unido, 12 de diciembre de 1997.

parteaguas biológico del siglo pasado, demostró que es apremiante para la ciencia médica, la filosofía, la bioética y el derecho la reflexión interdisciplinaria y objetiva sobre las consecuencias, riesgos y posibles beneficios de la clonación tanto animal como humana.

La urgencia de reflexionar sobre el tema, en el ámbito científico, radica en los resultados de los estudios efectuados hasta el momento en animales, de los que se desprende que en el estado de desarrollo actual de la técnica de clonación, ésta implica mayores riesgos que beneficios. Para un científico consciente, estos resultados no son alarmantes porque continuará investigando siempre y cuando no ponga en riesgo a especies animales y no se precipitará para probarla en humanos si aún no se han salvado las dificultades técnicas en los ejemplares animales.

A nivel social, la preocupación radica en que científicos irresponsables apliquen esta técnica, no suficientemente probada ni suficientemente discutida, en los seres humanos. Prueba de esta irresponsabilidad han sido los intentos de la compañía Advanced Cell Technology,⁴ los anuncios del italiano Severino Antinori,⁵ la oferta en red de la secta de los Raeleanos⁶ y el “feliz” anuncio dado por la directora de Clonaid, sobre el exitoso nacimiento de un clon, hasta la fecha no corroborado;⁷ hechos, sobre todo los tres últimos, que por carencia

⁴ El 25 de noviembre de 2001 la empresa de biotecnología de Worcester, Massachusetts, Advanced Cell Technology anunció en su informativo electrónico *The Journal of Regenerative Medicine* que habían clonado al primer embrión humano con el fin de desarrollar células de repuesto para medicina regenerativa. Los embriones clonados no sobrevivieron más allá del tercer día de desarrollo. AFP, “Clonación: de las promesas terapéuticas al dilema ético”, en la página electrónica del periódico *El Universal*: http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_notas=35242&tabla=notas. México, 26 de noviembre de 2001.

⁵ Severino Antinori es un gineco-obstetra italiano, mundialmente famoso por haber logrado el embarazo en una mujer de más de 60 años de edad y que desde el año 2001 ha manifestado en diversas ocasiones y medios de difusión sus pretensiones de utilizar la clonación como técnica de reproducción asistida. En el año 2002 aseguró que para enero del año siguiente nacería el primer niño clonado puesto que ya había implantado el embrión-clon a una mujer, hecho que hasta la fecha no se ha comprobado. *Reforma*, Italia, “Anuncian que nacerá bebé clonado en 2003”, en la página electrónica del periódico *Reforma*: <http://www.reforma.com/internacional/articulo/248900>, México, 27 de noviembre de 2002.

⁶ Esta es una secta seudorreligiosa que afirma que la aparición del hombre en la Tierra se debió a la clonación de una raza extraterrestre. Auspicia a la compañía Clonaid la cual ofrece vía internet sus servicios (y precios) para clonar seres humanos.

⁷ La directora de Clonaid, Brigitte Boisselier anunció el nacimiento de la primera niña-clon, ocurrido supuestamente el 27 de diciembre de 2002; la comunidad científica le solicitó

de rigor científico se han convertido en estrategias de mercadeo que, aprovechándose del dolor de las parejas infértiles, pretenden “vender” la clonación como el método idóneo de reproducción.

A nivel moral se cuestiona la ética de la técnica, no tanto en sus objetivos, que *a priori* aparecen como “deseables” para la especie humana (reproducción, curación de enfermedades, etc.), sino en su mecanismo, es decir, en la utilización de cualquier medio, implicando al propio ser humano, para lograr el fin buscado.

El papel del derecho debe ser el de velar para que el respeto a los derechos humanos vaya más allá del simple reconocimiento y sean asequibles a todos los seres humanos, para lo que debe valorar, en el caso de los avances científicos, en qué medida constituyen éstos un verdadero progreso o retroceso para la persona y su dignidad.

Con la noticia de Dolly, la clonación se convirtió en un tema prioritario para la comunidad internacional, por lo que ya en 1997 se empezaron a emitir instrumentos legales internacionales y hasta algunos nacionales en ciertos países, la mayoría de ellos inspirados por un sentido de precaución. Podemos afirmar que en aquel momento México no lo consideró como una tarea urgente, porque fue hasta el año 2002 que se agendó en las Comisiones de Salud y de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la discusión sobre un proyecto de ley y de reformas a la Ley General de Salud para regular la clonación y el genoma humano.

II. CONCEPTO DE CLONACIÓN⁸

Para poder valorar el alcance de las consecuencias de la clonación y su impacto en el campo de los derechos humanos, es necesario entender el proceso biológico-técnico de la clonación, para lo cual primero distinguiremos los dos tipos de células que conforman al ser

mostrar las pruebas y explicar la técnica empleada para verificar la autenticidad de la noticia, compromiso que esta empresa asumió llevar a cabo en el plazo de una semana. Durante el primer semestre del año 2003 no se presentó prueba alguna sobre este nacimiento. *Reforma*, “Afirman raelianos tener clon humano”, en la página electrónica del periódico *Reforma*: <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/256727>. México, 27 de diciembre de 2002.

⁸ Cfr. SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe, *La clonación en contraposición al principio ético-jurídico de la unicidad de la persona humana*, t. para obtener el título de la licenciatura de derecho, Universidad Iberoamericana, México, 2001, capítulo II.

humano y después expondremos las formas en que se puede llevar a cabo:

- Las células germinales o gametos: son células reproductoras (óvulos y espermatozoides) que tienen sólo el código genético simple, pero con el complemento sexual del otro gameto son aptas para después desdoblarse hasta llegar a formar un nuevo individuo. El núcleo de las células germinales posee solamente 23 cromosomas, por eso se denominan haploides.
- Las células somáticas: son todas aquellas células no reproductoras, las cuales poseen íntegro el código genético específico del individuo y son capaces de dividirse, pero no de engendrar individuos nuevos, debido a un sistema represor adecuado. El núcleo de las células somáticas es portador de 46 cromosomas, por eso se denominan diploides.⁹

Al hablar de "clonación" no sólo nos referiremos a la transferencia de núcleo de célula somática adulta, sino también al trasplante nuclear de células embrionarias y a la escisión de embrión, ya que en algunos de los documentos jurídicos vigentes no se hace distinción entre las tres.

1. Por partición de un embrión en los primeros estadios (*embryo splitting*), también denominada clonación por gemelación, escisión, vivisección o fisión gemelar: es el proceso por el que un solo cigoto selecto que cuenta con dos células es dividido artificialmente para obtener dos embriones que sean individuos genéticamente idénticos.
2. Por trasplante nuclear de células embrionarias a un ovocito: se fusionan células de un embrión con ovocitos adultos, resultando un cigoto reconstituido con el material genético del embrión a clonar.¹⁰

⁹ Cfr. SANTOS RUIZ, Ángel, "Manipulación genética e intervención en embriones"; en POLAINO-LORENTE, Aquilino (director editorial), *Manual de bioética general*, 4a. ed., España, Rialp, 2000, p. 184.

¹⁰ Cfr. TARASCO MICHEL, Martha *et al.*, "La clonación"; en KUTHY PORTER, José, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Óscar y TARASCO MICHEL, Martha (coords.), *Temas actuales de bioética*, México, Universidad Anáhuac, Porrúa, 1999, pp. 181-182.

3. La clonación por trasplante nuclear o transferencia de núcleo (*nuclear-transfer*) de células somáticas de un adulto: el método consiste en extirpar de un óvulo el núcleo haploide y sustituirlo por el núcleo diploide proveniente de una célula somática del individuo adulto que se quiere clonar.¹¹

La clonación se funda, por tanto, en el hecho de que cada célula somática constitutiva de un organismo posee todos los cromosomas con las instrucciones genéticas codificadas para el individuo completo; por lo que es la técnica que permite obtener individuos genéticamente idénticos a su progenitor, quien proporciona la información genética de una sola célula.

Hay varios antecedentes históricos sobre los experimentos de clonación animal y humana que se cuentan desde 1919; pero entre todos ellos, el que vino a revolucionar a la ciencia y ha sido el más controvertido, fue el de Dolly.

El proceso para su creación consistió en las siguientes fases: primero se extrajo una célula procedente de las glándulas mamarias de una oveja adulta viva de seis años de la raza Finn Dorset, que fue sometida a condiciones de desnutrición, induciendo a que entrase en una fase especial de reposo. Por otra parte, se extrajo un óvulo de los ovarios de una oveja de raza escocesa de cara negra, al cual se le eliminó su núcleo. A continuación, se insertó la célula mamaria en el óvulo desnucleado, y mediante una descarga eléctrica se fusionaron. Se obtuvo un cigoto que empezó a dividirse. Posteriormente se implantó el embrión a una madre sustituta de la raza escocesa de cara negra, naciendo 148 días después la oveja clónica Dolly, que es morfológicamente idéntica a la oveja de la que se extrajo la célula mamaria.¹²

Niceto Blázquez expone las razones por las que Dolly fue un acontecimiento científico de tal importancia:¹³

¹¹ Cfr. SGRECCIA, Elio, *Manual de bioética*, 2a. impr., México, Universidad Anáhuac, Diana, 1999, p. 439.

¹² Cfr. TARASCO, Martha, *op. cit.*, pp. 182-183.

¹³ Cfr. BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética. La nueva ciencia de la vida*, España, B.A.C., 2000, p. 235.

- a) Esta técnica ya había sido empleada con éxito en animales inferiores y también en mamíferos, pero utilizando células somáticas embrionarias, siendo la oveja Dolly el primer clon de mamífero adulto conseguido por esta técnica.
- b) Tiene enorme importancia el hecho de obtener el primer mamífero clonado a partir de células diferenciadas de un adulto, ya que indica que las células adultas no han perdido la capacidad de totipotencialidad, esto es, la posibilidad de expresar todos los genes. Hasta antes de Dolly se pensaba que el ácido desoxirribonucleico (ADN) de las células somáticas de los seres vivos superiores, una vez decantada la diferenciación, perdían por completo la capacidad de guiar el desarrollo de un nuevo individuo, pero entonces se comprobó que el genoma de las células diferenciadas no sufre modificaciones genéticas irreversibles que las incapacite para desarrollar un adulto a término.
- c) Ya no se trata de obtener gemelos mediante escisión de un óvulo fecundado, sino que se utilizó una técnica de reproducción artificial asexual y agámica, que no requiere ni de relaciones sexuales, ni de interacción de los gametos masculinos con los femeninos.
- d) En la técnica utilizada para Dolly se realizó una especie de transgenia o intercambio de genes no de distinta especie sino de distinta raza, ya que se utilizaron células de dos razas diferentes de ovejas.
- e) También se utilizó el recurso de una oveja sustituta o de alquiler, quien gestó y parió a Dolly.

III. JUSTIFICACIÓN Y OBJECIONES CONTRA LA CLONACIÓN

Por la finalidad que se persigue, existen dos tipos de clonación:

1. *No reproductiva*. Se crean embriones con la intención exclusiva de obtener de ellos células madres, tejidos u órganos eventualmente trasplantables.
2. *Reproductiva*. Tiene la intención concreta de producir un embrión clónico y ser transferido al útero materno con la intención de llevar a término el embarazo y subsiguiente nacimiento del nuevo individuo.

Obviamente se piensa que intensificando las investigaciones, la misma técnica utilizada para las ovejas podría servir para los humanos, por lo cual han surgido diversas especulaciones respecto a la clonación.

Con respecto a la No Reproductiva se han esgrimido, entre otras, las siguientes razones y objeciones:

- a) En un principio se especuló sobre la finalidad reproductiva-terapéutica que pudiera tener la clonación si fuera utilizada para crear seres a los que podríamos calificar como "refaccionarios", es decir, seres que ya nacidos fueran congelados para convertirse en una fuente de órganos sanos para reemplazar los órganos o tejidos enfermos o desgastados de su predecesor cuando hiciera falta; ahora se sabe que esto sería impráctico y absurdo.

Lo que sí es factible, considerando los estudios sobre las denominadas células madre,¹⁴ es la propuesta de utilizar la clonación para la creación de embriones de los que se obtengan este tipo de células, ya que se parte de la base de que las células del embrión se van diferenciando y especializando; por lo que estas células serán cultivadas por separado para desarrollar los tejidos u órganos específicos que sean requeridos para un trasplante.

En el supuesto de que técnicamente se pudiera lograr la clonación de órganos o de células aisladas con una técnica similar a la del ADN recombinante,¹⁵ sin utilización de embriones y sin riesgos especiales para el receptor del tejido, célula u órgano, la

¹⁴ Células madre, troncales, estaminales o *stem cells*: son células pluripotenciales, con capacidad de transformarse en cualquiera de las estirpes celulares que integran los diversos tejidos y órganos, es decir, pueden diferenciarse en células pulmonares, nerviosas, sanguíneas, cartilaginosas, etc. A diferencia de las células totipotentes, las pluripotentes no pueden dar lugar a la creación de un individuo completo. Hay autores que utilizan las diferentes denominaciones de estas células indistintamente, mientras que otros diferencian las "células madre" de las "células estaminales".

¹⁵ Esta técnica se usa para la clonación de genes: se trata de una especie de multiplicación biológica de genes aislados para poder disponer de una gran cantidad de ellos a fin de estudiarlos o utilizarlos con fines diversos. Esto es posible introduciendo el gen conocido en el patrimonio genético de los llamados vectores (plasmidios, bacteriófagos, virus) mediante la técnica del ADN Recombinante; cuando los vectores se multiplican, se multiplican también los genes introducidos en ellos. SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, p. 221.

clonación sería una ayuda para resolver satisfactoriamente muchos problemas técnicos que aún se presentan en los trasplantes. Pero hasta ahora se sigue planteando como opción más viable, la utilización de embriones para extraer de ellos las células madres, aunque esto implique la muerte del embrión.

El dilema ético se ubica en la definición del estatuto ontológico del embrión: si consideramos al embrión como sujeto con derechos,¹⁶ entonces no se justifica el utilizarlo como una mera fuente de células madre ni crioconservarlo, ya que no se mira el bien del embrión en cuanto tal. Con la congelación se expone al embrión a graves riesgos físicos y a la consecuente destrucción si no es utilizado. En relación con las células madre, con los estudios más recientes se ha descubierto la presencia de células troncales en el cordón umbilical y en tejidos u órganos adultos como la piel, médula ósea, cerebro o hígado, opciones que conviene explorar antes que la clonación, no sólo para evitar la controversia moral sino también por los riesgos que conlleva actualmente el uso de las células embrionarias, como lo es la formación de tumores.¹⁷

- b) Fabricación de embriones para usos cosméticos y también para experimentación o investigación sobre enfermedades ahora incurables. Para esto se tienen que crear bancos de embriones, de tejidos fetales, órganos y óvulos.

Algunas de las posibles ventajas y las objeciones que se han dilucidado sobre la clonación reproductiva son:

- a) Hay quienes traducen la clonación en un deseo de continuidad, ya sea creando un ser que sustituya a su predecesor cuando éste muera o que se obtengan gemelos idénticos que no

¹⁶ El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil Federal establece que el concebido pero no nacido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el propio Código (derechos hereditarios, derecho a recibir donaciones, a percibir alimentos).

¹⁷ Cfr. VELASCO, Iván, "Las células tronco embrionarias, ¿hasta donde sabemos?", en la página electrónica del Instituto de Investigaciones Biomédicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.biomedicas.unam.mx/noticias/Jun1.htm>, México, junio de 2002.

nazcan al mismo tiempo sino espaciados o que uno de ellos sea conservado como "copia de seguridad" por si al otro le sucede algo durante el nacimiento o primeras etapas de vida.

Se objeta esta aplicación de la clonación porque no se puede programar ni destinar el nacimiento de un ser para que sirva a los caprichos de otro; ni es válido que sin consentimiento se haga disposición de los órganos de un ser vivo para mantener la vida de otro o de varios. Tampoco se puede predestinar a una persona para que reemplace a otra en su mismo rol social y con sus mismos atributos de la personalidad para darle continuidad a una sola existencia.

- b) Como técnica de reproducción asistida en la que se puedan obtener varios embriones a partir de uno solo y puedan ser implantados en sucesivos intentos. El resultado sería la creación de un hijo, ya sea propio o para darlo en adopción.

Cabe aclarar que en las técnicas de reproducción asistida, la mayor dificultad femenina estriba, no en la obtención de óvulos, sino en conseguir la implantación del embrión, lo cual no se resuelve con la clonación ya que se trata de un problema en el aparato reproductor. Luchar para que una pareja infértil tenga un hijo es algo loable, pero es indispensable establecer que este fin no puede efectuarse a cualquier precio y aun en contra del propio hijo, ya que el valor supremo es el derecho que todo niño tiene a ser concebido heterogaméticamente, refiriéndonos a la intervención y combinación de los dos gametos que conformarán su propio y exclusivo genoma.

- c) Como facilitadora del diagnóstico genético preimplantario porque se realizará el diagnóstico sobre uno de los embriones clónicos y así se evitaría el riesgo de perder al embrión original.

En cuanto al diagnóstico preimplantario existen otros métodos que no destruyen al embrión, por lo que no es admisible científica ni éticamente el razonamiento de utilizar en un embrión técnicas invasivas tan riesgosas o inclusive mortales.

- d) También se piensa que se puede utilizar la clonación, unida a la terapia génica, ya sea somática o germinal, para la obtención de embriones con determinadas especificaciones o rasgos raciales o físicos deseables (color de los ojos, estatura) o también para selección del sexo.

Utilizar la clonación para un fin de selección y eugenesia, presupone un criterio meramente subjetivo ya que cada grupo étnico podría tratar de imponer el suyo como el mejor y podríamos recaer constantemente en el racismo.¹⁸

A todo lo anterior hay que sumar la incertidumbre sobre los riesgos y daños que la técnica podría provocar en los clones resultantes. Por ejemplo, cabe recordar que hasta tres años después del nacimiento de Dolly se descubrió su envejecimiento prematuro; también se han observado varias anomalías en otros ejemplares clónicos como disfunciones en la placenta, defectos en las células sanguíneas, problemas respiratorios y circulatorios, sistema inmunológico deprimido, órganos desproporcionados (corazones, riñones y cerebro deformes), así como sobrepeso ya que nacen con el doble de tamaño que sus congéneres y, hasta diabetes, que es algo inaudito en animales.

En cuanto al genoma, la clonación plantea otros riesgos: en el plano individual, el conocimiento total del genoma del clon puede implicar la pérdida de su libertad o identidad personal ya que se estaría atentando contra el derecho de todo individuo al propio genoma irrepetible que garantice su identidad, unicidad, privacidad y libertad. En el plano colectivo, con la clonación se podría alterar el principio de la evolución que ha regido a la humanidad porque al suprimirse el constante recambio de las generaciones, inevitablemente se disminuirá el *pool* genético,¹⁹ siendo sus consecuencias la uniformidad y empobrecimiento por pérdida de variedad en la especie humana.²⁰

IV. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA CLONACIÓN

En el ámbito internacional hay escasos documentos que expresamente prohíban la clonación, la mayoría de ellos se refiere exclusivamente a la reproductiva.

¹⁸ Cfr. BLÁZQUEZ, Niceto, *op. cit.*, p. 244.

¹⁹ *Pool* genético: esta expresión se refiere a la suma conjunta o "fondo común" del material genético de la humanidad. Este patrimonio humano se compone de una abundante cantidad de genes que al combinarse han creado la diversidad de rasgos y características que distinguen a los seres humanos entre sí y de las demás especies.

²⁰ Cfr. ROA, Armando, *Ética y bioética*, Chile, Andrés Bello, 1998, pp. 179-180.

- El *Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina*,²¹ contiene un solo artículo referido al embrión, en el que establece la prohibición de crear deliberadamente embriones con fines de experimentación (artículo 18); lo cual se relaciona directamente con la clonación terapéutica.
- Este Convenio tiene además un *Protocolo* que prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto.²² El empleo de la expresión "ser humano" y no la de "persona", que era la originariamente prevista en el texto, hace pensar que se adoptó una noción amplia con el fin de incluir al embrión, lo que significaría que toda producción de embriones por clonación, sea reproductiva o terapéutica, está prohibida. Aunque se deja a cada Estado la libertad de interpretar la noción de "ser humano" acorde con su propia legislación.²³

Este Convenio y su Protocolo son normas internacionales con carácter vinculante que irá obligando a los Estados miembros del Consejo de Europa a medida que lo vayan ratificando.

- La *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana*, emitida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, es el primer instrumento jurídico en materia de bioética con alcance mundial. Además de declarar al genoma humano Patri-

²¹ Este Convenio se denomina también "Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina". Fue elaborado por el Comité Director para la Bioética del Consejo de Europa y aprobado por el mismo en su undécima sesión, que tuvo lugar del 4 al 7 de junio de 1996. Una vez obtenido el dictamen de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y aceptado por el Comité de Ministros con fecha 19 de noviembre de 1996 en Estrasburgo, fue abierto a las firmas de los Estados el 4 de abril de 1997, en la ciudad de Oviedo, España, por lo que también se le conoce como "Convenio de Oviedo". Su entrada en vigencia fue hasta el 1 de diciembre de 1999, luego de la quinta ratificación, efectuada por España.

²² Para los efectos del artículo 1o. del Protocolo, la expresión "ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano", significa compartir la misma carga nuclear genética. El Protocolo se abrió a la firma de los países el 12 de enero de 1998 en París, entrando en vigor el 1 de marzo de 2001.

²³ Cfr. ANDORNO, Roberto, "El debate en torno a la clonación humana con fines reproductivos y terapéuticos"; en BLANCO, Luis Guillermo (comp.), *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*, Argentina, Ed. Universidad, 2002, p. 291.

monio común de la Humanidad, el artículo 11 se expresa en estos términos: "No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos". No obstante pareciera claro que esta disposición hace referencia exclusivamente a la clonación reproductiva, hay quienes como Andorno, consideran que la noción de "seres humanos" es suficientemente amplia como para ser aplicada a toda producción de un individuo, es decir, de un embrión por medio de la clonación, independientemente del destino final que se le asigne (satisfacción de un proyecto parental, fuente de células madres, etcétera).²⁵

Por tratarse de una declaración carece de verdadera fuerza jurídica vinculante, sin embargo, puede llegar a tener el mismo valor que otros documentos de derechos humanos, que con el tiempo han afianzado su influencia y se han convertido en fuente del derecho internacional. Un paso definitivo para el fortalecimiento de este instrumento es la *Resolución A/RES/53/152* sobre *El Genoma Humano y los Derechos Humanos*, aprobada con fecha 9 de diciembre de 1998 por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la que este órgano de Naciones Unidas hace suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.²⁶

- La *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras*²⁷ prohíbe cualquier acto que comprometa de modo irreversible y definitivo la preservación de la herencia genética de la humanidad. Aunque esta disposición puede rela-

²⁴ La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su XXIX reunión aprobó esta Declaración el 11 de noviembre de 1997. Actas de la Conferencia General, XXIX reunión, vol. I, Resoluciones: Resolución 16.

²⁵ Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, p. 289.

²⁶ Resolución 53/152. El genoma humano y los derechos humanos. Emitida en la sesión celebrada el 9 de diciembre de 1998, discutida como Tema 110 (b) del Programa en la 85a. sesión plenaria, durante el LVIII periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; publicada el 10 de marzo de 1999. Asamblea General. "LVIII periodo de sesiones: Resoluciones", en la página electrónica de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/53/ares53152.pdf>

²⁷ Aprobada el 26 de febrero de 1994 por los participantes en la reunión de expertos UNESCO-Equipo Cousteau.

cionarse primordialmente con la terapia génica germinal, también puede resultar aplicable a la clonación en cuanto a la replicación exclusiva de un determinado genoma.

- La Asociación Médica Mundial emitió la *Resolución sobre la Clonación*,²⁸ mediante la cual se "llama a los médicos e investigadores a abstenerse voluntariamente de participar en la clonación de seres humanos, hasta que los problemas científicos, éticos y legales hayan sido totalmente considerados por los médicos y científicos y, hasta que se hayan establecido los controles necesarios".
Queda claro que, aunque la Asociación es mundial no está constituida como un organismo internacional, por lo que los documentos que emita sólo tienen carácter deontológico para sus miembros. Pero por tratarse de una organización de amplio reconocimiento, esta Resolución adquiere trascendencia como una opinión de valor científico.
- La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la *Resolución A/RES/56/93* sobre la *Convención Internacional contra la Clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción*, con fecha 12 de diciembre de 2001, en la que expresa su decisión sobre el establecimiento de un Comité Especial (Comité *Ad Hoc*) abierto a todos los Estados Miembros, a fin de examinar la posibilidad de elaborar una convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción.²⁹
- El Parlamento Europeo de la Unión Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones contrario a la clonación de seres humanos, en cualquier grado de desarrollo, incluso aunque sea con fines de investigación:³⁰

²⁸ Esta Resolución fue adoptada por la 147a. Sesión del Consejo celebrada en mayo de 1997 en París, Francia y ratificada por la 49a. Asamblea General de la Asociación, celebrada en noviembre de 1997 en Hamburgo, Alemania.

²⁹ Resolución 56/93. Convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción. Emitida en la sesión celebrada el 12 de diciembre de 2001, discutida como Tema 174 del Programa en la 85a. sesión plenaria durante el LVI periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; publicada el 28 de enero de 2002. Asamblea General, "LVI periodo de sesiones: Resoluciones", en la página electrónica de las Naciones Unidas: <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/479/54/PDF/N0147954.pdf?OpenElement>

³⁰ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos M., "Investigación y terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico para Europa", en la revista *Inter Criminis*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, segunda época, núm. 2, marzo 2002, p. 111.

- *Resolución sobre la Clonación de Embriones Humanos* del 28 de octubre de 1993.
- *Resolución sobre la Clonación* del 12 de marzo de 1997.
- *Resolución sobre la Clonación de Seres Humanos* del 15 de enero de 1998.
- *Resolución sobre la Decisión de la Oficina Europea de Patentes sobre la Clonación de Seres Humanos* del 30 de marzo de 2000.
- *Resolución sobre la Clonación Humana* del 7 de septiembre de 2000, la cual fue emitida como rechazo hacia la decisión del gobierno británico de autorizar la clonación terapéutica, en ella el Parlamento solicita a los países que prohíban las investigaciones sobre cualquier tipo de clonación humana mediante la promulgación, en sus territorios, de normas jurídicas vinculantes, por considerarla contraria a la dignidad humana.
- *Resolución sobre la comunicación de la Comisión "Ciencias de la Vida y Biotecnología: una estrategia para Europa"*, aprobada el 21 de noviembre de 2002. En el punto 23 de la Resolución, el Parlamento reitera con insistencia que las Naciones Unidas deben imponer una prohibición universal y específica de la clonación de seres humanos en todas sus fases de formación y desarrollo.³¹
- La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*³² establece que en el marco de la medicina y la biología se respetará el derecho a la integridad de la persona, para lo cual queda prohibida la clonación reproductiva de seres humanos (artículo 3.2.).
- El Grupo Europeo para la Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías emitió en mayo de 1997 el *Informe sobre las Técnicas de Clonación* que condena la clonación reproductiva y otro *Informe sobre el Uso de Células Madres Embrionarias*, en noviembre de 2000, en el que se recomienda investigar fuentes

³¹ Boletín de la Unión Europea UE11-2002, DO C 55 de 2.3.2002, COM (2002) 27, punto 1.3.126, en la página electrónica de la Unión Europea: <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bul/ves/200211/p103064.htm>. Bruselas, 18 de febrero de 2003. Texto completo en la página electrónica del Parlamento Europeo, http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.sol/pv2?prg=caldoc&file=20021121&langue=es&tpv=prov&lastchap=20&sdocta=10&xtlst=1&type_doc=first&pos=1

- alternativas de células madres, debido a que la clonación por transferencia de núcleos aún es prematura.³³
- La Comisión Europea de la Unión Europea emitió el 8 de agosto de 2001, una *Declaración de Principios*,³⁴ sin carácter vinculante, ratificando su oposición a la clonación humana por motivos éticos.
- La *Recomendación 1046 Relativa a la Utilización de Embriones y Fetos Humanos con Fines Diagnósticos, Terapéuticos, Científicos, Industriales y Comerciales*³⁵ del Consejo de Europa sugiere la prohibición legal de la creación de gemelos y producción de seres humanos mediante clonación o métodos equivalentes, con motivos raciales.

A continuación se mencionan algunos de los países que han incorporado en sus legislaciones disposiciones relativas a la clonación:

Inglaterra. La Ley sobre Fertilización y Embriología Humanas (*Human Fertilisation and Embryology Act*) está vigente desde el 1 de noviembre de 1990, pero no contenía disposición alguna sobre la clonación por transferencia nuclear de célula somática adulta, por lo que se elaboró una reforma a esta Ley, la cual fue aprobada por el Parlamento inglés el 24 de enero de 2001 como el *Reglamento 2001 para fines de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas* (*The Human Fertilisation and Embryology for Research Purposes Regulations 2001*), estableciendo su entrada en vigor el día 31 del mismo mes y año. Con esto el Reino Unido se convirtió en el primer país en autorizar explícitamente la clonación terapéutica.³⁶

Esta regulación permite a la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (*Human Fertilisation and Embryology Authority*) otor-

³² Aprobada por la Unión Europea el 14 de octubre de 2000.

³³ La Comisión Europea, como órgano ejecutivo de la Unión Europea, constituyó en 1991 el Grupo Europeo para la Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías, conformado por especialistas encargados de estudiar y asesorar al organismo en las cuestiones relativas a los temas de bioética. Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 291-292.

³⁴ A propósito de la intención del ginecólogo Severino Antinori de clonar un ser humano, la Comisión Europea emitió en Bruselas, esta Declaración.

³⁵ Fue adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa con fecha 24 de septiembre de 1986.

³⁶ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos M., *op. cit.*, p. 106.

gar licencias a los científicos para utilizar embriones humanos en sus investigaciones, clonar pre-embryones³⁷ humanos y cultivar células madre para la investigación de nuevos tratamientos de enfermedades degenerativas.³⁸

En este Reglamento se mantiene como delito la clonación reproductiva, pero el Ejecutivo británico se comprometió en el año 2001 a elaborar un proyecto de ley (*Human Reproductive Cloning Bill*) que elimine cualquier duda sobre esta prohibición.

República Federal Alemana. El artículo 6 de la Ley de Protección al Embrión Humano³⁹ sanciona la práctica de provocar artificialmente la creación de un embrión humano portador de la misma información genética que otro embrión, feto o ser humano vivo o muerto.

Alemania aún no firma la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina por considerarla permisiva en el sentido de que sanciona la producción deliberada de embriones para experimentación mas no la experimentación en sí.⁴⁰

Japón. El gobierno japonés declaró en noviembre de 2000 que no va a financiar ningún proyecto de clonación. En junio de 2001 se aprobó una ley que prohíbe la clonación de seres humanos e impone penas de hasta diez años de prisión a los responsables o artífices de acciones que impliquen algún tipo de clonación humana. Sin embargo, el gobierno, a través del Ministerio de Educación, Cultura, Deportes, Ciencia y Tecnología, permitirá el cultivo controlado de embriones e investigación de embriones humanos clonados para producir tejidos y órganos.⁴¹

Estados Unidos de América. El 31 de julio de 2001 la Cámara de Representantes de Estados Unidos de América aprobó la ley que prohíbe la clonación no reproductiva con 265 votos a favor y 162 en

³⁷ Se considera pre-embrión al producto de la concepción desde la singamia hasta los catorce días después de la fecundación. En México, el artículo 314 de la Ley General de Salud fue reformado el 26 de mayo de 2000, eliminándose este término.

³⁸ Cfr. RIERA, Jaume, "El Ejecutivo británico se compromete a regular por ley la prohibición de la clonación humana", en la página electrónica http://v2.vlex.com/vlex2/front/asp/noticias_detalle.asp?Articulo=100526, España, enero de 2001.

³⁹ Ley aprobada el 13 de diciembre de 1990.

⁴⁰ Cfr. ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, pp. 292 y 290.

⁴¹ Cfr. MARTÍN, Raquel, Noticias Intercom. "La clonación de seres humanos prohibida en Japón", en la página electrónica <http://www.bioeticaweb.com/Noticias/2001/Japon-clon.htm>, España, 7 de junio de 2001.

contra, pero el Senado aún no la ha discutido. La ley prohíbe clonar embriones con el fin de obtener células madre en sus primeros estadios de desarrollo; quien infrinja la ley puede ser condenado a diez años de cárcel y a multas de no menos de un millón de dólares.⁴² No se ha debatido aún la clonación con fines reproductivos.

Argentina. El Presidente emitió el Decreto 200/97 del 7 de marzo de 1997, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina número 28,604 del miércoles 12 de marzo de 1997, mediante el que se dispuso debían prohibirse los experimentos de clonación humana [artículo 1] y se instruye al Ministerio de Salud Pública y Acción Social a elaborar un proyecto de ley para regular este tipo de investigaciones; pero el proyecto del 17 de abril de 1997 no ha recibido aún tratamiento parlamentario.⁴³

México. Al ser parte de las Naciones Unidas, obviamente le son aplicables las disposiciones de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana.

En el ámbito federal no se han emitido leyes relativas a la clonación, sólo se han discutido reformas a la Ley General de Salud. Tampoco se ha reformado el Código Penal Federal para establecer como delitos federales la manipulación genética y la clonación. A nuestro parecer, los bienes jurídicos tutelados de estos tipos penales serían el genoma en el caso de la manipulación, el cual fue declarado Patrimonio de la Humanidad y, la dignidad de la persona en el caso de la clonación, por lo que su protección debería ser de interés nacional.

El mayor avance que se ha hecho en cuestiones bioéticas es la creación, por parte de la Secretaría de Salud, de la Comisión Nacional para el Genoma Humano y la Comisión Nacional de Bioética con carácter permanente.⁴⁴ Habrá que esperar el dictamen y análisis que estas comisiones realicen sobre la clonación.

⁴² Acepresa. "Estados Unidos. El debate sobre la clonación de embriones para investigar", en la página electrónica <http://www.fonendo.com/noticias/24/2001/07/1.shtml>, España, 2001.

⁴³ Cfr. SOLÍS, Enrique, "Clonación en seres humanos", en la página electrónica <http://www.compuserve.com.ar/resistencia/ichi>, Argentina, 25 de enero de 2000.

⁴⁴ En el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de octubre de 2000 se publicaron los siguientes acuerdos: *Acuerdo por el que se crea la Comisión Nacional para el Genoma Humano* y el *Acuerdo por el que se crea con carácter permanente la Comisión Nacional de Bioética*.

A nivel local se abrogó el Código Penal para el Distrito Federal entrando en vigencia el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con fecha 12 de noviembre de 2002.⁴⁵ El artículo 154, en sus fracciones II y III, impone de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana y/o a los que creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Lo criticable de la redacción de la última fracción es que no queda claro si los fines ilícitos se refieren exclusivamente a la ingeniería genética o a todas las conductas señaladas en el artículo. Si esto es así, entonces se entendería que la clonación está permitida siempre y cuando sus fines sean lícitos, abriendo la posibilidad de alegar que tanto la clonación reproductiva como la terapéutica los tienen en determinados casos. El artículo 154 por sí solo no aclara la ilicitud rotunda de la clonación reproductiva; sólo con una interpretación integral de este artículo junto con el 155 podemos afirmar que la clonación reproductiva está prohibida en México.⁴⁶

Cabe señalar que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no se contempla la tentativa del delito, sólo se sanciona la conducta consumada de crear seres humanos por clonación, por lo que al parecer, se está permitiendo un margen más amplio para la experimentación. Lo que no sabemos con certeza, ya que no se señala en la Exposición de Motivos del propio Código, es si los legisladores dejaron abierta esta posibilidad de experimentación de manera deliberada o por descuido.

⁴⁵ El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal fue publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de julio de 2002, entrando en vigor de conformidad con su artículo primero transitorio, a los 120 días de su publicación. Dentro del Libro Segundo se encuentra el Título Segundo cuyo capítulo II se refiere expresamente a la manipulación genética: artículos 154 y 155.

⁴⁶ Artículo 155 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal: si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

V. CONSIDERACIONES SOBRE LA CLONACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Para poder llegar a definir jurídicamente el proceso de clonación a nivel federal, habrá que esperarse a ver cómo lo calificará nuestra legislación federal de salud y las legislaciones locales penales, sanitarias y civiles de las entidades federativas de la República, ya que sólo en el Distrito Federal se ha sancionado la clonación.

El Principio de Autonomía de la Voluntad indica sobre el particular: "Todo lo que no está prohibido, está permitido"; si la clonación no llega a ser expresamente prohibida en México, entonces estará permitida en la entidad que no legisle sobre la materia. Como consecuencia, pueden darse cinco supuestos:

- i) Que la clonación quede incluida dentro de una categoría científica ya reconocida por la ley, como la reproducción artificial; siendo entonces un acto jurídico, al cual el ordenamiento jurídico vigente ya le ha reconocido las consecuencias de derecho.
- ii) Que se cree una ley especial al respecto.
- iii) Que al no ser regulada por ningún ordenamiento, las partes involucradas creen un negocio jurídico al cual le den las consecuencias jurídicas que deseen, pactando diversas cláusulas y sometiendo sus obligaciones a términos y condiciones, según convenga a sus intereses.
- iv) Que se considere como un acto jurídico familiar en el que los fines institucionales estén previstos, o bien en la naturaleza del acto o en la ley o por ambos, sin que las partes puedan omitirlos o pretender fines contrarios; estos actos no admiten término, condiciones, ni modos o cargas.
- v) Que por ser un proceso complicado, formado por diversos actos que originan derechos y obligaciones, se lleve a cabo a través de contratos y convenios en los que se regule la participación de terceros como es la colaboración de un médico y hasta la intervención de donadores o vendedores de gametos, arrendadoras de útero, etcétera.

Es evidente que la clonación cambiará las relaciones jurídicas, suscitando problemas en diversas áreas del derecho.

1. Derecho constitucional

En el supuesto de que se permitiera la clonación de seres humanos completos, vivos y viables, se presentaría una problemática, tanto para el estatuto jurídico del clonado como del clon y del embrión.⁴⁷

El clon tendrá derechos humanos, fundamentales, personalísimos o derechos subjetivos públicos,⁴⁸ los cuales son las facultades reconocidas al individuo por el solo hecho de serlo, sin atender al sexo, a la edad o nacionalidad. Podemos clasificarlos, a grandes rasgos, en tres tipos:

- a) *Esenciales*. Comprenden los derechos a la vida, a la integridad corporal, a la libertad personal y sobre todo al respeto de la dignidad.
- b) *Sociales e individuales*. Comprenden los derechos al nombre, a la confidencialidad de datos, al honor, a la reproducción de imagen, a la participación política, etcétera.
- c) *Corporales y psíquicos secundarios*. Comprenden los derechos a la salud física y a la salud psíquica y emocional. Los derechos y respeto sobre el cuerpo versan sobre el propio cuerpo y sobre el cuerpo ajeno.⁴⁹

Cuando la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* se refieren a que todo individuo será tratado con igualdad, no se hace distinción ni de razas, ni edad, ni religión, ni condición económica del gobernado. Por lo que el clon no podrá ser discriminado por su procreación técnica o por poseer la misma carga genética que otra persona. Así como tampoco el gobernado que no ha sido clonado podrá ser considerado como una "raza inferior" o "ciudadano de segunda cla-

⁴⁷ Clonado es el individuo original cuyo ADN es copiado. Clon es el individuo cuya información genética proviene del individuo original.

⁴⁸ La denominación depende de la corriente jurídica positivista o iusnaturalista, pero para efectos del presente trabajo usamos indistintamente los términos para referirnos a los derechos que son universales, incondicionales, inalienables, inajenables, imprescriptibles e indivisibles.

⁴⁹ CASTRO, Federico DE, citado por PACHECO, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, 2a. reimpr., México, Panorama, 1998, p. 58.

se" por no tener la "pureza" de genes que supone la manipulación controlada de los mismos.

El clon será independiente al clonado, por lo que también tendrá sus propios atributos de la personalidad que son características o cualidades inherentes e inseparables de los seres sin las que no puede entenderse su existencia, ya que los caracterizan y distinguen a unos de otros: nombre, domicilio, estado civil y patrimonio.

El peligro es que no se llegue a reconocer la independencia del clon y que la persona que haya pagado para su "fabricación" pretenda hacer valer sus derechos de "propiedad" sobre el clon.

En México serán aplicables los tratados y convenios internacionales, firmados conforme a los artículos 15 y 133 constitucionales, los cuales serán ley suprema, siempre y cuando no alteren ni se contrapongan a las garantías y derechos que otorgan las disposiciones de nuestra Carta Magna.⁵⁰ Y aunque el gobierno mexicano no ha firmado convenios relativos a la clonación, para defensa del clon se pueden tomar en consideración los documentos de derechos humanos ratificados por México y vigentes actualmente en el país.

La *Declaración de los Derechos del Niño*⁵¹ y la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁵² establecen que el niño gozará de una protección especial para que pueda desarrollarse en condiciones de libertad y dignidad, por lo que no puede estar expuesto a esclavitud, crueldad, ni explotación. La Convención además reconoce el derecho de todo niño a la identidad y a los atributos de la personalidad.

Asimismo en cuanto a la clonación no reproductiva y uso de embriones, cabe hacer notar que México firmó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁵³ en la cual se establece que el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción. La

⁵⁰ Vid. Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

⁵¹ La Declaración de los Derechos del Niño fue emitida en 1959 por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

⁵² México adoptó la Convención sobre Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, la ratificó el 21 de septiembre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

⁵³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como "Pacto de San José", del 22 de noviembre de 1969, fue ratificada por México el 24 de marzo de 1981 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada anteriormente y su respectivo *Preámbulo*, señala que niño es todo menor de 18 años y debe ser protegido, tanto antes como después del nacimiento.

El artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el derecho a la vida será protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción; México, siendo parte de la Convención, efectuó una Declaración Interpretativa sobre dicho artículo 4o. en la que señala que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados. No obstante, nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño. Como en derecho "la ley posterior deroga a la anterior", en la materia que nos ocupa la Convención de los Derechos del Niño supera a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la que México aplicó la reserva. En este mismo sentido, es aplicable el principio jurídico conforme al cual "cuando hay conflicto en la interpretación o aplicación de dos tratados internacionales, prevalece el que otorga mayores protecciones". También es aplicable el principio conforme al cual "la ley especial deroga la general" y como la Convención sobre los Derechos del Niño es más específica que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aquélla debe prevalecer.⁵⁴

2. Derecho civil

Filiación y parentesco del clon. Comenta Edgar Elías Azar que "hasta hace unos años, la maternidad era un hecho cierto, indubitable, bastaba con probar que la mujer había dado a luz a un niño para que fuera hijo de ella. La paternidad siempre ha sido, por razones biológicas una situación que produce incertidumbre, se adjudica el carácter de padre por elementos deductivos, es una presunción *juris tantum*".⁵⁵

⁵⁴ PRIDA PEÓN DEL VALLE, Antonio M., "Comentarios a las Reformas a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Distrito Federal promovidas por Rosario Robles", en la revista *El Mundo del Abogado*, México, Grupo Siete, núm. 21, enero 2001, p. 41.

⁵⁵ ELÍAS AZAR, Edgar, *Personas y bienes en el derecho civil mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 323.

Pero ahora con las técnicas de reproducción asistida y la clonación, la filiación tanto paterna como materna se convierten en una presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre o madre del hijo. De la procreación surge el parentesco que crea derechos y obligaciones patrimoniales y deberes familiares.

En términos estrictamente genéticos, los padres de un clon serían el hombre y mujer cuyo esperma y óvulo hayan formado el cuerpo de la persona clonada que dio su ADN, es decir, los "abuelos". El producto de una clonación no es hijo de la persona dueña del código genético clonado, sino que por ser una copia equivale a un gemelo idéntico genéticamente. Entonces, legalmente, ¿quién será el padre o la madre del clon?, ¿será aquél que aporta el ADN a copiar?, o ¿será aquél que paga por la clonación?, ¿qué tipo de líneas de consanguinidad se seguirán para determinar el grado del parentesco del clon: la línea recta, la transversal, la colateral?

En el supuesto de que, además, se requiera la intervención de una madre subrogada, tampoco ella será su madre legal, debido a que actúa por contrato de mandato.⁵⁶ El contrato de subrogación de útero consistiría en que la mujer, haya o no aportado el óvulo, se obligaría a gestar y dar a luz un hijo ajeno recibiendo un pago por ello. Jurídicamente, el objeto indirecto de este tipo de contrato es de hacer, es decir, de llevar a cabo actos jurídicos, es bilateral, generalmente oneroso y ocasionalmente de carácter gratuito, de tracto sucesivo, *intuitu personae* e irrevocable por la filiación que se genera con respecto al mandante.⁵⁷

Asimismo, el transmitente de células germinales no tendrá derecho de parentesco, porque al venderlas lo mismo que al donarlas se ha desvinculado de su propiedad. En este caso, existirá un parentesco civil entre el clon y la persona que pagó por su creación, así como el que existe entre el adoptado y el adoptante.

Patria potestad del clon. Si con la clonación se transforma la filiación, como consecuencia también se modificará la patria potestad. Comparando las definiciones de Colín, Capitant y Planiol, se puede

⁵⁶ Contrato de mandato: contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (artículo 2546 del Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil Federal).

⁵⁷ Cfr. RAMÓN GONZÁLEZ, José. "Conferencia sobre inseminación artificial, clonación y sus consecuencias jurídicas", en la página electrónica <http://www.yahoo.com/busqueda/clonacion/1998>, México, octubre 1998, pp. 4-5.

establecer que la patria potestad “es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la patria, la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para permitirles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados”.⁵⁸

Esto nos lleva a preguntar quién ejercerá la patria potestad del clon: ¿serán los padres o, atendiendo al sentido comercial, la ejercerá aquél que pagó por su “fabricación”?

Tutela del clon. La tutela es una institución destinada a la dirección y protección de la persona y bienes de los menores de edad o de incapaces mayores de edad, que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto o son de filiación desconocida o porque aquéllos han sido privados de la patria potestad.⁵⁹

En la mayoría de los casos podría ser relativamente fácil definir la tutela de un clon nacido y viable, pero la cuestión más preocupante surge en torno a los embriones sobrantes de la fecundación *in vitro* y almacenados en un banco de crioconservación. ¿Acaso serán considerados como menores expósitos? En el caso de los expósitos, la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido, en este caso sería el banco.⁶⁰

Si los embriones sólo son crioconservados en un banco hasta que se destinan al fin para el que fueron clonados, pero tienen un “dueño”, entonces éste será considerado su tutor. Dicho tutor, ¿podrá ceder temporalmente la tutela al banco? O si el tutor considera al embrión como un bien mueble, ¿podrá celebrar un contrato de depósito con el banco para que este último no se adjudique la “propiedad” sobre ellos?

3. Derecho penal

En el campo de la criminología la clonación complicaría las pruebas basadas en el ADN en las que intervengan el clon o el clonado. Des-

⁵⁸ COLÍN, CAPITANT y PLANIOL, citados por GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas y familia*, 13a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 690.

⁵⁹ Cfr. ELÍAS AZAR, Edgar, *op. cit.*, p. 391.

⁶⁰ Este tipo de tutela de hecho no requiere la designación, aceptación ni discernimiento del cargo (artículos 492 y 493 del Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil Federal).

de 1985 se descubrió que las huellas génicas son un distintivo de cada persona, una cualidad que se aprovecha para atrapar criminales, identificar cadáveres y realizar las pruebas de paternidad. De los 30,000 a 40,000 genes que conforman el genoma humano, se cree que el clon y el clonado no los van a tener cien por ciento idénticos sino que podrían presentarse diferencias en algunos de ellos debido a los polimorfismos de un solo nucleótido.⁶¹ El peligro es que este tipo de pruebas no sean tan sensibles para registrar ese mínimo porcentaje diferencial, provocando que se vuelvan inútiles.

Pronto, a nuestro parecer, se tendrían que establecer tipos penales, tanto en el ámbito federal como estatal, contra la replicación del genoma, la utilización y experimentación no terapéutica de embriones y la manipulación genética con fines eugenésicos, de selección de sexo o racistas. Con respecto a esto último, el *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal* contempla el delito de discriminación⁶² por razón de sexo, raza, procedencia étnica, color de piel, características físicas, discapacidad o estado de salud, cuya redacción podría ampliarse para incluir el rechazo hacia la eugenesia negativa y se podría establecer en el Capítulo relativo a la Manipulación Genética, la prohibición de experimentar con una finalidad eugenésica.⁶³

Recientemente se expidió la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*⁶⁴ que no hace referencia a la discriminación eugenésica basada en la genética; lo que llama la atención es que ni siquiera menciona la discriminación racial. Claro que en este senti-

⁶¹ Estos polimorfismos son conocidos también como “SNP’s” y son las variantes en el acomodo de una sola base o letra dentro de la doble hélice de la molécula del ADN; estas variaciones son las que dan la individualidad.

⁶² Libro Segundo, Título Décimo (Delitos contra la Dignidad de las Personas), Capítulo Único: Discriminación, artículo 206 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

⁶³ La fracción I del artículo 154 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal sanciona la manipulación de genes que alteren al genotipo; a nuestro parecer podría agregarse la alteración al fenotipo.

⁶⁴ Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 de junio de 2003, entrando en vigor al día siguiente. Artículo 4: para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

do, México ratificó el 20 de febrero de 1975 la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*⁶⁵ por lo que es derecho vigente en el país.

4. Derecho sanitario

En cuanto a disposición y trasplantes de órganos son aplicables la *Ley General de Salud*⁶⁶ y el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos*,⁶⁷ que reglamentan el control sanitario así como los requisitos para la donación de órganos, tejidos y células. Obviamente en estos ordenamientos aún no se menciona la clonación No Reproductiva.

El problema es que los legisladores tienen que actualizar el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*⁶⁸ ya que éste sería el ordenamiento idóneo para regular la terapia genética, consejo genético y diagnóstico prenatal, y aún no contempla nada sobre estos temas.⁶⁹

Lo único que puede aplicarse en nuestro país en el caso concreto de estos temas, porque hay una referencia explícita a los mismos, es la ya citada *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana*.

Respecto a los métodos de reproducción asistida, existen unas cuantas referencias en la *Constitución Política de los Estados Unidos*

⁶⁵ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2106A(XX), el 21 de diciembre de 1965. En México fue aprobada por el Senado el 6 de diciembre de 1973 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1975.

⁶⁶ En relación con la disposición de órganos, ya se había legislado en México desde 1973 con el Código Sanitario y actualmente con esta Ley, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984 y reformada con respecto a esta materia el 26 de mayo de 2000 (Título Decimocuarto). En este ordenamiento se contemplan conductas delictivas que deberían configurarse como tipos penales dentro del Código Penal Federal.

⁶⁷ Este Reglamento fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de febrero de 1985.

⁶⁸ Este Reglamento fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1987.

⁶⁹ De los artículos 45, 47 y 52 del Reglamento se infiere que la legislación protege la vida del embrión y del feto, incrementando su viabilidad evitándole riesgos.

Mexicanos,⁷⁰ en el *Código Civil para el Distrito Federal*⁷¹ y en el *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*,⁷² que dejan claro que en México están permitidos. Pero la *Ley General de Salud*⁷³ y el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*⁷⁴ regulan de manera insuficiente y muy vaga la reproducción artificial.

5. Propiedad industrial, intelectual, patentes y marcas

El concepto de patente va asociado al de propiedad industrial e intelectual legalmente registrada. Como consecuencia de este registro, podrían resultar los monopolios sobre el estudio y utilización del genoma. De hecho, en países como Estados Unidos de América ya se han presentado controversias sobre patentes por creación de proteínas y productos transgénicos.

Actualmente la *Ley de Propiedad Industrial*⁷⁵ considera invención "a toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas",⁷⁶ que por lo mismo es patentable. Pero la Ley excluye de la patentabilidad al cuerpo humano y sus componentes vivos;⁷⁷ tampoco el material biológico y

⁷⁰ El tercer párrafo del artículo 4o. constitucional proclama la libertad de procreación y planeación familiar.

⁷¹ Con las reformas del 25 de mayo de 2000, se agregaron referencias a la reproducción asistida en los artículos 162; 267, fracción XX; 293; 326 y 329.

⁷² El artículo 148, fracción I establece una excluyente de responsabilidad ante el aborto cometido por una inseminación artificial no consentida. Este precepto se relaciona con el artículo 466 de la Ley General de Salud. Y en el Capítulo I del Título Segundo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se sancionan conductas relacionadas con la procreación asistida (artículos 149-153).

⁷³ El artículo 466 señala que la mujer casada no podrá dar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. El problema es que este escueto artículo no aclara si la inseminación puede efectuarse en personas no casadas o si se permite la inseminación heteróloga.

⁷⁴ El artículo 40, fracción XI del Reglamento dispone: "Reproducción asistida es aquella, en que la inseminación es artificial." Otros artículos relacionados son el 43 y 56 del propio Reglamento.

⁷⁵ Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de junio de 1991.

⁷⁶ Artículo 15 de la Ley de Propiedad Industrial.

⁷⁷ Artículo 16, fracción IV de la Ley de Propiedad Industrial.

genético es patentable, pero "tal como se encuentra en la naturaleza".⁷⁸ El peligro estriba en que las secuencias genéticas modificadas, los genes manipulados y órganos obtenidos mediante la ingeniería genética quieran ser considerados como transformaciones patentables. Los conocimientos obtenidos del genoma y las aplicaciones en él deberían considerarse *descubrimientos*,⁷⁹ los cuales no son susceptibles de apropiación.

Si la corporeidad humana llega a ser regida por la mentalidad utilitarista: una vez que el gen o componente se transforme o se multiplique tecnológicamente, la propiedad será exclusiva del transformante y la materia biológica se convertirá en un producto dentro del comercio, lo cual éticamente es inadmisibles cuando el genoma es Patrimonio de la Humanidad y los descubrimientos que de él se hagan deben beneficiar a la comunidad.

VI. CONCLUSIÓN: EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOÉTICA EN RELACIÓN CON LA CLONACIÓN

La bioética estudia los problemas que plantea el desarrollo de las diferentes ciencias y tecnologías que pueden aplicarse, influir o modificar a la vida humana. Concilia lo estrictamente tecnológico (desde el punto de vista biomédico) y lo estrictamente ético (desde el punto de vista filosófico), por lo que debe ser un potencial instrumento de reflexión y de elaboración de criterios de orientación, así como punto de partida para la toma de decisiones con respecto a la vida.⁸⁰

Los derechos humanos, por su parte, han sido el resultado de una lucha histórica por lograr el equilibrio entre los gobernados y los poderes estatales y económicos (hoy diríamos también, científicos y tecnológicos) y de la toma de conciencia del ser humano de su propia dignidad y la de los demás. Ha habido una constante búsqueda de valores universales, que trasciendan a la moralidad de ciertas épocas

⁷⁸ Artículo 16, fracción II de la Ley de Propiedad Industrial.

⁷⁹ Artículo 19, fracción II de la Ley de Propiedad Industrial.

⁸⁰ Cfr. GARZA GARZA, Raúl, *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Trillas, 2000, p. 15.

o a las costumbres de ciertos lugares; una consecuencia de la larga disertación sobre estos valores, puede ser el reconocimiento mundial de los derechos humanos.

La evolución de los derechos humanos ha estado marcada por tres generaciones: la primera generación comprende los derechos políticos-civiles-legales de los ciudadanos, la segunda generación los derechos sociales-económicos-culturales y la tercera generación positiviza los intereses difusos.

Los derechos que versan sobre los intereses difusos engloban en su protección a la comunidad internacional, ya que se refieren a bienes jurídicos que afectan al hombre como individuo y como grupo. La protección hacia el genoma y la solución a problemas derivados de la biotecnología y de la biomedicina en los que está involucrada toda la humanidad, incluyendo las generaciones futuras, constituyen un interés difuso, sobre todo cuando con la manipulación o la clonación, el genoma puede estar comprometido de manera irreversible.

Los derechos humanos, junto con la bioética, están llamados a establecer los lineamientos necesarios para garantizar el bienestar del ser humano, propugnando, propiciando y garantizando el respeto a la libertad, a la igualdad, a la unicidad y a la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, sobre todo ante las posibilidades científicas y tecnológicas emergentes. Por ello, los derechos humanos constituyen el criterio inspirador y el límite estricto de cualquier normativa, tanto jurídica como ética.⁸¹

En cuanto al papel del derecho positivo tanto nacional como internacional, consideramos como lamentable que a lo largo de la historia, su campo de acción ha sido delimitado casi en su totalidad, únicamente por los problemas surgidos de la realidad. Se le ha dado a la norma la cualidad de "fungir como parche": que sirva simplemente para legitimar o para desacreditar algún evento ya acaecido; remendar la historia injusta y los errores humanos, negándole la posibilidad de prevención. Mientras que el derecho debería ser la base donde se construya una realidad justa y ética extendida a todos los seres.

En el caso de la clonación, nos parece adecuado que las comunidades científica, filosófica, jurídica y bioética ya hayan emitido opi-

⁸¹ Cfr. CASADO, María *et al.*, *Derecho biomédico y bioética*, España, Comares, 1998, p. 118.

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL JEFE DE ESTADO, JUSTICIA UNIVERSAL Y RAZÓN DE ESTADO

César SERRANO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La irresponsabilidad como atributo del jefe de Estado.* 1. *La responsabilidad penal del Jefe de Estado y su politización. Evolución histórica.* 2. *Los instrumentos jurídicos de la irresponsabilidad.* 3. *La irresponsabilidad y sus modalidades: inmunidad y privilegio de jurisdicción.* III. *La justicia penal internacional y la responsabilidad del Jefe de Estado.* 1. *Antecedentes de la justicia penal internacional.* 2. *La responsabilidad penal de los jefes de Estado ante la Corte Penal Internacional.* IV. *Justicia universal vs. razón de Estado.* 1. *Excursus sobre el caso francés.* 2. *La irresponsabilidad como tributo a la razón de Estado.* V. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

La figura del gobernante ha representado históricamente los sentimientos más ambivalentes: amor, odio, admiración, desprecio, gratitud, venganza, seguridad y desconfianza, protección y temor; ha perdonado vidas, asesinado, robado, juzgado y sentenciado. El poder supremo del cual gozó podía ser usado indistintamente para el bien o el mal: el todopoderoso gobernante, nunca se equivocaba, se elevó su pretendido designio divino a la calidad de axioma: el rey no podía hacer el mal. Con el nacimiento del Estado moderno la figura del monarca absoluto va desprendiéndose de su halo de misticismo y carácter sagrado, sin llegar a perderlo del todo. Los nobles, la burguesía y posteriormente los campesinos y obreros fueron exigiendo el reconocimiento de sus derechos. La Revolución Francesa

dio un primer paso y el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció el principio que puso fin al poder absoluto e irresponsable de los gobernantes: *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*. Dos años antes, en el Nuevo Mundo, los independentistas de las Trece Colonias habían creado su Constitución y establecieron la responsabilidad del presidente y la posibilidad de ser removido del cargo por traición, cohecho, delitos graves y faltas. El monarca absoluto mutó en un rey limitado y en un presidente responsable. No obstante, parte de esas características cuasi-místicas del pasado persisten. Reyes limitados sí, pero aún irresponsables; Presidentes responsables sí, pero inmunes, rinden homenaje al absolutismo del pasado. Las constituciones modernas y el Estado de Derecho democrático que proclaman, rinden homenaje a la irresponsabilidad del jefe de Estado otorgándole inmunidades y privilegios.

La irresponsabilidad histórica que le ha sido atribuida al jefe de Estado como parte de sus privilegios, facultades y prerrogativas habituales e indiscutibles, aunada a la pretendida legitimidad de las urnas o de la aclamación popular, han dado origen a algunos de los capítulos más oscuros de la historia de la humanidad.

Mediante tratados e instituciones internacionales como el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la comunidad internacional ha manifestado su firme interés en acabar con la repetición absurda y vergonzosa de delitos contra la humanidad a manos de megalómanos y enfermos gobernantes transformados en caudillos, dioses y profetas gracias al apoyo de un pequeño grupo y al miedo, indiferencia o conveniencia del resto del pueblo y de la comunidad internacional. Las estratagemas legales con que éstos se garantizan un retiro pacífico van desde leyes de punto final, atribución del carácter de senadores vitalicios (inmunes e inviolables evidentemente), amnistías, o la cesión del poder a grupos con intereses comunes. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha planteado una serie de cuestiones al constitucionalismo de más de un país, en más de un sentido. Es una la que nos ocupa ahora: los jefes de Estado o de gobierno serán responsables penalmente ante la Corte sin importar su cargo o los privilegios de que gocen en el ámbito nacional.

La gran mayoría de los Estados actuales poseen mecanismos o procedimientos especiales para juzgar a sus jefes de Estado, la responsabilidad penal se politiza, y cuando la política toma en sus manos la justicia nada puede darse por sentado. El origen de los privilegios e inmunidades de los jefes de Estado en el derecho interno y la razón por la que se le da al jefe de Estado la facultad de actuar irresponsablemente e impunemente puede tener su explicación en la vieja idea de la razón de Estado.

Los mecanismos de justicia universal más nuevos y ambiciosos se enfrentan a viejas inercias y prácticas políticas que se niegan a morir. Las exigencias de la actuación política se enfrentan a las exigencias fundamentales de justicia y respeto de los derechos humanos. La cuestión de la responsabilidad penal de los jefes de Estado ante la Corte Penal Internacional es un capítulo más de la vieja confrontación entre jueces y políticos, justicia y eficacia, derecho y política, fines y medios.

II. LA IRRESPONSABILIDAD COMO ATRIBUTO DEL JEFE DE ESTADO

1. La responsabilidad penal del jefe de Estado y su politización. Evolución histórica

La cuestión de la responsabilidad del jefe de Estado es relativamente nueva, pues no se plantea sino hasta la caída del *Ancien Régime*. En la Francia revolucionaria, como lo hace notar Duguit, la cuestión de la responsabilidad de los representantes de los poderes públicos preocupaba ya a los franceses de 1789. Así, varios proyectos de Declaración de Derechos reflejaron dicha inquietud hasta que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano estableciera finalmente el derecho de la sociedad a llamar a cuentas a todo funcionario público de su administración. No obstante, la Constitución de 1791 establecería una monarquía constitucional, en la cual el rey seguía siendo sagrado e inviolable y, por lo tanto, irresponsable. Es en los Estados Unidos de América donde se establecen por primera vez mecanismos tendientes a exigir responsabilidad al titular del ejecutivo. El camino que seguiría la responsabilidad política de los gobernan-

tes, antes de llegar a este punto de responsabilidad presidencial parte de Inglaterra y su figura central: el *impeachment*.¹

El *impeachment* nació a finales del siglo XIV, cuando los Comunes se propusieron llevar ante los Lores a los más poderosos infractores y a los más altos oficiales de la Corona por actuaciones políticas que los Comunes juzgaran contrarias a sus intereses. *Impeachment* proviene del latín *impetere*: acusar. Así la *acusación* que los Comunes hacen ante los Lores da origen a este mecanismo de responsabilidad política. De esta manera el *impeachment* tiene sus antecedentes en 1376 con las condenas a Lord Latimer, Lord Nevil, miembro del Consejo Privado y de Richard Lyons al final del reinado de Eduardo III, cuando se admite que la Cámara de los Comunes podría acusar a un ministro bajo la forma de una petición ante la Cámara de los Lores que emitiría su juicio. El primer *impeachment* del que se tiene noticia fue el del conde de Suffolk, el canciller Michael de la Pole, en 1386. Con los Tudor cae en desuso debido a la confusión entre las facultades legislativas y judiciales de los Lores, y fue después de 160 años de olvido, durante el periodo de Jacobo I, cuando el Parlamento lo revive con el propósito de llamar a cuentas a los ministros corruptos. En el siglo XVI nace el *Bill of attainder*, una condena a muerte emitida por el Parlamento en forma de juicio pero sin garantías para el acusado, y convive con el *impeachment* hasta el siglo XVIII, cuando se tiene noticias de su última aplicación, producida por el fortalecimiento del *impeachment* como instrumento de responsabilidad política.

En 1642 el *impeachment* del conde de Strafford fue diseñado para atacar las aspiraciones absolutistas de Carlos I, transformándose así en un torpe instrumento para golpear las políticas reales impopulares o contrarias a los intereses de los Comunes y no propiamente para juzgar una conducta criminal.² Las víctimas habituales de este instrumento eran los ministros del rey, a través de los cuales se le hacía saber la inconformidad de los Comunes por las políticas reales, por la designación de algún ministro o por la actuación impropia de és-

¹ Para un amplio panorama histórico sobre el *impeachment* véase BIDÉGARAY, Christian, EMERI, Claude, *La responsabilité politique*, y en especial, BERGER, Raoul, *Impeachment: The constitutional problems*.

² "The foregoing examples by no means exhaust the list which could be adduced to illustrate that English impeachment did proceed for misconduct that was not 'criminal' in the sense of the general criminal law". BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 69.

tos o de algunos favoritos del rey. El prestigio adquirido por el Parlamento tras la Gloriosa Revolución de 1688 y el *Bill of Rights* de 1689 fue decisivo en el futuro del *impeachment*. Mediante el *Act of Establishment* de 1701 el régimen jurídico del *impeachment* se concreta: Las personas que estén sujetas a él no podrán beneficiarse del perdón real y la disolución del Parlamento no detendrá el enjuiciamiento, lo que ocasionó que su uso disminuyera y desapareciera en 1806, fecha en que se utilizó por última vez.

Del rey inviolable al presidente responsable. El principio del fin del colonialismo europeo comienza con la lucha de independencia en los Estados Unidos, que se hace bajo la certeza de que el ejecutivo es el enemigo natural de la libertad mientras que la asamblea legislativa era la amiga natural de ésta.³ Bajo este supuesto es que en los Estados Unidos de América el *impeachment* se republicaniza y alcanza al jefe de Estado. De esta manera el art. II, § 4 de la Constitución estableció: "*The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*". La redacción de este artículo fue inspirada totalmente en la tradición jurídica inglesa: "*treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors*" fueron tomadas literalmente de la ley inglesa por los constituyentes estadounidenses, a pesar de que parece no existir, ni en el derecho inglés ni en el estadounidense, definición legal alguna sobre lo que son "*high crimes and misdemeanors*".⁴

Se prohibió así el *Bill of attainder*, reemplazaron a un rey irresponsable con un presidente imputable retirándole el poder de perdonar a un funcionario bajo enjuiciamiento y especialmente, se separó el *impeachment* de la acción penal correspondiente.⁵ En un inicio el *impeachment* se encontraría encomendado no al Congreso sino a la función judicial a través de la Suprema Corte de Justicia, sin embar-

³ De acuerdo con Corwin, este sentimiento se encontraba entonces fortalecido por la dominación, de Jorge III sobre el parlamento inglés. CORWIN, Edward S., *The President. Office and powers. 1787-1957*, p. 56.

⁴ BERGER afirma: "No comparable statute purported to define 'high crimes and misdemeanors' in which it appeared that the impeachment must fail for lack of an indictable crime". *Op. cit.*, p. 55.

⁵ *Idem, supra*.

go fue transferido hacia el Senado, bajo las objeciones de Madison, que temía que los miembros de la Suprema Corte, por ser pocos, pudieran ser sobornados o coaccionados.⁶

Los constituyentes americanos no podían olvidarse de la historia inglesa; el recuerdo de reyes déspotas y ministros corruptos se encontraba aún fresco. No sin sopesar el miedo predominante a la opresión en manos del congreso, en parte producto de los excesos legislativos durante el periodo 1776-1787, y la conciencia de que los poderes del ejecutivo se encontraban limitados, aún había una persistente preocupación, que Madison había hecho notar, de que el presidente pudiera transformarse en un monarca.⁷ La familiaridad con los reclamos absolutistas de los Estuardo reflejó el espectro de un presidente henchido de poder y crecientemente tiránico; el miedo de los abusos presidenciales prevaleció sobre las frecuentes objeciones de que el *impeachment* amenazaba su independencia. Así que los constituyentes confirieron al congreso el poder, en caso de ser necesario, de remover al presidente y destituir a sus ministros. Este fue apenas otro mecanismo en el sistema de controles y contrapesos, una importante excepción al principio de separación de poderes.⁸

Los constituyentes tenían clara la materia que juzgaría el *impeachment*: la responsabilidad política de sus gobernantes por el abuso de sus cargos públicos. En este sentido Hamilton afirmaría: "*The subjects of its jurisdiction are those offences which proceed from the misconduct of public men, or, in other words, from the abuse of violation of some public trust. They are of a nature which may with peculiar property be denominated POLITICAL, as they relate chiefly to injuries done immediately to the society itself*".⁹ Esta naturaleza política de la responsabilidad de los gobernantes era distinta a la responsabilidad pe-

nal, y se pretendió marcar dicha distinción. De acuerdo con Berger: "*Impeachment was conceived because the objects of impeachment, for one reason or another, were beyond the reach of ordinary criminal redress. It was "essentially a political weapon," an outgrowth of the fact that from an early date that the King and his Council were the 'court for great men and great causes'.*"¹⁰ El *impeachment* fue concebido como un arma política del congreso en contra del abuso del poder por parte de los gobernantes y hombres políticos. Un instrumento que castigaría la conducta que se encontraba fuera del alcance de los tribunales ordinarios. Esta pretendida distinción entre responsabilidad política y responsabilidad penal no ha sido constante y en la práctica, responsabilidad política y responsabilidad penal de los gobernantes han sido inseparables.

El *impeachment*, tanto en su configuración inglesa como en su adaptación americana, parece ser un instrumento creado para no ser utilizado sino extraordinariamente. Chrestia nos comenta: "... en 1742, el primer ministro británico Walpole, ante la amenaza de ser llevado ante los Lores, prefirió dimitir y salvar su honor. A partir de este precedente, la simple amenaza hecha por el poder legislativo entraña la dimisión de los ministros".¹¹ Es prácticamente un instrumento preventivo: "Su arbitrariedad política alternativa, sin el beneficio de acceso a los tribunales, es sencillamente aterradora".¹² La renuncia de un jefe de Estado o de un ministro deberá acontecer antes del inicio del juicio político o *impeachment*. La dignidad del parlamentario, ministro o jefe de Estado, y su sentido del correcto funcionamiento del cargo público que ostenta y la posible interrupción del normal curso de la función pública, deberían llevar a su renuncia, evitando el juicio político. La función preventiva y aplicación extraordinaria del *impeachment* es evidente en los Estados Unidos, salvo el caso Watergate que llevó a la renuncia del presidente Nixon, no ha existido otro presidente que haya dimitido de su cargo; los otros dos casos, el del presidente Andrew Johnson en el siglo XIX y de Bill Clinton, más recientemente, concluyeron satisfactoriamente para sus acusados.

⁶ "Where else than in the Senate could have been found a tribunal sufficiently dignified, or sufficiently independent? What other body would be likely to feel confidence enough in its own situation, to preserve, unawed and uninfluenced, the necessary impartiality between an individual accused, and the representatives of the people, his accusers?" HAMILTON, Alexander, *The Federalist*, núm. 65.

⁷ En este sentido: "Madison added that protection against the 'negligence' or perfidy of the Chief Magistrate 'were indispensable'. The President, said Madison, might pervert his administration into a scheme of peculation or oppression. He might betray his trust to a foreign power". BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 89.

⁸ BERGER, Raoul, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁹ *The Federalist*, núm. 65.

¹⁰ BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 59.

¹¹ CHRESTIA, Philippe, "Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société", en *Revue du Droit Public*, núm. 3-2000, p. 741.

¹² KIRCHHEIMER, Otto, *Justicia política*, p. 472.

La politización de la responsabilidad penal. La determinación de la responsabilidad penal ha correspondido, al menos en los sistemas en que se encuentra consagrada la división de funciones del poder, a la función jurisdiccional, que conocen de la responsabilidad civil. Como cualquier otro ciudadano, el gobernante, funcionario público o representante electo, es susceptible de caer en alguno de estos dos tipos de responsabilidad, penal y civil, además de un tercer tipo de responsabilidad innata a sus funciones: la responsabilidad política. De acuerdo con Duguit: "En derecho político, la responsabilidad aparece bajo tres formas diferentes; la responsabilidad civil, que obliga al funcionario al que alcance a reparar el perjuicio por él causado al Estado o a un particular; la responsabilidad penal, relativa a las infracciones cometidas por un agente del Estado en el ejercicio de sus funciones; la responsabilidad política, por fin, que obliga a los representantes de un poder del Estado a retirarse cuando su conducta es desaprobada por los representantes de otro poder, sin que exista ni infracción ni perjuicio causado. De estos tres tipos de responsabilidad, sólo la responsabilidad política pone en juego, por su propia naturaleza, el principio de separación de poderes".¹³ La razón de la ruptura del principio de separación de poderes la adelantábamos en el apartado anterior: el juez de las causas políticas es el Parlamento, el poder legislativo que se atribuye facultades que de suyo corresponderían al poder judicial. Debido a la pretensión de que los hombres políticos sean juzgados por sus pares, es que no sólo la responsabilidad política de los gobernantes será determinada por el Parlamento, sino que, en algunos casos, también su responsabilidad criminal. Parece indiscutible que cada uno de los tres tipos de responsabilidad tiene su juez y su sanción: reparación del daño en la civil, pena privativa de libertad en el caso de la responsabilidad penal y la destitución o remoción del cargo en la responsabilidad política. Sin embargo la tendencia a politizar la responsabilidad penal se mantiene y se pone de manifiesto en varios ordenamientos jurídicos que otorgan al jefe de Estado un privilegio de jurisdicción consistente en ser juzgados por el Parlamento por los delitos que cometan durante su encargo, y por lo tanto, el juicio que se emita tendrá consideraciones políticas y no

¹³ DUGUIT, Léon, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, p. 65.

estrictamente legales. Estas consideraciones políticas son puestas de manifiesto por Kirchheimer al distinguir tres categorías distintas de juicio político: "A. La causa que se refiere a un delito común cometido con fines políticos y el ejecutado con la mira de beneficios políticos que pudieran alcanzarse como resultado del éxito de la acusación. B. El juicio político clásico: la intención de cierto régimen para incriminar la conducta pública de su enemigo, con la mira de expulsarlo de la escena política. C. El juicio político derivativo, donde se esgrimen las armas de difamación, perjurio y vilipendio, en un esfuerzo de crear una mala reputación del enemigo político".¹⁴

Habitualmente se usa el término "político" para denominar a lo relativo a la *polis*, el bien común o el interés general. Al menos este es el uso en su acepción clásica. No obstante, tradicionalmente se ha pretendido separar *política* de *derecho*, por lo que los términos "justicia política" o "juicio político" nos podrían resultar equívocos y ambiguos. Los jueces aplican la justicia de conformidad con leyes de carácter general y anteriores al acto; cuando se trata de aplicar la justicia política los jueces son incompetentes puesto que no se siguen los principios de justicia que los jueces utilizan, aquí el criterio es, idealmente, el interés de la comunidad política, del Estado. Sin embargo, aquellos encargados de juzgar políticamente, bajo ciertos criterios políticos, poseen su propio concepto de lo político, del interés general o del bien común. Aquél que sea sometido a un juicio político será juzgado bajo principios mutables, intereses diversos y hasta contrarios, y por lo tanto, su inocencia o culpabilidad no será determinada con base en sus actos, sino por el ánimo político del momento.¹⁵ La política sufre una mutación en su concepción, ya no es lo referente al bien común, a la organización política de la *polis*, se despoja de todo sentido noble, y adopta el sentido moderno, herencia del Renacimiento y Maquiavelo: el de política como lucha por el poder. La justicia política es ahora el uso de la justicia con fines políticos, o, para ser más precisos, el uso de instrumentos jurídico-

¹⁴ KIRCHHEIMER, Otto, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵ En este sentido KIRCHHEIMER, Otto: "De acuerdo con la propia estimación de sus necesidades (que no siempre coincide con sus necesidades 'objetivas'), cada individuo, grupo o clase dominante desarrollará el criterio según el cual los actos reprobables, si son lo suficientemente graves, requerirán de la acción pública", *op. cit.*, p. 25.

políticos de responsabilidad, a los que, bajo el término “justicia”, se les pretende dar una categoría de la cual frecuentemente carece. Burke confirma nuestras sospechas: “Es por este tribunal y por estos medios que los hombres del Estado que abusan de su poder son juzgados ante los hombres del Estado y por los hombres del Estado, según los principios de la moral del Estado”.¹⁶ Esta moral del Estado es una moral variable, susceptible de los cambios y del devenir histórico, de las necesidades y circunstancias políticas, sociales y económicas. De la moral del Estado según la cual será juzgado un hombre político, podrá esperarse cualquier cosa menos seguridad jurídica. El juicio político llevado por los hombres del Estado, por el Parlamento, juzgará a los hombres de Estado, al ejecutivo y los hombres de su administración, bajo la única certeza de que todos los actos de éste serán considerados políticamente, y por lo tanto, todos los actos serán juzgados bajo los brumosos principios de la moral del Estado. Los actos criminales de los jefes de Estado, con o sin relación con su cargo, deben ser juzgados por el Parlamento, son presuntos actos políticos cuyo castigo debe ser determinado por el Congreso. La responsabilidad penal se politiza, la justicia de los jueces se ve suplantada por la justicia de los políticos; un crimen que en manos de cualquier ciudadano sería castigado sin miramiento y con plena aplicación de la ley, en un jefe de Estado éste será evaluado, la ley se hará a un lado, se le otorgará un estatus especial. La ruptura de la igualdad de todos ante la ley se rompe con la justicia política.

Siguiendo a Olivier Beaud,¹⁷ nos preguntamos: ¿es apropiado castigar las conductas penales de los gobernantes? Y si la respuesta es afirmativa, ¿debe ser el régimen penal de los gobernantes el mismo que el del resto de los ciudadanos? ¿Por qué unir infracción penal y responsabilidad política si, como hemos mencionado, cada una tiene su juez y su pena?

La justicia penal tiene un doble propósito; castigar al criminal y aplicarle un régimen de privación de la libertad a la vez que de reinserción social, e igualmente importante, restaurar la confianza de la sociedad que se ha sentido afectada por el delito generándole

sentimientos de inseguridad y desconfianza. Pues bien, al politizar la justicia penal se ignoran estos dos propósitos, ya que los parámetros para juzgar al presunto delincuente no serán sólo las leyes penales y las pruebas obtenidas, sino que pesarán más en la decisión de los juzgadores las circunstancias políticas, sociales, económicas, los motivos que se tuvieron para cometerlo, e incluso, los fines que se hayan logrado. La sociedad podrá encontrarse con un juicio propio y distinto al juicio del Parlamento, y la percepción que tengan, si difiere, provocará una desconfianza en los hombres que deben representar sus intereses.

Un caso representativo de la politización de la responsabilidad penal, y que adelantamos sin perjuicio de comentarlo más adelante, se dio en Francia recientemente. El presidente francés Jacques Chirac se vio envuelto en acusaciones de desvío de fondos públicos durante el periodo en que fue alcalde de París, y ante la imposibilidad de ser juzgado ante la justicia penal ordinaria por gozar de inmunidad, un diputado socialista, Alan Montebourg, se propuso juzgar a Chirac ante el único tribunal competente para juzgar al presidente de la República, la Alta Corte de Justicia. Paradójicamente, sus intentos no se vieron respaldados ni por los dirigentes, diputados y senadores del propio Partido Socialista, ni por su primer ministro, Lionel Jospin. Su intento fue calificado como una “inoportuna estrategia política a un año de las elecciones del 2001” y de tratarse de “una cruzada personal de Montebourg”. Jospin, quien sería el candidato socialista a la presidencia no quería desgastar su imagen en una batalla parlamentaria que le podría afectar electoralmente.

Como hemos apreciado, a través del juicio político al Parlamento le corresponde juzgar las grandes causas de los hombres del Estado: alta traición, violaciones a la constitución, responsabilidad penal de jefe de Estado y ministros, aunque también será su arma última. El juego político y las circunstancias de cada caso determinarán si será la justicia o la política, el principio por el que será juzgado el acusado. No obstante, el juicio político parece hoy en día un instrumento un tanto obsoleto y anticuado. Aquel político que en sus funciones de desempeño de manera poco leal o negligentemente, sin que por ello cometa necesariamente un delito, no será objeto de un juicio político para lograr su destitución. Lo más probable es que la presión de la opinión pública y de los medios de comunicación produzca su

¹⁶ Citado por BIDÉGARAY, Christian y EMERI, Claude, *La responsabilité politique*, p. 28.

¹⁷ *Ibidem*, p. 124.

renuncia, cuando no la destitución por parte de su superior jerárquico. Con el poder actual de los medios de comunicación y la opinión pública, en general pocos son los actos de gobierno que quedan ocultos y los ciudadanos tienen conocimiento de la conducta de sus funcionarios o representantes de manera directa, así el juicio público, para bien y para mal, se convierte en el juicio político del Parlamento y lo sustituye en sus funciones de juez de las grandes causas; las pasiones sustituyen a los intereses. La politización de la responsabilidad penal va perdiendo sentido en la medida en que existe mayor conciencia civil y política y mayor interés ciudadano en la actuación pública de sus gobernantes; la sociedad podrá permitir cierto margen de actuación y tolerar una inmunidad durante sus funciones, pero no permitirá la impunidad de un gobernante. Es indiscutible que el juicio político, desde la creación del *Impeachment* en 1386, ha sido esencialmente un arma política,¹⁸ cuyo uso, pese a ser restringido será en ocasiones necesario: "...la justicia política está destinada a seguir siendo un eterno atajo, necesario y grotesco, benéfico y monstruoso pero de todos modos un atajo. Es necesaria y benéfica, porque sin la intervención del instrumento jurídico la lucha por el poder político continuaría siendo igualmente implacable pero mucho más desordenada".¹⁹

2. Los instrumentos jurídicos de la irresponsabilidad

La irresponsabilidad del jefe de Estado encuentra su máxima expresión en el carácter consuetudinario del sistema político inglés. En él se investía a la corona con dos importantes atributos: "... su carácter perpetuo, recogido en la máxima *the King never dies*, y en su naturaleza inviolable, expresada con el aforismo *the King can do no wrong*".²⁰ La irresponsabilidad del rey es un principio común en los sistemas monárquicos parlamentarios y se encuentra institucionalizado bajo dos instrumentos jurídicos: el refrendo ministerial y la regla del acompañamiento.²¹ A través de estos dos instrumentos se mantie-

¹⁸ BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹ KIRCHHEIMER, Otto, *op. cit.*, p. 473.

²⁰ GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *El refrendo*, p. 46.

²¹ Cfr. BIDÉGARAY, Christian, EMERI, Claude, *op. cit.*, pp. 12 y sigs.

ne el principio de irresponsabilidad del rey, pues limita significativamente su autonomía, lo que se traduce en una responsabilidad política nula.²² Como consecuencia de la irresponsabilidad del rey, la responsabilidad se encontraba depositada en sus ministros que la asumían a través del refrendo, y era a través del *impeachment* y el *bill of attainder* como su responsabilidad podía ser juzgada. La responsabilidad política de los ministros es uno de los fundamentos del sistema parlamentario: éstos son los responsables ante la Cámara de los Comunes. El gobierno se lleva a cabo, por lo tanto, con la colaboración del rey, los ministros y la Cámara. Así aparece la tercera máxima *the King can not act alone*, que da origen a la regla del acompañamiento.²³

Aun las monarquías posteriores a la caída del *Ancien Régime* poseen disposiciones que constatan la irresponsabilidad real. Así la Constitución francesa de 1791 en su Capítulo II, Sección Primera, Artículo 2: "La persona del Rey es inviolable y sagrada", y la Constitución de Cádiz de 1812, en su artículo 168: "La persona del Rey es sagrada e inviolable y no está sujeta a responsabilidad".

Estos principios consolidan la irresponsabilidad política del monarca y explican su mantenimiento hoy en día. Un acto del monarca que no cumpla con los principios que le imponen estos dos instrumentos carecerá de todo valor jurídico, aunque pueda tener consecuencias políticas por sí mismo. La irresponsabilidad política en nuestros días no implica un ejercicio absoluto del poder, por el contrario, la irresponsabilidad sólo se entiende si otros se responsabilizan de los actos que realice el monarca, que serán casi sin excepción los ministros.²⁴ Como se ha hecho notar, la gravedad de la irresponsabilidad política del monarca surgiría si el rey tomara toda suerte de medidas incorrectas o graves sin que nadie se responsabilizara de ellas.²⁵

²² En este sentido GONZÁLEZ-TREVIJANO afirma: "La inviolabilidad, lejos de ser una característica propia de la monarquía, se ha transformado en una función despojada de cualquier incidencia real en el proceso político", *op. cit.*, p. 65.

²³ Véase GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*

²⁴ "La responsabilidad del monarca hay que compensarla, si no se quiere incurrir en un privilegio incongruente, en una contradicción imposible de conciliar con los principios democráticos, con el refrendo de los actos del Rey". GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*, p. 61.

²⁵ Véase DE ESTEBAN, Jorge, GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J., *Curso de derecho constitucional español III*, pp. 78 y sigs.

Actualmente el refrendo ministerial se configura como un principio carente de sentido político, toda vez que al lado de un rey irresponsable se reconoce un jefe de gobierno y ministros responsables políticamente ante el Parlamento, y por el contrario, pareciera ser que es el monarca quien da su firma para la completa validez del acto, quien refrenda el acto del jefe de gobierno o de sus ministros sin que se responsabilice por ello, por lo que el refrendo se ha constituido en una mera formalidad en los sistemas monárquicos parlamentarios, un acto mediante el cual el monarca participa simbólicamente en los actos de Estado.²⁶ Debe hacerse notar que los sistemas republicanos y presidenciales mantienen igualmente una mutación del refrendo ministerial de los actos del presidente, un acto que da validez a las leyes que promulgue el ejecutivo. Principio igualmente inexplicable, puesto que una negativa del ministro a otorgar su refrendo provocaría su separación del cargo y una nueva nominación por parte del presidente, además, si aunamos a lo anterior que en los sistemas presidenciales el Parlamento no puede llamar a cuentas al presidente o emitir una moción de censura, la asunción de responsabilidad del ministro a través del refrendo parece carecer también de todo sentido, al depender su permanencia o remoción de la voluntad del presidente.

Por otro lado, la regla del acompañamiento es igualmente una institución creada y mantenida para evitar el problema de doble personalidad del Ejecutivo en las monarquías y sistemas semipresidenciales. Toda vez que el poder ejecutivo es uno, debe mantenerse dicha unidad pese a que existan un jefe de Estado y un jefe de gobierno depositados en distintos individuos. De esta manera cuando un acto requiera la presencia del ejecutivo, en funciones de jefe de Estado, deberá estar presente también un representante del gobierno que, por un lado de unidad al poder ejecutivo, y por el otro dé validez oficial, de ser necesario, a los actos del monarca o presidente. La irresponsabilidad política del monarca se presenta por lo tanto, como una institución carente de sentido en los sistemas democráticos actuales, mantenida

²⁶ "Ante este estado de cosas, se llegará a denunciar la falta de sentido de la inviolabilidad, la irresponsabilidad y el refrendo, una vez que los actos del Rey, al haber perdido éste su consideración de auténtico poder, para transformarse en un órgano constitucional que queda fuera del juego político, son actos políticos, actos del Ejecutivo, que el monarca, sin más, firma", GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*, p. 64.

a través de los instrumentos que someramente hemos comentado: "...la inviolabilidad y el refrendo son dos reliquias históricas que se mantienen por tradición y que se limitan sencillamente a recordarnos cuál ha sido el origen de la monarquía parlamentaria de nuestros días".²⁷

3. La irresponsabilidad y sus modalidades: inmunidad y privilegio de jurisdicción

Las distintas formas en que se manifiesta la irresponsabilidad del jefe de Estado van a venir determinadas por el tipo de gobierno existente y la personificación del poder ejecutivo (único o bicéfalo) en el Estado; los sistemas presidencial y parlamentario son las dos modalidades predominantes. Hemos visto ya que en los sistemas monárquicos la irresponsabilidad política y penal del jefe de Estado, el rey, es absoluta. En los sistemas semipresidenciales, la Quinta República Francesa por ejemplo, la responsabilidad del jefe de Estado se encuentra también muy atenuada. Por otra parte, en los sistemas presidenciales al reunirse en un solo individuo los atributos de jefe de Estado y jefe de gobierno, la responsabilidad política y penal del Presidente está sujeta a procedimientos especiales.

Como hemos apreciado en el capítulo anterior, la distinción entre la responsabilidad política y penal del jefe de Estado no se distingue claramente; la politización de la responsabilidad penal de los hombres del Estado ha provocado que los instrumentos de responsabilidad política y los mecanismos de protección de la función pública se apliquen a la responsabilidad penal de los gobernantes. Si bien la responsabilidad política pura parece estar más o menos clara (negligencia en el cargo, faltas graves, etc.) al tratar la responsabilidad penal del jefe de Estado, la cuestión se vuelve menos clara. Varios instrumentos jurídicos otorgan una protección especial al gobernante en funciones, protección que se extiende a su responsabilidad penal, instrumentos que varían entre la inmunidad y el privilegio de jurisdicción, aunque por momentos la impunidad pareciera ser el objetivo de estos mecanismos.

²⁷ *Ibidem*, p. 65.

Inmunidad. La inmunidad es la cualidad de aquél que se encuentra exento de oficios, cargos, gravámenes o penas.²⁸ La inmunidad requiere entonces un sujeto que se beneficia de una excepción de carácter personalísima respecto de una ley de carácter general. La exención de gravámenes y penas, de responsabilidad en términos generales, es la que genera ciertos recelos. El individuo se podrá encontrar violentando la ley premeditada y conscientemente sin que se haga acreedor de la sanción o pena que la legislación establece. La inmunidad tiene su origen tradicionalmente en las características del cargo del individuo, éste es el caso de la inmunidad parlamentaria, la inmunidad diplomática y evidentemente la inmunidad del jefe de Estado. Inmunidad, pero, ¿respecto de qué? La inmunidad, para nuestros fines, será respecto de una ley de carácter general: la legislación penal.

La línea que divide a la impunidad de la inmunidad es tan sutil que apenas podríamos diferenciar a una de la otra. La impunidad es consecuencia necesaria de la ausencia de castigo ante un crimen o conducta ilegal. La inmunidad es una situación previa, que otorga una protección especial a un individuo en caso de caer en el supuesto legal preestablecido. Así la inmunidad es una situación o estatus jurídico previo a un acto ilegal y la impunidad una situación *de facto* derivada de la ausencia de castigo. La inmunidad absoluta deriva necesariamente en impunidad. El carácter inviolable y sagrado del monarca, por ejemplo, le otorgaba una inmunidad absoluta, que fácilmente se transformaba en impunidad.

La inmunidad temporal implica, por otro lado, la suspensión de los procesos judiciales abiertos, y por lo tanto, la suspensión de la prescripción de los delitos, en este sentido Didier Maus: "*Il y a en quelque sorte, suspension d'une éventuelle procédure pendant la durée de son mandat présidentiel. Il convient dans ce cas de considérer que la prescription est également suspendue*".²⁹ La inmunidad del presidente en Francia, por citar un ejemplo, no se limita a los procesos penales en los cuales pudiera estar implicado, sino también a

²⁸ Diccionario de la Lengua Española, 2001.

²⁹ Citado por FAVOREU, Louis, "De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 49-2002, p. 9.

aquellos actos cometidos fuera del ejercicio de sus funciones, y aquellos casos en los que pudiera ser requerido como simple testigo.

La inmunidad temporal plantea una disyuntiva importante: ignorar un posible pasado criminal del jefe de Estado permitiendo que siga gobernando y que la acción judicial y la prescripción se suspendan hasta el término de sus funciones; o destituirlo para determinar su responsabilidad penal, impidiendo así que un "criminal" lleve los destinos de la nación. Esta última e impecable opción es fácilmente objetable; el jefe de Estado o de gobierno podría ser atacado por sus enemigos políticos que podrían construir cargos falsos o montar todo un escenario delictivo que tenga como finalidad la salida del jefe de Estado del escenario político y del ejercicio del poder, o incluso, la simple perturbación del orden político y social en su beneficio. El resultado del proceso judicial podría ser la sentencia absolutoria, pero el desprestigio público y la consecuente muerte política serían casi inevitables: el daño estaría hecho. El jefe de Estado sería vulnerable a ataques, falsos o ciertos, a un uso político de la justicia y sus tribunales, que se traducirían necesariamente en un ejercicio deficiente de sus funciones públicas, en un ambiente político turbio y de desconfianza pública. La inmunidad temporal, con la consecuente suspensión de los procesos judiciales y de la prescripción de los delitos, sería entonces el mecanismo más adecuado en el caso de los delitos que se hubieran cometido con anterioridad al cargo o aquellos que se cometieren durante sus funciones, pero sin relación con ellas. La buena marcha de las instituciones públicas se garantiza, y a la vez existirá la seguridad de que no quedará impune ningún delito.

Privilegio de jurisdicción. De acuerdo con Sieyès: "Todos los privilegios, sin distinción, tienen ciertamente por objeto dispensar de la ley o conceder un derecho exclusivo a alguna cosa que no está prohibida por la ley. Lo que constituye el privilegio es el estar fuera del derecho común, del que no puede salirse más que de una u otra de esas dos maneras".³⁰ El privilegio de jurisdicción consiste en la exención o dispensa que se hace al jefe de Estado o determinados hombres políticos para no ser juzgados por los tribunales ordinarios, para

³⁰ SIEYÈS, Emmanuel J., "Ensayo sobre los privilegios", en *¿Qué es el Tercer Estado?*, p. 145.

no ser juzgado como al resto de los ciudadanos. Se crea así un tribunal *ad hoc*, que juzgue los actos sobre los cuales se le exige responsabilidad. El otorgar al Parlamento tales facultades y no al poder judicial tiene su explicación en dos argumentos: el primero lo hemos visto anteriormente: en los Estados Unidos de América se propuso originalmente que el presidente fuera juzgado por la Suprema Corte de Justicia, objetándose sin embargo, que la posibilidad de sobornar o presionar a los nueve miembros de la Corte sería mucho mayor, que si pusieran en manos del Senado la facultad de juzgarlo; el segundo pretende también fundamentar el privilegio de jurisdicción en el argumento de un sujeto político electo popularmente, ungido de la legitimidad que las urnas le han otorgado, y que por lo tanto no puede ser juzgado sino por otros actores políticos también legitimados por el voto popular, por ende, el poder judicial no cuenta con la legitimidad para juzgarlo. Falso argumento si recordamos que en los Estados Unidos de América los jueces son electos por voto popular sin que a la fecha se haya otorgado a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de juzgar la responsabilidad política o penal de los altos cargos políticos.

El privilegio de jurisdicción es el más fiel instrumento del cual se han servido los hombres políticos para garantizar la politización de la responsabilidad penal. El privilegio de jurisdicción no se entiende sin un delito o crimen que juzgar, puesto que el juicio de la responsabilidad política correspondería naturalmente al Parlamento. Nos remitimos a los comentarios hechos anteriormente respecto de la politización de la responsabilidad penal para entender las implicaciones de un Parlamento erigido en tribunal de los hombres del Estado. Como sea que se pretenda interpretar el privilegio de jurisdicción, bajo argumentos políticos o construcciones legales, sólo nos queda concluir con Sieyès: "... 'privilegio' es una dispensa para el que lo obtiene y un desaliento para los demás".³¹

El otorgamiento de una o ambas modalidades de exclusión de la responsabilidad del jefe de Estado es moneda común en todos los Estados modernos, y sus variantes o combinaciones son tan ricas como simples en algunos casos.

Así la Constitución portuguesa en su artículo 133 establece que el presidente responde de los crímenes que cometa en el ejercicio de sus funciones ante el Tribunal Supremo de Justicia y de los crímenes cometidos fuera del ejercicio de sus funciones responderá ante los tribunales ordinarios una vez que termine su mandato. De esta manera la Constitución portuguesa establece un sistema mixto de inmunidad temporal y privilegio de jurisdicción: el presidente responde ante el Tribunal Supremo de Justicia por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, correspondiendo a la Asamblea la iniciativa del procedimiento. La condena tendrá como consecuencia la destitución del presidente y la imposibilidad de ser reelecto.

La Constitución griega en su artículo 49.1 prescribe que el presidente de la República no es responsable de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones excepto el caso de alta traición o violación deliberada de la Constitución, y respecto de los actos que no tengan relación con el ejercicio de sus funciones, la persecución penal se suspenderá hasta el fin de su mandato presidencial.

En Alemania se establece un sistema de privilegio de jurisdicción. El Bundesrat o el Bundestag indistintamente pueden acusar al presidente de la República ante el Tribunal Constitucional Federal por violación deliberada de la propia Constitución o de cualquier otra ley federal y la pena en caso de ser encontrado culpable es la destitución del cargo (artículo 61 de la Constitución alemana de 1949).

En Italia existe igualmente un privilegio de jurisdicción, ya que el presidente de la República no es responsable de los actos realizados en ejercicio de sus funciones, con excepción del delito de alta traición o por violación de la Constitución, y será juzgado por el Parlamento (artículo 90 de la Constitución italiana de 1947).

En el caso de España la Constitución de 1978 en su artículo 56.3 otorga una inmunidad absoluta: *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*. En sentido contrario y marcando una clara y absoluta distinción, la Constitución de la Segunda República española en su artículo 85 establecía: "El presidente de la República es criminalmente responsable de la infracción delictiva de sus obligaciones presidenciales", y establecía un sistema de privilegio de jurisdicción mediante el cual el Congreso decidiría si habría lugar a la acusación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales que resolvería sobre su destitución. La Ley de responsabilidad del

³¹ *Ibidem*, p. 145.

jefe de Estado determinaba el procedimiento para exigir la responsabilidad criminal del presidente.

Por su parte la Constitución de los Estados Unidos establece en su artículo II, § 4 que el Presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus cargos mediante *impeachment* por traición, cohecho u otros delitos graves y faltas. Esta separación del cargo es el objetivo principal del *impeachment*, ya que posteriormente quedaría la puerta abierta a la jurisdicción ordinaria para determinar su responsabilidad penal. El sistema estadounidense otorga una suerte de inmunidad tutelada, ya que se requiere de una instancia previa, el *impeachment*, para proceder por los medios que la justicia ordinaria otorga. Este juicio de procedencia sólo destituye del cargo, mientras que serán los tribunales los que tomen la decisión final con todas las garantías procesales para el acusado.

Finalmente, la Constitución mexicana de 1917 establece un sistema mixto de inmunidad temporal y privilegio de jurisdicción. Su artículo 108 establece que el presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, lo que implica la posibilidad de ser acusado y juzgado por cualquier otro delito al término de sus funciones constitucionales, mientras que el artículo 111 al tratar la responsabilidad penal del presidente remite al procedimiento de juicio político del artículo 110 (procedimiento bicameral con la cámara baja como acusadora y el Senado erigido en jurado de sentencia que aplica la pena) para juzgar la responsabilidad penal derivada del artículo 108.

Sin excepción conocida, todos los Estados modernos otorgan algún tipo de tratamiento especial a la responsabilidad penal de sus jefes de Estado, y parece constituirse en un principio generalmente aceptado que la protección del jefe de Estado y el correcto funcionamiento del cargo y de las instituciones bajo su mando, constituyen una cuestión de indiscutible importancia. Sin embargo, los "principios políticos generalmente aceptados" se ven ahora superados por los "principios jurídicos universalmente aceptados": los derechos humanos, los principios democráticos, la prevención y castigo de crímenes de lesa humanidad, entre otros. Estos principios políticos no pueden ser admitidos cuando la conducta del gobernante no sólo vio-

lenta el orden interno, sino cuando ésta infringe disposiciones de derecho internacional humanitario, cuando su conducta trasciende las fronteras estatales y afecta no sólo a la comunidad internacional, sino a la propia humanidad.

III. LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE ESTADO

1. Antecedentes de la justicia penal internacional

El precedente histórico fundamental para un estudio de la justicia penal internacional es el del Tribunal de Nuremberg. Al final de la Segunda Guerra Mundial se establece un tribunal internacional *ad hoc* por instancia de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña, la Unión Soviética y los Estados Unidos de América. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg juzgó a los dirigentes y colaboradores del Tercer Reich de Hitler bajo las acusaciones de crímenes de guerra. Este tribunal marca un hito, ya que no fueron los órganos jurisdiccionales del Estado alemán de un nuevo régimen el que juzgaría a los miembros del anterior régimen nazi, sino un tribunal internacional en el que Alemania no contaba con representación alguna. Se marcaba así la diferencia entre una responsabilidad política tradicional por el abuso de los cargos y el poder público, y la responsabilidad por lo que se refiere a "la destrucción total de la dignidad y personalidad humana".³² Es en Nuremberg donde por primera vez se establece un tribunal que ha de castigar conductas delictivas inhumanas, que transgredían los principios del derecho de guerra y atentaban en contra de la propia dignidad humana. Se acordaron igualmente unos procedimientos judiciales eclécticos: "El juicio de Nuremberg tuvo su propia dialéctica y constituyó un esfuerzo para fijar una responsabilidad criminal de base multinacional, por toda acción política cuya implantación involucrara crímenes contra el género humano... Como el caso no tenía precedente, tampoco lo tuvo la persecución de cuatro estados, el proceso criminal y el derecho penal que se formuló para tal propósito mediante el estatuto ela-

³² Para esto y lo que sigue, véase KIRCHHEIMER, Otto, *Justicia política*, pp. 356 y sigs.

borado en la Conferencia Internacional de Londres y el tribunal de Nuremberg".³³

Los tratados internacionales en materia de derecho penal internacional no son pocos. Entre los más relevantes tenemos la Convención para la prevención y la represión del genocidio del 9 de diciembre de 1948 —aprobada un día antes que la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos—, la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, el Protocolo adicional a dicha convención relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977, y la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes del 10 de diciembre de 1984. Todos ellos muestran una doble preocupación, que tanto los participantes activos y la población civil reciban un trato que respete la dignidad humana aun dentro de un conflicto armado, y que determinados crímenes que atenten contra ella no queden sin castigo. Posteriormente se han ido constituyendo tribunales *ex profeso* que juzgarían los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad. De esta manera encontramos al Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia cuyo estatuto prescribía en su artículo primero su competencia: juzgar a las personas presumiblemente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidos en territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991. Otro tribunal relativamente reciente es el Tribunal Penal Internacional para Ruanda cuya competencia sería juzgar, además, a los ciudadanos ruandeses presumiblemente responsables de las mencionadas violaciones cometidos en territorio de los Estados vecinos entre el 1 de enero y el 1 de diciembre de 1994. La creación de tribunales *ad hoc* respondía a la conciencia internacional de que los crímenes de lesa humanidad no se acabaron con el holocausto nazi, de que se realizan nuevos crímenes contra la humanidad bajo las formas de limpiezas étnicas, resurgimientos nacionalistas y xenofobia; respondía a la necesidad de castigar dichos crímenes y a la ausencia de un tribunal penal internacional preestablecido cuyas competencias y jurisdicción se encontraran ya determinadas. De esta manera es que nace entonces la Corte Penal Internacional.

³³ KIRCHHEIMER, Otto, *op. cit.*, p. 373.

2. La responsabilidad penal del jefe de Estado ante la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal internacional en materia penal de carácter permanente y autónomo. El Estatuto que la crea fue firmado en Roma el 17 de julio de 1998, y fija su sede en La Haya. Su entrada en vigor tuvo lugar el día 1 de julio de 2002 con la firma de 77 Estados. La Corte tiene como competencia la investigación, juicio e imposición de penas por los crímenes de genocidio,³⁴ crímenes contra la humanidad³⁵ y crímenes de guerra,³⁶ además del crimen de agresión.³⁷ La tipificación de los delitos antes comentados nos permite apreciar elementos comunes en los que se puede derivar la responsabilidad de los gobernantes. Todos estos crímenes comparten características comunes: son cometidos con el fin de *destruir un grupo étnico, nacional, religioso o racial* (genocidio), mediante *ataques extendidos o sistemáticos* en contra de la población civil (crímenes contra la humanidad) y forman parte de un *plan o política*

³⁴ El artículo 6 del Estatuto de Roma define al genocidio como los actos cometidos con el intento de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como: a) asesinato de miembros del grupo; b) causar serios daños físicos o mentales a los miembros del grupo; c) deliberadamente infligir en el grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física en todo o en parte; d) imposición de medidas que tengan como objeto prevenir nacimientos dentro del grupo; e) transferir por la fuerza a niños del grupo a otro grupo.

³⁵ El artículo 7 del Estatuto define los crímenes en contra de la humanidad, y tipifica como tales aquellos crímenes cometidos como parte de un *ataque extendido o sistemático dirigido en contra de cualquier población civil*, con conocimiento del ataque. Son considerados como crímenes en contra de la humanidad: el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la deportación o transferencia forzada de la población; el aprisionamiento u otras privaciones graves de la internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; las persecuciones en contra de cualquier grupo o colectividad identificable por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas o de género o por otras causas que sean universalmente reconocidas como prohibidas por el derecho internacional; la desaparición forzosa de personas; el crimen del *apartheid*; otros actos inhumanos similares que hayan causado intencionalmente gran sufrimiento, o serios daños corporales o a la salud física o mental.

³⁶ El artículo 8 establece que serán considerados crímenes de guerra los cometidos como *parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de dichos crímenes*.

³⁷ Este crimen se encuentra aún sin definir, y según el artículo 5.2 del Estatuto será considerado una vez que se tomen provisiones de acuerdo con los artículos 121 y 123 del propio Estatuto.

(crimen de guerra). Estas acciones son impensables sin una estrategia preconcebida que implica una planeación y dirección ideológica, política y militar. Ninguno de estos crímenes puede ser producto del fragor de la batalla en una guerra, consecuencia necesaria de una operación militar o parte de los tristemente célebres “daños colaterales”, su comisión no es de ninguna manera accidental o circunstancial. Los responsables ideológicos, militares y políticos de aquellas conductas y políticas que se constituyan en delitos contra la humanidad deben ser castigados por la comunidad internacional en ausencia de la acción de la justicia local: el líder político o militar debe responder. En los casos más recientes o conocidos (Hitler, Milosevic, Hussein) esta figura siempre ha coincidido con la del jefe de Estado.

De los posibles responsables por la comisión de crímenes contra la humanidad son los responsables políticos, generalmente gobernantes, los que oponen mayores obstáculos para ser llevados ante la justicia valiéndose de todo tipo de inmunidades y privilegios propios de su cargo para evitar la acción de los tribunales nacionales e internacionales. Es por ello que el Estatuto de Roma tuvo especial cuidado en prevenir que los gobernantes, o dirigentes políticos pudieran evadirse de la justicia internacional. De esta manera se redactó el artículo 27 del Estatuto cuyo rubro “Imprudencia del cargo oficial” nos deja ver su objetivo. Dicho artículo dice a la letra:

Artículo 27. Imprudencia del cargo oficial.

1. El presente Estatuto se aplicará igualmente a todas las personas sin distinción alguna fundada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de jefe de Estado o de gobierno, de miembro de un gobierno o parlamento, de representante elegido o funcionario de gobierno, no exonerará en ningún caso a dicha persona de la responsabilidad criminal bajo el presente Estatuto, y no constituirá, como tal, un motivo de reducción de la pena.

2. Las inmunidades o reglas especiales de procedimiento inherentes al cargo oficial de una persona, en virtud del derecho interno o del derecho internacional, no impedirá a la Corte ejercer su jurisdicción sobre tal persona.³⁸

³⁸ Hemos preferido para fines expositivos nuestra propia traducción. El texto íntegro del Estatuto puede consultarse en la página web de la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/law/icc/>

La preocupación del Estatuto por prevenir la evasión de la justicia internacional por parte de los responsables, en particular la del jefe de Estado o de gobierno no es gratuita. Corwin ha advertido ya que la historia de la presidencia ha sido una historia de maximización,³⁹ y esta maximización de la figura de los jefes de Estado y de gobierno parece una moneda común, que ha producido una nueva imagen sacralizada del gobernante que ha dificultado históricamente la posibilidad de juzgar a un presidente, rey o gobernante a pesar de los mecanismos creados para ello. De todos son conocidas las artimañas de que se han valido; desde sistemas totalitarios que los perpetúan en el poder garantizándoles la impunidad, hasta las leyes de punto final, nombramientos políticos vitalicios que les garantizan inmunidad o la cesión del poder a grupos políticos afines que permiten un exilio pacífico a dichos criminales.

Otro ejemplo claro de esta maximización y su consecuente protección es que la mayoría de las constituciones y ordenamientos jurídicos estatales al establecer los delitos por los cuales los jefes de Estado podrán ser juzgados ante jurisdicciones especiales, hacen mención de delitos que no han sido definidos legalmente. En los Estados Unidos de América, se establece la procedencia del *impeachment* en contra del presidente por *treason, bribery and high crimes and misdemeanors*, esto es, traición, cohecho y delitos graves y faltas,⁴⁰ sin embargo estos últimos no poseen ningún antecedente en ley: “*In sum, “high crimes and misdemeanors” appear to be words of art confined to impeachments, without roots in the ordinary criminal law, and which, so far as I could discover, had no relation to whether an indictment would lie in the particular circumstances*”.⁴¹

En Francia, el artículo 68 establece que el jefe de Estado sólo puede ser juzgado por alta traición. El concepto jurídico de *haute trahison*, alta traición, no se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico francés. El *Ancien Code Pénal* de 1832, abrogado en marzo de 1994, establecía en sus artículos 70 a 72 los tipos penales de traición, todos

³⁹ *Aggrandizement*, es el término usado. Vid. CORWIN, Edward S., *op. cit.*, p. 307.

⁴⁰ Preferimos traducir *high crimes and misdemeanors* como “delitos graves y faltas”, y no como “delitos y faltas graves” debido a que el concepto *misdemeanor* en el derecho anglosajón es usado para referirse a faltas, infracciones o delitos menores, por lo que sería una contradicción en términos que se hablara de *high misdemeanors* o “faltas graves”.

⁴¹ BERGER, Raoul, *op. cit.*, p. 62.

relacionados con la ayuda prestada a una potencia extranjera y penada con la muerte. La pena de muerte sería abolida hasta el 9 de octubre de 1981 mediante la ley 81-908. El *Nouveau Code Pénal* tipifica la traición en sus artículos 411-2 al 411-11, dentro del Libro IV, dedicado a los crímenes y delitos contra la nación, el Estado y la paz pública. Ninguno de los dos códigos hace referencia alguna a un tipo específico de alta traición o a la posible responsabilidad del presidente de la República en su comisión.

Como se puede apreciar en los casos estadounidense y francés se tienen dos posibles interpretaciones de la falta de tipificación de la conducta punible. En una, la falta de una tipificación legal de los delitos descritos provoca una evidente situación de arbitrariedad en su consideración y castigo. Por otro lado, bajo el principio general de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, los crímenes graves y faltas y la alta traición, no serían punibles, y por lo tanto ningún actor político podría ser juzgado bajo dicho cargo. Como Kirchheimer lo advertía ya en 1960, la tipificación del delito de alta traición permanecía intencionalmente indefinida en beneficio del presidente francés.

La mayoría de las constituciones y ordenamientos jurídicos internos de los Estados no se encuentran preparados para una jurisdicción penal internacional. Junto a las múltiples contradicciones del derecho interno con el Estatuto, tales como las cuestiones de extradición por delitos no considerados en el ordenamiento interno, extradición de nacionales, la prohibición de la pena de cadena perpetua en algunos Estados, y falsas consideraciones sobre la soberanía nacional, una de las más trascendentes es la contradicción entre la irresponsabilidad del jefe de Estado, sus inmunidades y privilegios, con el artículo 27 del Estatuto.

Por mencionar un ejemplo veamos el citado caso español: el artículo 56.3 de la Constitución española establece: "La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad..." No existe distinción alguna del tipo de responsabilidad a la que se refiere, ya sea de naturaleza política o penal. Los términos en que le son otorgadas al Rey las características de inviolabilidad e irresponsabilidad son tan generales que fácilmente se puede deducir una inmunidad absoluta por parte del monarca. De acuerdo con González-Trevijano, mediante el artículo 56.3 de la Constitución española "se afirma pues su indemnidad e inmunidad, es decir, la imposibilidad de poder ser ob-

jeto de un proceso, y de ser considerado autor de un delito, aun al margen del proceso en cuestión".⁴²

Llevando el supuesto hasta sus últimas consecuencias Gimbernat Ordeig reflexiona: "Anticipando la irresponsabilidad regia y no previendo su enjuiciamiento criminal por el Tribunal Supremo en pleno, previa autorización del Congreso, el Anteproyecto se niega a afrontar una incómoda posibilidad de un monarca delincuente... (pudiendo llegarse) a una regulación que consagra la inmunidad de un monarca asesino o violador y al que ni siquiera se le podría remover de su cargo si delinquiera".⁴³ En este sentido, González-Trevijano considera la anterior una formulación aséptica, no creíble constitucionalmente, pues afirma que el supuesto de un monarca delincuente significaría el desprestigio y ocaso de la institución monárquica.⁴⁴ No obstante, la historia nos ha dado ya suficientes ejemplos de crímenes impunes por parte de gobernantes y monarcas como para contentarnos con el desprestigio de una institución más llena de tradición y simbolismo que de poder real: las consecuencias políticas no bastan ante un crimen contra la humanidad. La finalidad de la justicia penal internacional no es la estabilidad política de un régimen ni el prestigio de una institución, sino la protección de la humanidad misma.

Las contradicciones entre el derecho interno y el Estatuto de la Corte Penal Internacional son finalmente, meras cuestiones legales que pueden verse superadas mediante reformas a la Constitución o a las legislaciones nacionales. Lo preocupante no es solucionar las cuestiones de forma sino las de fondo, la falta de voluntad política internacional. La negativa a firmar el Estatuto de Roma proveniente de varios países, entre ellos los Estados Unidos de América e Israel, nos dejan ver que nos encontramos aún lejos del fin buscado.

IV. JUSTICIA UNIVERSAL VS RAZÓN DE ESTADO

1. *Excursus* sobre el caso francés

El caso Chirac, que adelantábamos líneas atrás nos sirve como modelo. Conjunta las cuestiones de la responsabilidad penal del jefe de

⁴² *Idem, supra*, p. 61.

⁴³ Citado por GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 63.

Estado, su politización, la consideración de la irresponsabilidad como atributo de su investidura y el otorgamiento de instrumentos de exención de responsabilidad. A la vez, se encuentra inmersa dentro de la discusión de su responsabilidad penal ante la jurisdicción penal internacional y las contradicciones de la Constitución de 1958 con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El asunto fue el siguiente: Jacques Chirac, actual presidente francés se vio implicado en una serie de acusaciones sobre malversación de fondos públicos durante el largo periodo en que fue alcalde de París, de 1977 a 1995, a la vez que presidente de su partido, el RPR (*Reensablement pour la République*), de 1976 a 1994. Las acusaciones fueron variadas; desviación de fondos hacia su partido, fraudes electorales y creación de empleos ficticios en la alcaldía. En febrero de 1994, un juez de instrucción, Eric Halpen, inicia investigaciones sobre los desvíos de fondos de la Oficina de Obras Públicas de París. Se encarcela entonces a Jean Claude Méry, miembro del comité financiero del RPR, quien se negara a declarar y fuera liberado en marzo de 1995. Su silencio benefició a Chirac, quien ganaría las elecciones presidenciales ese año. La investigación se archivó por falta de pruebas. El 21 de septiembre de 2000, en un video póstumo, Méry acusa a Chirac de haber ordenado la desviación de varios millones de francos en 1986 de la alcaldía de París destinados a la OPAC (*Office Public de Aménagement de Construction*) para el financiamiento del partido. Se calcula que sólo por conducto de la OPAC, el RPR se benefició con diez millones de francos por año. Tras la nueva evidencia el juez Halpen reabre el caso y el 28 de marzo de 2001 cita al presidente Jacques Chirac a comparecer como testigo para el día 4 de abril, apercibiéndolo de que de no presentarse, sería apremiado mediante fuerza pública y se le impondría una multa de 25,000 francos.

Chirac responde acusando a Halpen de violar la Constitución y de cometer *forfaiture*,⁴⁵ y se niega a acudir a la citación alegando la división de poderes y la inmunidad presidencial establecida en el artículo 68 de la Constitución.⁴⁶ El Consejo Constitucional en una resolu-

⁴⁵ Chirac acusó a Halpen de *forfaiture*, término que apareció en una ley de 1790 y que fundó el actual sistema jurídico francés, estableciendo la prohibición del poder judicial para pedir cuenta a la administración.

⁴⁶ Art. 68. El Presidente de la República no es responsable de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones más que en caso de alta traición.

ción del 22 de enero de 1999 había interpretado el artículo 68 de la Constitución y estableció que el presidente de la República, por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y salvo el caso de alta traición, se beneficia de una *immunidad* y que además, durante la duración de sus funciones, su responsabilidad penal no puede ser llevada más que ante la Alta Corte de Justicia.^{47, 48} En un comunicado del 10 de octubre de 2000 el Consejo Constitucional aclara su posición y afirma que el presidente de la República no se encontraba exonerado de su responsabilidad penal, sino que se beneficia de “un privilegio de jurisdicción hasta el final de su mandato”, que no le permitía ser llevado a juicio más que ante la Alta Corte de Justicia.⁴⁹ Esto significa que “toda investigación ante las autoridades penales ordinarias se suspende durante su mandato”. Sin embargo, el Consejo Constitucional no cerró la puerta a toda investigación penal; si sólo puede ser juzgado ante la Alta Corte de Justicia durante su mandato, podría entonces responder ante ella por dos tipos de infracciones: “los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y calificables de alta traición” y también, “los actos desligados de sus funciones, cometidos durante su mandato, o, si no se encuentran prescritos, los

⁴⁷ La *Haute Cour de Justice* se encuentra prevista en el artículo 67 de la Constitución francesa de 1958. Es un tribunal *ad hoc* compuesto por 24 miembros, 12 nombrados por la Asamblea Nacional y 12 por el Senado de entre sus miembros, y tiene como única función juzgar al presidente de la República conforme al artículo 68. La iniciativa para que el Parlamento examine un propuesta de acusación contra el jefe de Estado requiere el voto del diez por ciento de los miembros de cada cámara, por lo que se necesita el acuerdo de 58 diputados y 33 senadores. Una vez aprobada la iniciativa la resolución es examinada por la Asamblea, para ser turnada a una comisión especial de 15 miembros. El reporte de esta comisión debe ser aprobado en los mismos términos por la Asamblea Nacional y por el Senado. Aprobado el expediente se envía a una comisión de instrucción compuesta por cinco magistrados de la Corte de casación, quienes apreciarán si hay pruebas suficientes de la existencia de los hechos denunciados. La comisión decidirá si el presidente debe comparecer ante la Alta Corte de Justicia. La resolución de la Alta Corte es inapelable.

⁴⁸ La decisión del Consejo Constitucional núm. 98-408 del 22 de enero de 1999 decía: “Considérant qu’il résulte de l’article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l’exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d’une immunité; qu’au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice, selon les modalités fixées par le même article...”

⁴⁹ Hasta el fin de la Tercera República francesa, el Senado cumpliría las funciones de Suprema Corte para juzgar ciertos delitos políticos y para decidir la responsabilidad por los actos cometidos por un miembro del gabinete o del presidente en casos de alta traición.

anteriores a éste.” El 25 de abril de 2001 el juez Halpen se declaró incompetente para seguir con la investigación al encontrar indicios de la posible culpabilidad de Jacques Chirac: “... *il existe maintenant des indices rendant vraisemblable que Jacques Chirac ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions*” e invoca la competencia de la Alta Corte de Justicia para continuar las investigaciones del asunto.

El 29 de junio de 2001 la Cámara de Instrucción de la Corte de Apelación de París, rechaza el recurso contra la ordenanza de los jueces de instrucción a cargo de un asunto paralelo, y se apoyan en la decisión del Consejo Constitucional del 22 de enero de 1999, presentándose un recurso de casación. Finalmente el 10 de octubre de 2001, el pleno de la Corte de casación rechaza el recurso contra la resolución citada, confirmando así que el presidente de la República no puede ser citado como testigo durante el ejercicio de sus funciones.⁵⁰ Finalmente la Corte de casación determina que el término de la prescripción se suspende durante la duración de su mandato, lo que significa que hasta el fin de éste, Chirac podrá ser nuevamente requerido.⁵¹

Años antes se promovió una cuestión previa de inconstitucionalidad respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, procedimiento típico del Consejo Constitucional en el que efectúa un control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales que se pretendan firmar en nombre del Estado francés. En la resolución del 22 de enero de 1999 antes citada, el Consejo Constitucional francés encontraría contradicciones entre el artículo 27 del Estatuto y los artículos 26, 68 y 68.1 de la Constitución y concluía que *la autorización para ratificar el Estatuto de la Corte exigía una revisión de la Constitución*.⁵² Es sorprendente el giro que da el Consejo para los habi-

⁵⁰ “...l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun...” Sentencia núm. 481 del 10 de octubre de 2001 de la Corte de casación.

⁵¹ Véase FAVOREU, Louis, *op. cit.*, p. 10.

⁵² De acuerdo con el resolutivo primero: “L'autorisation de ratifier le traité portant statut de la Cour pénale internationale exige une révision de la Constitution”. El texto íntegro de la decisión núm. 98-408 del 22 de enero de 1999 puede consultarse en la página web del Conseil Constitutionnel: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

tuados a los viejos discursos soberanistas: en lugar de declarar que el tratado internacional es incompatible con la Constitución, determina precisamente lo contrario: la Constitución es incompatible con el Estatuto y por lo tanto debe ser revisada. Es claro que el dogma de la Constitución como ley suprema está cayendo, y que los derechos humanos han tomado la supremacía al respecto.

La Constitución francesa, en su artículo 68 y la interpretación que de éste hace el Consejo Constitucional, exceden un tanto los parámetros normales de irresponsabilidad del jefe de Estado. Ya no sólo protege al Presidente en caso de actuaciones por razón de Estado o seguridad nacional, sino que le otorga una inmunidad temporal absoluta (o privilegio de jurisdicción, como matizara el Consejo Constitucional) aun por actos cometidos como simple particular, sin relación con sus funciones, o incluso, los cometidos con anterioridad a su cargo. Vincent Tournier afirma al respecto: “...nuestro Estado de derecho ha desarrollado más una cultura aristocrática que una cultura democrática, una cultura del Estado que una cultura de derecho”.⁵³ Por otro lado el profesor Guy Carcassonne ha afirmado: “...*L'individu est responsable mais la fonction est protégée. Aussi longtemps que le premier exerce la seconde, il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées, donc par personne d'autre. Dès la fin des fonctions, tout juge peut reprendre des poursuites suspendues dans l'intervalle. Bref, impunité non, immunité oui, qu'exigent ensemble la Constitution, la séparation des pouvoirs et la tradition républicaine*”.⁵⁴ Niega pues, que exista una impunidad del presidente de la República, puesto que existe la posibilidad de ser llevado ante los tribunales al final de su mandato, y los juicios podrán reanudarse. Fundamenta igualmente la inmunidad del jefe de Estado en tres pilares: la Constitución, la separación de poderes y la tradición republicana. De esta manera el principio de igualdad de todos ante la ley se ve superado por el principio de separación de poderes.⁵⁵

⁵³ TOURNIER, Vincent, “Jacques Chirac témoin? La leçon américaine”, en *Le Monde*, 5 de abril de 2001.

⁵⁴ Citado por FAVOREU, Louis, “De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, p. 9.

⁵⁵ De la misma manera George VEDEL: “Il explique qu'il faut 'protéger la fonction' dans un système constitutionnel où le Président de la République joue un rôle essentiel, 'toute

El profesor Louis Favoreu va más allá, afirma que en la discusión sobre la irresponsabilidad del presidente Chirac: "El acento ha sido puesto falsamente sobre el principio de igualdad ante la justicia sin querer reconocer que no hay ruptura del principio de igualdad, teniendo en cuenta la situación específica del jefe de Estado y la necesidad de proteger su función contra los ataques que se le puedan realizar".⁵⁶ Favoreu reconoce que la protección de la función presidencial es protegida en contra de ataques que se le pudieran hacer, se le otorga una inmunidad provisional o privilegio de jurisdicción por razón de Estado: el principio de igualdad se ve superado no por el principio de división de poderes, sino por la necesidad de preservar la institución presidencial. En otro momento y en el mismo sentido afirma: "...il ne s'agissait que d'une situation temporaire et qu'elle s'expliquait et se justifiait par la nécessité de préserver la fonction présidentielle au-delà de son titulaire actuel".⁵⁷

En Francia no se protege al Presidente por los actos que cometa en nombre de la razón de Estado, se protege a la institución presidencial *per se*, como personificación del Estado. Se pretende proteger a la República de cualquier ataque que se le haga por conducto del jefe de Estado, y que pueda por tanto repercutir en la estabilidad del Estado, en sus instituciones y en el pueblo francés. Como consecuencia directa de esta excesiva protección al ejecutivo, el jefe de Estado podría desarrollar todo tipo de actividades ilícitas en beneficio particular, sin ser responsable ante las autoridades jurisdiccionales ordinarias. Las circunstancias políticas existentes que impiden llevar al presidente francés ante la Alta Corte de Justicia también colaboran con este tributo a la razón de Estado: una mayoría en el Senado o en la Asamblea Nacional del partido del presidente frenará cualquier iniciativa.

El origen de la sacralización del jefe de Estado, de acuerdo con Tourmier, se encuentra en la misma Revolución Francesa: los elegidos

appréciation de ses actes doit être politique'. Cela implique... que tous les crimes et délits, même non liés à l'exercice de ses fonctions qui pourraient être reprochés à un Président de la République, relèvent d'une 'justice politique'." Citado por FAVOREU, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶ "L'accent a été faussement mis sur le principe d'égalité devant la justice sans vouloir reconnaître qu'il n'y avait pas rupture du principe d'égalité compte tenu la situation spécifique du chef de l'État et de la nécessité de protéger sa fonction contre les atteintes qui pourraient lui être portées", *op. cit.*, p. 11.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 19.

eran investidos de una misión cuasi mística, ellos encarnaban la voluntad general y ningún poder o norma podía serles superior.⁵⁸ Así, el presidente francés encarna al propio Estado francés. Parecería cierto entonces el argumento que desde el Elíseo sostienen fuentes de la presidencia: "A los franceses no les gusta que se ataque a su presidente". Sin embargo un sondeo realizado por el diario *Le Parisien* lo contradice: un 64% considera correcta la citación del juez Halpen a Chirac, y un 59% desaprueba la actitud de Chirac respecto del asunto de la alcaldía de París. No podemos ocultar un dato: la razón de Estado se encuentra como trasfondo de los comentarios de Carcassonne y Favoreu, la protección de la función presidencial tiene como objeto la estabilidad del Estado y las instituciones públicas, no importa si en el poder se encuentra un criminal, siempre y cuando se preserve y proteja al Estado.

La Constitución francesa debe adaptarse, por lo tanto, a las nuevas exigencias de la justicia internacional, y deberá considerar a los delitos de lesa humanidad entre aquellos que deben ser juzgados, ya por la Alta Corte de Justicia, ya reconociendo la competencia de la Corte Penal Internacional, excluyendo dichos delitos de todo tipo de inmunidad. Los derechos humanos y el legítimo derecho de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas a su existencia constituyen principios superiores a la estabilidad política de cualquier institución o régimen.

2. La irresponsabilidad como tributo a la razón de Estado

El estatus especial que se le otorga a la responsabilidad del jefe de Estado constituye, como concluíamos en el apartado anterior, un tributo a la razón de Estado. Un tributo a la razón de Estado que prefiere la estabilidad del Estado y de las instituciones públicas antes que juzgar al individuo que lo representa y las encabeza. A la razón de Estado que defiende el mal menor de la ilegalidad excepcional para evitarle males mayores al Estado.

Si aceptáramos, como afirmara Madison, que en un gobierno republicano la autoridad legislativa predomina necesariamente, y que la actuación del ejecutivo bífido en un gobierno parlamentario se

⁵⁸ *Idem, supra* 53.

encuentra supervisada constantemente por el legislativo: ¿por qué esa protección excesiva al jefe de Estado?, ¿por qué preservar la función presidencial a toda costa si es en la Asamblea donde se encuentra representado el pueblo y no en el ejecutivo? La respuesta también nos lleva a la razón de Estado, pues es el ejecutivo el órgano tradicionalmente encargado de aplicar los mecanismos de la razón de Estado. Se le protege porque él puede en un momento determinado delinquir por razones superiores y justificadas: el Estado. Se le otorga el poder de decisión para aplicar la razón de Estado, pensando en la necesidad de efectuar acciones eficaces, rápidas e inminentes que no pueden seguir los cauces lentos e interminables de la discusión parlamentaria.

Por otro lado, la aplicación de la razón de Estado atenta claramente en contra de la división de poderes; asume decisiones y facultades que corresponden al legislativo y judicial, pues no requiere ley previa o autorización judicial que le faculte para, digamos, desde intervenir llamadas telefónicas o provocar la misteriosa desaparición o muerte de un “enemigo” del Estado. De acuerdo con la célebre frase de Madison: “*The accumulation of all powers, legislative, executive and judiciary in the same hands, wheter of one, a few, or many, and wheter hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny*”,⁵⁹ debemos aceptar que la aplicación de la razón de Estado es la acumulación de todos los poderes en una sola persona y por lo tanto el jefe de Estado se convertiría en un tirano si actúa en razón de Estado.

Desafortunadamente esta actuación por razones superiores son aceptadas por los hombres del Estado como parte de sus obligaciones políticas. Las conductas delictivas de los gobernantes hechas “por razones superiores” en nombre de la República, el Imperio, el Reino, o el bien común, han sido aceptadas como parte de su actuación política habitual. Transcribimos al efecto las palabras de Mikhail Bakunin, que a pesar de su extensión no tienen desperdicio: “...en la vida pública, desde el punto de vista del patriotismo, todo esto (ultrajar, oprimir, despojar, saquear, asesinar o esclavizar) se transforma en un deber y en virtud cuando se hace para mayor gloria del Estado, para la conservación o extensión de su poderío... Esto expli-

⁵⁹ MADISON, James, *The Federalist*, núm. 47.

ca por qué la historia entera de los estados antiguos y modernos es una mera secuencia de crímenes oprobiosos; explica también por qué los reyes y los ministros, del pasado y del presente, de todas las épocas y de todos los países —estadistas, diplomáticos, burócratas y guerreros—, si se les juzga desde el punto de vista de la simple moralidad y de la justicia humana, se han ganado cien veces o mil veces de sobra la condena a trabajos forzados o a galeras. No hay ningún acto de horror o de crueldad, ningún sacrilegio, ningún perjurio, ninguna impostura, ninguna transacción infamante, ningún robo que sea fruto del cinismo, ningún expolio descarado ni ninguna traición ruin que no hayan sido perpetrados diariamente por los representantes de los Estados, bajo el mero pretexto de estas palabras elásticas, tan dictadas por la conveniencia y, sin embargo, tan terribles: ‘por razones de Estado’.”⁶⁰ Debido a que estas actuaciones están fuera del entendimiento de los hombres no políticos, de aquellos cuyo fin último de actuación no es el Estado, es que la responsabilidad derivada de dichos actos no puede ser juzgada por tales individuos, como los jueces, que serían incapaces de comprender los sacrificios que en nombre del Estado, de la seguridad nacional, debe de realizar el ejecutivo. La responsabilidad del hombre de Estado que ha infringido la ley por razones superiores debe ser discutida y juzgada por sus pares, por aquellos sujetos de naturaleza política que conocen los sacrificios que pueden realizarse y los justifican. Así el Parlamento juzgará los delitos que cometan los jefes de Estado en el ejercicio de su cargo y no solamente su responsabilidad política.

Considerando que es el Ejecutivo quien aplica la razón de Estado habitualmente y que ésta debe ser juzgada por el Parlamento y no por los jueces, es que su responsabilidad penal se politiza y se crean instrumentos políticos que consolidan su irresponsabilidad política y penal ante la justicia ordinaria, que sólo podrán juzgar al individuo hasta que la investidura y los atributos del jefe de Estado lo hayan abandonado.

La necesidad de conciliar la razón de Estado con los principios de los Estados democráticos y sociales de derecho se ha hecho patente al reconocer que la legitimación de un Estado se encuentra en la

⁶⁰ Citado por CHOMSKY, Noam, *Por razones de Estado*, p. 7.

defensa y garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y si me apuran, de todo individuo: "Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de la libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros".⁶¹ En este mismo sentido Fernández García afirma: "El Estado de Derecho es un Estado protector de los derechos de los ciudadanos y la garantía de esos derechos fundamentales funciona como principio legitimador justificación del propio Estado. Por tanto, a partir de ahora la razón de Estado debe convivir con las razones de un Estado de Derecho".⁶² ¿Es posible conciliar razón de Estado con Estado de Derecho, seguridad nacional con derechos humanos, interés general con interés individual, bien común con el derecho de un solo individuo? Aún no hay respuestas claras ni absolutas, pero es evidente que la actuación por razón de Estado debe adaptarse a las nuevas circunstancias históricas, por mucho que nos parezca que la actuación política contemporánea sigue al pie de la letra los principios que Maquiavelo recomendaba hace siglos.

V. REFLEXIONES FINALES

Se ha tendido a aceptar que el individuo que preste un gran servicio al Estado, cuyos actos hayan contribuido a la seguridad nacional y al bien común, merece una gran recompensa, honores o privilegios. En fin, que un gran hombre, político o estadista, general o caudillo, funcionario del Estado o luchador social, si ha actuado en beneficio del interés público, del bien común, de la felicidad y seguridad de sus conciudadanos, y en su alta labor haya cometido un delito, debe ser exculpado, los medios serán excusados ante estos fines supremos. El servicio al Estado exime de la pena al criminal, ahora héroe o ciudadano ejemplar. Se equivocan quienes piensan así. La defensa del *Estado como fin* último de la comunidad política olvida que el *Estado es sólo un medio* del cual se vale la comunidad política para establecer y buscar sus fines. Que estos fines se persiguen a través de unas

⁶¹ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, p. 17.

⁶² FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho*, p. 31.

leyes que permiten a los gobernados buscarlos individual y colectivamente. La actuación política que no esté ligada a la legalidad debe ser castigada. La ley da habitualmente los medios para actuar en casos de necesidad y éste es el único medio que se puede seguir.

La práctica política, sin embargo, sigue considerando esencial la aplicación de la razón de Estado. Ante esto, la comunidad internacional responde por la vía de la legalidad, y busca poner fin a la posible pretensión de asimilar el genocidio y el crimen contra la humanidad con seguridad nacional y razón de Estado. El Estado no puede asesinar sistemáticamente clamando su seguridad o fines superiores, en caso de que estas prácticas se den, los gobernantes y todo responsable deben ser juzgados.

Hablar de instrumentos lícitos e ilícitos de la razón de Estado, de buena y mala razón de Estado, podría parecer contradictorio, sin embargo debemos aceptar que entre el espionaje telefónico por razones de seguridad nacional y el homicidio de Estado, que incluso entre una ilegal prolongación del periodo de detención de un individuo y la desaparición, preferimos y aceptamos éticamente las primeras opciones con mayor facilidad. Se ha aceptado que un Estado deberá en ocasiones violentar el orden y los principios que defiende, los derechos fundamentales entre ellos, para garantizar su existencia, violentar los derechos algunos para asegurar el goce que de los derechos y libertades de la comunidad, sacrificar el interés individual en beneficio del interés de la comunidad. La excepción y la ruptura de los principios generales de justicia son aceptadas por las voces más diversas. Así Rawls no termina de afirmar la inviolabilidad del individuo aún en beneficio de la sociedad en conjunto, cuando a renglón seguido sentencia: "...una injusticia es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor".⁶³ Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha emitido alguna vez resoluciones que podemos interpretar inequívocamente en ese sentido: "La detención continuada puede ser justificada en un dado caso sólo si hay indicación específica de un genuino interés público, el cual, sin infravalorar la presunción de inocencia, sopesa el principio de respeto de la libertad individual".⁶⁴ Estamos de acuerdo, pero en estos

⁶³ RAWLS, John, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴ Scott vs. España. Sentencia del TEDH del 16 de diciembre de 1996.

casos debe ser la ley la que prevea los supuestos en los cuales la seguridad nacional o el genuino interés público puede imponerse a los derechos fundamentales, la suspensión de garantías y la expropiación son ejemplos de casos vigentes.

La vía de la legalidad debe justificar la razón de Estado, que perderá entonces su halo de turbiedad. Un Estado que no se proteja a sí mismo y permita actividades que ataquen la paz y seguridad pública y el orden jurídico, político y social que debe proteger es tan endeble como peligroso aquél que hace de la razón de Estado una práctica habitual.

La razón de Estado debe ser ahora una razón de Estado moderna, ajena a las intrigas palaciegas del *Príncipe* y cercana a los cauces democráticos y los derechos humanos. No es posible identificar a la razón de Estado con el crimen de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad: a ningún Estado o grupo le está permitido, clamando su propia seguridad, aniquilar sistemáticamente a población civil o grupos étnicos, lingüísticos, religiosos o nacionales que sólo buscan reconocimiento y garantizar su existencia. Ningún Estado puede pretender que la razón de Estado que le permite garantizar los derechos de sus gobernados pase por sacrificar y negar los derechos más fundamentales a otros grupos humanos: "Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia".⁶⁵

La irresponsabilidad penal de los jefes de Estado, y la impunidad, inmunidad o privilegios jurisdiccionales que se les otorgan, están pensados ya no como mecanismos de división de funciones del poder, sino como atributos para un ejercicio eficaz de la función pública, en la cual se encuentra la razón de Estado. Sin embargo, la irresponsabilidad penal se contradice con una aplicación de la razón de Estado en un moderno Estado democrático de derecho y con los principios y anhelos de justicia universal. Su irresponsabilidad penal y las inmunidades y privilegios deben tener como única finalidad la protección

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 36.

de la función pública, y no el alcanzar una impunidad absoluta, ni la evasión de la justicia por la comisión de delitos o crímenes que pretenden justificarse bajo la razón de Estado.

Los Estados deben crear disposiciones de carácter penal y reformar sus ordenamientos jurídicos internos, incluso la propia Constitución, para adherirse al Estatuto de la Corte Penal Internacional y acabar con la impunidad de gobernantes asesinos. Ningún crimen de lesa humanidad debe ser permitido bajo ningún pretexto o justificación jurídica o política: el responsable deberá ser juzgado y castigado por los tribunales nacionales, y en su ausencia, por la justicia internacional. Confiamos en que las contradicciones entre las constituciones y el Estatuto constituirán a la larga meras formalidades que se podrían ver subsanadas con la consecución de los fines perseguidos.

TRADICIÓN HISPANOAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

DOS JUECES Y UN LITIGANTE DEFENDIENDO LOS DERECHOS DE LOS INDIOS

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunos aspectos de la administración de justicia en la Nueva España*. III. *Vasco de Quiroga, defensor y promotor de derechos*. 1. *Como oidor, defensor de los derechos de los indios*. A. *Su experiencia española*. B. *La Audiencia de México*. C. *Don Vasco haciendo justicia a los indios*. 2. *Quiroga, promotor de derechos*. IV. *Las Casas: jurista y abogado litigante*. 1. *La confianza de la Corona al jurista reformador*. 2. *Algunas notas sobre Las Casas, abogado litigante*. 3. *El obispo Las Casas hace uso del derecho*. A. *El obispado de Chiapa para fray Bartolomé de las Casas*. B. *El obispo de Chiapa en la Audiencia de Confines: la justicia de la viuda*. 4. *Sobre la defensa de Francisco Tenamaztle*. 5. *Las Casas, usuario del derecho*. V. *Alonso de Zorita: oidor que sabe escuchar la voz del indio*. 1. *Zorita: un oidor lascasiano en México*. 2. *Un proyecto de paz para la Gran Chichimeca*. 3. *Oidor que oye la voz de otro*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo hace referencia a prácticas concretas de defensa de los derechos humanos. Habla de prácticas judiciales, esto es, relativas a administración de justicia, de dos jueces, y de un litigante; prácticas que tienen que ver con los derechos humanos, en la Nueva España, *desde y ante* la judicatura.

Aunque esta breve colección de prácticas es sólo un muestrario, los protagonistas son grandes iniciadores de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, tanto con sus acciones prácti-

cas como con sus reflexiones teóricas. Después de hacer una descripción de la administración de justicia en la Nueva España, hablaremos de la práctica del oidor Vasco de Quiroga como miembro de la Audiencia de México; enseguida describimos acciones de Bartolomé de las Casas como litigante *ante* distintas instancias judiciales en defensa de los derechos de los indios; terminamos refiriéndonos a otro practicante del derecho también *desde* la judicatura, se trata de las acciones del oidor de la Audiencia de México, Alonso de Zorita.

La presentación de estas prácticas de defensa de los derechos humanos, *desde* y *ante* la judicatura, en la Nueva España, tiene la intención de mostrar acciones que son consecuencia de la postura de proclamación de los derechos de los pobres —o empobrecidos— en general y de los indios en especial como parte de este grupo mayoritario. Son prácticas consecuentes con la teoría que se expone de defensa de los derechos de los indios; existe coherencia entre el dicho y el hecho, entre lo que se predica y lo que se hace. Son prácticas inscritas en la tradición hispanoamericana de los derechos humanos.

De acuerdo con lo que hemos expuesto en otros lugares, los presupuestos teóricos de esa nuestra tradición hispanoamericana de los derechos humanos, son: primero: parte del pobre, del oprimido, es decir de aquel que padece la injusticia porque ha sido negado en sus derechos; segundo: concibe al ser humano tanto en su aspecto individual como en sus lazos sociales, esto es personal y comunitariamente; y tercero: entiende que entre los derechos de unas personas y otras, existe la mediación de la justicia; que la factibilidad de los derechos sólo es posible con la justicia. Veamos, entonces, esas prácticas.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA NUEVA ESPAÑA

La fuente originaria de toda administración de justicia es el rey; por encima de cualquier tribunal estaba el rey. Aunque ya no se avocaba a ninguna causa procesal, toda justicia, tanto la ordinaria como la especial, era justicia real; “la Justicia era la función por excelencia

del monarca y, en consecuencia, el fin principal de la monarquía; gobernar era ante todo hacer justicia”,¹ dice Jaime del Arenal.

En la Nueva España hubo dos tipos de tribunales: ordinarios y especiales. Existían tres niveles en los tribunales ordinarios: supremo, el Real y Supremo Consejo de Indias; superiores, las Reales Audiencias; y de primera instancia, alcaldes ordinarios, alcaldes mayores y corregidores.

El Consejo Real y Supremo de Indias era una autoridad con amplias facultades administrativas, pero fundamentalmente era una autoridad de carácter judicial. Conocía de ciertos asuntos en única instancia, como el *interdicto de tenuta* que tenía que ver con los mayorazgos;² de otros negocios conocía como tribunal de segunda instancia, como los asuntos que eran resueltos por las Audiencias indianas y eran apelados; su jurisdicción era tanto civil como penal. Conocía, además, de dos juicios especiales; las *residencias* a los virreyes, oidores y, en general, a los altos funcionarios de Indias, y de las *visitas*. Ambos eran juicios de responsabilidad a funcionarios públicos. El *juicio de residencia* era la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo, “llamado así porque durante él se asignaba el funcionario *residenciado* un lugar donde debía permanecer ... se publicaban pregones convocando a todos aquellos que tuvieron algún agravio que el funcionario encausado les hubiera hecho”;³ una vez integrado el expediente el juez de *residencia* resolvía. La *visita* consistía en una especie de inspección a un cuerpo de funcionarios.

En la Nueva España existieron tres reales Audiencias: la de México, la de Nueva Galicia —primero con sede en Compostela y después en Guadalajara— y la de Guatemala (originalmente de Los Confines) —primero establecida en Gracias a Dios—. Las Audiencias de Indias están inspiradas en las Reales Audiencias y Chancillerías de

¹ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “Instituciones judiciales de la Nueva España”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 22, Escuela Libre de Derecho, México, 1998, p. 20.

² El mayorazgo era un modo de transmitir los bienes por causa de muerte. Su objeto era conservar, de generación en generación, un conjunto de bienes vinculados que habían pertenecido al fundador del mayorazgo. Cfr. SALA, Juan, *Sala Hispano-Mejicano o Ilustración del derecho Español*, t. I, Librería de A. U. Salva, París, 1844, pp. 201 y sigs.

³ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, t. I, Porrúa, México, 1984, p. 302.

España, sin embargo, con facultades mucho más amplias que las Audiencias peninsulares. La función que tienen encomendada como propia es la judicial, pero gozan también de amplias facultades administrativas o de gobierno; según Ots “en la realidad de la vida política y administrativa colonial fueron las Audiencias los organismos más importantes y calificados del Estado español en América”.⁴

En materia judicial conocieron de las apelaciones de las sentencias emitidas por los alcaldes mayores, los corregidores y los gobernadores de su distrito. En materia penal conocieron en primera instancia de los llamados “casos de corte”, ocurridos en todos sus distritos;⁵ se trata de delitos graves como homicidio, violación, asalto en caminos, etcétera.

Entre las más importantes funciones de las Audiencias indianas, distintas de las españolas de la Península, tenemos: conocer de los juicios de residencia formados contra funcionarios que no fueron virreyes, gobernador, ni oidores; nombrar jueces pesquisadores en cosas graves; conceder ejecutores en caso de que las justicias locales fueran remisas en cumplir con su deber; *cuidar de la instrucción y buen tratamiento corporal y espiritual de los indios, de oficio y no sólo a pedimento de parte*; conocer de causas relativas a diezmos, Real Patronato, retención de bulas y usurpación de jurisdicción real; revisar y aprobar las ordenanzas que se dieron las poblaciones; dar las “leyes” que considerasen necesarias para el buen gobierno de la tierra; y conocer de las apelaciones que se interpusieron contra actos de los virreyes, oyendo judicialmente a los interesados y confirmando, revocando o modificando sus autos y decretos.⁶

La justicia de primera instancia en la Nueva España está formada por los alcaldes mayores, los corregidores y los alcaldes ordinarios.

Dice Jaime del Arenal que los “corregimientos y alcaldías mayores fueron responsables —junto con los gobernadores— del llamado gobierno provincial o local y constituyeron en el reino de la Nueva España una autoridad intermedia entre el cabildo de las ciudades y la del gobierno general del reino en manos del virrey-gobernador”.⁷

⁴ OTS Y CAPDEQUI José Ma., *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1969, p. 128.

⁵ Cfr. DEL ARENAL, *op. cit.*, p. 24.

⁶ Cfr. ESQUIVEL, *op. cit.*, pp. 387 y sigs.

⁷ DEL ARENAL, *op. cit.*, p. 30.

Constituyendo, así, “la más importante pieza del gobierno territorial de la Nueva España por espacio de más de 250 años”.⁸ Alcaldes mayores y corregidores fueron responsables de gobierno y de hacienda y encargados de la justicia ordinaria de primera instancia, así como de las revisiones de los litigios sometidos al conocimiento de los alcaldes ordinarios.

¿Qué diferencia existe entre corregidor y alcalde mayor? Son “magistraturas difíciles de entender y más de diferenciar entre sí”,⁹ dice Del Arenal. Las funciones que tuvieron unos y otros fueron muy similares; su distinción no es muy clara, al grado que muchos historiadores los identifican.

En la base de la compleja administración de justicia de la Nueva España, estaban los jueces capitulares o municipales, tanto de los pueblos de indios como de españoles, son los llamados “alcaldes ordinarios” de los cabildos municipales de las ciudades españolas y alcaldes y gobernadores de los pueblos de indios; también se consideran a los alcaldes “de aguas” y los de “la santa hermandad”.¹⁰

Los alcaldes ordinarios tenían, como función principal, el ejercicio en primera instancia de la administración de justicia, tanto en el orden civil como en el penal. Ejercen, como dice Ricardo Zorraquín, “la justicia lugareña, concedora de las personas y de las costumbres, que se adaptaba a la convivencia y a las necesidades locales”.¹¹ En caso de que sus resoluciones fueren apeladas, conocían del recurso los Alcaldes Mayores o las Audiencias en su caso. También los alcaldes ordinarios, en donde no se hubieren nombrado “alcaldes de la Santa Hermandad”, estaban facultados para conocer sus casos,¹² es decir, violencia o heridas en despoblado con fuga del autor del delito, allanamiento de morada, violación y resistencia a la justicia.

⁸ *Idem, supra.*

⁹ *Idem, supra.*

¹⁰ Cfr. DEL ARENAL, *op. cit.*, p. 32.

¹¹ Citado por DEL ARENAL, *op. cit.*, p. 32.

¹² La *Hermandad* es una institución española trasplantada a la Nueva España, cuyo origen remoto es una confederación de municipios que tenía fines de policía y seguridad. Las Cortes de Madrigal de 1476 propusieron una Hermandad General y se dieron para su constitución las correspondientes ordenanzas. Tenía funciones de policía y juez, con un procedimiento sumario riguroso.

Además de los tribunales de justicia ordinaria arriba reseñados, existían en la Nueva España varios tribunales especiales. Motiva la existencia de las jurisdicciones especiales la herencia medieval castellana y la situación especial de la Nueva España. Esas jurisdicciones privilegian grupos de gente, unas y otras se dan por especialización de la materia.

Los tribunales especiales fueron los siguientes: el Consulado de México, que conocía de la materia mercantil; tribunales eclesiásticos, para dirimir asuntos del clero; Juzgado General de Indios, que conocía especialmente de las controversias y problemas de los indios; Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que tenía jurisdicción referente a los delitos contra la fe; la Mesta, con relación a cuestiones relativas a ganado; tribunales militares, que juzgan a aquellos que se dedican a la milicia; Tribunal de Minería, trata de los asuntos de esta materia; Tribunal Universitario, para miembros de la comunidad universitaria; Tribunal de la Real Hacienda o de Cuentas, que conocía de cuestiones fiscales; el Protomedicato, que tenía jurisdicción privativa con relación a delitos que se cometen contra la salud, vigila el ejercicio profesional de los médicos, cirujanos, boticarios y parteras y tiene jurisdicción en todos los problemas de salubridad pública; y Tribunal de la Acordada, a principios del siglo XVIII sustituye a la Hermandad, que tenía como misión la persecución de los delitos graves en despoblado y la imposición de las penas correspondientes.¹³

Con lo anterior tenemos un panorama general de la administración de justicia novohispana, en cuanto a la jurisdicción de sus tribunales. Esto nos permitirá entender mejor las prácticas de defensa de los derechos humanos, desde y ante la judicatura, que pretendemos analizar en este trabajo. En el momento oportuno, si es necesario, se ampliará la información en relación con la institución involucrada.

III. VASCO DE QUIROGA, DEFENSOR Y PROMOTOR DE DERECHOS

Sin duda alguna, una de las grandes figuras del siglo XVI mexicano fue don Vasco de Quiroga. Forjador, como jurista, oidor, evangeliza-

¹³ Cfr. DEL ARENAL, *op. cit.*, pp. 34-41; y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

dor y obispo, de nuestra tradición hispanoamericana de los derechos humanos, por la promoción y defensa de los derechos de los indios. Como promotor de sus derechos al formar las repúblicas de indios, sus *pueblos-hospitales*, para que pudieran vivir con pleno respeto de su dignidad, teniendo un desarrollo integral como personas y comunidades, y al mismo tiempo pudieran vivir su fe cristiana en la esperanza y la caridad mutua y hacia los demás; y como defensor de los derechos, porque hizo "uso del derecho en la defensa del indio".¹⁴

Vasco de Quiroga nació probablemente en 1470 en la villa de Madrigal de la provincia de Ávila, en donde fue bautizado en la iglesia de San Nicolás. Pertenecía a una familia de origen gallego; sus padres fueron Vasco Vázquez de Quiroga y María Alonso de la Cárcel. Recibió la licenciatura en cánones en la Universidad de Valladolid o en Salamanca.¹⁵

1. Como oidor, defensor de los derechos de los indios

A. Su experiencia española

Vasco de Quiroga llegó a la Nueva España, en concreto a las playas de Veracruz, el 30 de diciembre de 1530, y entra en la Ciudad de México el 9 de enero de 1531, en su calidad de oidor de la llamada "Segunda Audiencia" de México. Trae además, de "tal vez unos centenares de libros",¹⁶ una gran experiencia de servicio a grupos humanos minoritarios "destrozados por la guerra, que trataban desesperadamente de adaptarse, para poder sobrevivir, a las costumbres, idioma y religión de los vencedores";¹⁷ son moros y judíos que siguen siendo perseguidos y hostigados, a los que el jurista de Quiroga se dedica.

En 1525 tenemos a Vasco de Quiroga como juez de residencia del corregidor de la ciudad de Orán, licenciado Paéz de Ribera, acusado de haber despojado, tanto a moros y judíos como a cristianos, de una

¹⁴ HURTADO, Juan Manuel, *Don Vasco de Quiroga. Una visión histórica, teológica y pastoral*, Ed. Dabar, México, 1999, p. 125.

¹⁵ AGUAYO SPENCER, Rafael, *Don Vasco de Quiroga. Pensamiento jurídico*, en el "Estudio preliminar", edición y notas de José Luis Soberanes, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, pp. 21 y 22.

¹⁶ *Idem, supra*, p. 28.

¹⁷ *Idem, supra*, p. 22.

gran cantidad de dinero. En 1526, en compañía de Pedro Godoy, en labores diplomáticas que se le encomendaron, concertó un tratado de paz con Abdula, rey de Tremecen, estado morisco fronterizo de Orán, el cual se firmó el 12 de agosto de 1526 en el monasterio de Santo Domingo el Real de Orán y fue refrendado por el rey de España el 9 de septiembre de ese año. “Warren cree ver la mano de don Vasco en determinadas cláusulas del documento que acusan un gran sentido de humanidad, equidad y justicia”.¹⁸

La Real Audiencia y Chancillería de Granada se estableció el 8 de febrero de 1505. En ella prestó sus servicios durante varios años Vasco de Quiroga, y según Aguayo Spencer ese trabajo debió dejar “profunda e imborrable influencia ... en el futuro oidor de la Nueva España”.¹⁹ De acuerdo con las capacidades para la rendición de Granada —1492—, los moros vencidos que no quisieran o no pudieran abandonar el territorio, que eran la mayoría, tenían derecho de conservar religión, lengua, costumbres y haberes. El arzobispo de Granada, fray Hernando de Talavera, se entregó a su grey, y con métodos pacíficos y llenos de humildad, en pleno respeto de la libertad de los musulmanes, les predicó el Evangelio y buscó su conversión. Sin embargo, el futuro administrador del reino, fray Francisco Jiménez de Cisneros, cardenal y arzobispo de Toledo, llega un día a Granada con facultades de entrometerse en los asuntos de la diócesis de Talavera y por fuerza quiso cristianizar, y aquel que se opuso fue reprimido. Vasco de Quiroga vivió, como funcionario de justicia, el conflicto en Granada; sobre su modo de entender el cristianismo influye el *alfaquí santo* —como le llamaba los sarracenos a Talavera—, y no el despiadado Jiménez de Cisneros. De tal modo que los “rasgos generales de su carácter” y las “líneas generales de su idiosincrasia” del nuevo oidor don Vasco, eran los siguientes, según nos los dice Aguayo Spencer:

una racional convicción de que los hombres pueden superar en la convivencia las diferencias de credo, raza y lengua; un innato sentimiento de piedad —propio de seres muy varoniles— hacia los desvalidos; una instintiva capacidad inagotable de misericordia y una congénita aversión irremisible con-

¹⁸ *Idem, supra*, p. 23.

¹⁹ *Idem, supra*.

tra los avaros y ambiciosos que se revela como una constante de sus obras y escritos.²⁰

B. La Audiencia de México

El primer gobierno novohispano lo ejerció el conquistador Hernán Cortés, con los cargos de gobernador, capitán general y justicia mayor de la Nueva España, funciones que le fueron otorgadas primero por el Ayuntamiento del municipio de la Villa Rica de la Veracruz y confirmados por los otros primeros ayuntamientos novohispanos. Esos nombramientos fueron ratificados por el rey Carlos I, según real cédula del 15 de octubre de 1522 firmada en Valladolid.²¹

Debido al aumento de la importancia de la Nueva España, a su crecimiento y a la enorme complejidad de sus problemas, es que la Corona decidió establecer un órgano de gobierno colegiado y estable, que tuviera primordialmente funciones judiciales y asumiera también funciones de tipo administrativo, por lo que por cédula fechada en Burgos a 13 de diciembre de 1527 establece la Primera Audiencia en México.

La llamada *Primera Audiencia* comenzó a funcionar un año después de su erección, en diciembre de 1528. Además de las facultades judiciales estaba ya investida de facultades de gobierno. La Audiencia se componía de cinco miembros; fue presidida por el conquistador y gobernador del Pánuco Nuño Beltrán de Guzmán. El resto de los oidores eran el licenciado Juan Ortiz de Matienzo, que había sido oidor en Santo Domingo y Diego Delgadillo; y Alonso de Parada y Francisco Maldonado, que murieron antes de ocupar el cargo. La Audiencia funcionó sólo con tres oidores ya que estaba facultada para ello por la cédula que la funda. Estos individuos, a quienes se les encargó el gobierno y la administración de justicia de la Nueva España, no eran “hombres de gobierno” dice Ezequiel A. Chávez, sino “ambiciosos sin escrúpulos ni conciencia”.²² Bravo Ugarte agrega que los oidores “se dedicaron a enriquecerse, despojando a Cortés y

²⁰ *Idem, supra*, p. 28.

²¹ *Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, op. cit.*, p. 238.

²² CHÁVEZ, Ezequiel A., *Apuntes sobre la Colonia. Obras completas*, t. II, Ed. Jus y El Colegio Nacional, México, 1844, p. 32.

a sus capitanes y soldados y extorsionando a los indios, de los que se señalaron 100,000 en encomienda, y a lo que pedían mantenimientos y ropas en tanta cantidad, que con lo que sobró pudieron hacer alhóndigas de maíz y ropa, que públicamente vendían”.²³

El nombramiento de la presidencia de la Audiencia en la persona de Nuño de Guzmán por parte de la Corona tuvo como razón única el hecho de que el emperador fue persuadido de que Guzmán era el único capaz de reprimir a Cortés y obligarlo a someterse al juicio de residencia.²⁴ Nuño de Guzmán era “rapaz, irascible y cruel”, que “hizo fuente de ingresos la venta de los indios de su provincia” del Pánuco. “Los resultados fueron cual correspondía a tales antecedentes, como puede verse en la historia de aquellos calamitosos tiempos”.²⁵

Cuando la Corona se percató de la desastrosa administración de la Audiencia presidida por Guzmán, procedió a su destitución “provocada fundamentalmente por la situación insostenible en que se encontraba la colonia, debido a la dureza de su política hacia las comunidades indígenas que había reducido drásticamente el número de indios amenazando la existencia de la dominación colonial”.²⁶

Los nuevos oidores fueron nombrados el 5 de abril de 1530. Por cédula de 12 de julio de 1530 se les dan las Instrucciones para su gobierno. Forman parte de este cuerpo colegiado Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo, con el cargo de presidente y los licenciados Vasco de Quiroga, Alonso Maldonado, Francisco Ceynos y Juan Salmerón. Comenzaron a gobernar a principios de enero de 1531.

Según las Instrucciones que se dieron para su gobierno debían continuar el juicio de residencia a Hernán Cortés y debían castigar y exigir responsabilidad a los miembros de la llamada Primera Audiencia, “devolviendo a los indios las tierras que se les hubiere quitado por aquellos funcionarios”.²⁷

²³ BRAVO UGARTE, José, *Historia de México*, t. II, *La Nueva España*, Ed. Jus, México, 1970, p. 102.

²⁴ Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, pp. 373 y 374.

²⁵ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, p. 374.

²⁶ RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Gobierno del Estado de Michoacán y El Colegio de Michoacán, México, 1991, p. 31.

²⁷ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, p. 382.

El gobierno de la Segunda Audiencia termina el 15 de octubre de 1535, con la asunción al poder del primer virrey Antonio de Mendoza. Dice Ezequiel A. Chávez que el gobierno de estos oidores se caracteriza por su “extraordinaria cordura”.²⁸

El juicio sobre el gobierno de la Segunda Audiencia que nos proporciona Ethelia Ruiz es el siguiente:

Visto en su conjunto, el periodo administrativo de la segunda Audiencia reflejó la clara determinación de la Corona por ejercer su autoridad en el cada vez más importante dominio novohispano. Para ello nombró una Audiencia fiel a sus instrucciones y con la cual estableció una regulación legal sobre cuestiones importantes como la implantación de la jurisdicción real sobre indios y españoles. Así, la segunda Audiencia procuró disminuir el poder de los encomenderos mediante la creación del corregimiento y ensayó formulas para controlar el flujo tributario, mediante la tasación de los tributos, de acuerdo a los criterios que la Corona determinó. Estos criterios eran los de considerar la posibilidad que los indios tenían para pagar ese tributo, sin que ello les significara una carga excesiva y garantizar, al mismo tiempo, el sustento de los colonos y el aumento de la Hacienda Real. La importancia de la segunda Audiencia radicó en que, pese a su carácter transitorio, fue uno de los gobiernos más notables por su eficacia y correspondencia con el proyecto de la Corona de ese momento.²⁹

El buen gobierno de estos oidores había logrado que los encomenderos estuvieran en “relativa quietud” garantizándoles la paz y la seguridad de la Nueva España “a pesar de que la Audiencia había quitado encomiendas a un buen número de españoles y que su política hacia los indios fue la de protegerlos en los abusos más notables y destructivos de los colonos”.³⁰

C. Don Vasco haciendo justicia a los indios

A partir del gobierno de la Segunda Audiencia, los indios acudieron ante ella haciendo valer sus derechos. Dice Ethelia Ruiz que la Audiencia “impulsó la atención de las causas de los indios: procuró

²⁸ CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 32.

²⁹ RUIZ MEDRANO, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

³⁰ *Idem, supra*, p. 32.

dedicar un día de su semana de trabajo a escuchar y resolver los asuntos presentados por aquellos, y buscó los mecanismos para que recibieran justicia en forma eficaz".³¹

Entre los impedimentos que tenían los indios para tener acceso al sistema de justicia, estaban lo costoso de los litigios y el desconocimiento de las nuevas formas de justicia impuesto por la dominación y cultura jurídica española. Algunos miembros de la Audiencia fueron sensibles e intentaron captar las características de la sociedad y la cultura indígena; a la cabeza de ellos Vasco de Quiroga. Este jurista comprendió que el orden y el bienestar de los indios dependía de "una adecuación del derecho castellano a la compleja realidad indígena",³² y con esta idea Vasco de Quiroga "abrevió el procedimiento en los juicios civiles relativos a los pleitos entre indios y españoles y, sobre todo, en las peticiones que se referían a libertades de esclavos".³³ Asunto este último que tanto preocupó a don Vasco y motivó que escribiera su *Información en derecho*. Con relación a la búsqueda de adecuar el derecho español a la realidad indígena, el oidor Quiroga fue comisionado para ello por la Audiencia y para llevar a cabo su labor se hizo asesorar de cuatro jueces indígenas.³⁴

El "contacto judicial", que pone a Quiroga en relación con seres humanos de todo tipo y condición, "empieza tal vez a perfilar su obra", dice Aguayo; ya que "se da cuenta de la miseria lacerante en que viven los indios que parecen haber quedado al margen de todo cuadro político-social y que muestran una casi irreprimible tendencia al aislamiento".³⁵ Lo que lo hace optar por sus derechos, *defendiéndolos* como juez, como oidor, y *promoviéndolos* al proyectar su propuesta de pueblos hospitales. "Algo notable en la vida de don Vasco es el uso del derecho —que manejaba con profundo dominio— en defensa del indio",³⁶ dice Juan Manuel Hurtado.

En su *Carta al Consejo de Indias*, el oidor Vasco de Quiroga narra una resolución de justicia, en defensa de los derechos de un grupo de indios, dictada por la Audiencia. Resulta que un teniente de capitán

³¹ *Idem, supra*, p. 38.

³² *Idem, supra*, p. 41.

³³ *Idem, supra*.

³⁴ Cfr. RUIZ MEDRANO, *op. cit.*, p. 41.

³⁵ AGUAYO SPENCER, *op. cit.*, p. 32.

³⁶ HURTADO, *op. cit.*, p. 130.

del Marqués —Hernán Cortés—, ante el levantamiento de un pueblo de indios al cual somete, contrariando la disposición de la propia Audiencia, los hace esclavos de guerra y los reparte. Se comisiona al propio oidor Quiroga a recoger esos indios y ponerlos en libertad. Quiroga narra así esta acción de la Audiencia, administrando justicia:

...el dicho theniente, entendiendo mal lo acordado e las instrucciones, repartió entre los que con él fueron, segúnd él a confesado, obra de dos myll yndios que tomó por fuerza, que se le hizieron fuertes en su peñol, de los quales todos los más se piensa que son niños e mujeres, de que acá avemos recibido no poco enojo e tenemos preso al dicho capitan y avemos reprehendido mucho al márques por que les dio la ynstrucción algo obscura, e hasta agora está acordado que yo vaya a recoger todos los que repartió que se pudieran aver, e saber lo que hizo e como lo hizo, e hacer lo que en ello se deva hazer con justicia.³⁷

a) En la *Información en derecho*, noticias sobre la administración de justicia

La obra jurídica más importante de don Vasco de Quiroga es su *Información en derecho*, que está fechada en México el 24 de julio de 1535. El título completo del documento es *Información en derecho del licenciado Quiroga sobre algunas provisiones del Real Consejo de Indias*. Sus objetivos son dejar sin efectos una provisión real que permitía la esclavitud de los indios e insistir en su remedio general para el "Nuevo Mundo": la creación de sus pueblos-hospitales.³⁸

Carlos Herrejón describe la personalidad de don Vasco expresada en esta obra, diciendo que "se muestra en la *Información* intensamente comprometido con su misión de oidor, jurista y abogado, promotor y apóstol, reformador y visionario".³⁹

Vasco de Quiroga nos da noticia sobre cómo se presentan los indios a la Audiencia pidiendo justicia.

³⁷ QUIROGA, Vasco DE, "Carta al Consejo de Indias" en AGUAYO SPENCER, *op. cit.*, Sección Documental, p. 78.

³⁸ Cfr. HERREJÓN PEREDO, Carlos, en la "Introducción" a *Información en derecho*, QUIROGA, Vasco DE, Secretaría de Educación Pública, Col. Cien de México, México, 1985, p. 9.

³⁹ *Idem, supra*, p. 10.

...con el auxilio y favor divino, iba ya cesando y la cosa se entendiendo y se desentiranizando, y la gente maceoal se animando y esforzando, y pidiendo su justicia y libertades (por sus libelos de pinturas)...⁴⁰

El oidor Quiroga le describe al Consejo de Indias cómo, poco a poco, los indios más pobres y sencillos —“la gente maceoal”— se van animando, atreviendo, a acercarse al máximo tribunal a solicitar justicia —“pidiendo su justicia y libertades”—. Agrega que esa solicitud de justicia la hacen los indios expresando sus demandas con pinturas —“por sus libelos de pinturas”—.

Las “pinturas” con las que se demandaba justicia son los *códices*, esto es, testimonios documentales relativos a diversos temas de los pueblos indios. Se trata de manuscritos con pictografías (representaciones estilizadas de dioses, personas, animales, astros y objetos varios), de carácter ideográfico, esto es con representaciones de ideas, con representación de sonidos, con indicación de números y signos calendáricos, con jeroglíficos y colores convencionales. Estos *códices* eran hechos por los *tlacuilos* que eran verdaderos maestros en este arte de la escritura. “El *tlacuilo* era un profesional de su oficio, conocía los secretos de su lengua, dominaba los sistemas de escritura tradicionales y era un maestro en el arte de la composición, del manejo del espacio y de la narrativa gráfica que aplicaba en cada tema”.⁴¹

Los contenidos de los *códices* ya en tiempo de la dominación española —poshispánicos—, describen las condiciones sociales “de sujeción y explotación de los pueblos indios”, explica Perla Valle, describiéndose el despojo sistemático de las tierras, el cobro exagerado de tributos, las diferentes formas de explotación del trabajo, entre otras vejaciones y violaciones de derechos.⁴² Esto era, en buena medida, lo que los indios demandaban a la Audiencia y que Quiroga nos narra, usando la escritura pictográfica como descripción de hechos y prueba legal; los *códices*, entonces, fueron aceptados “como

⁴⁰ QUIROGA, Vasco DE, *Información en derecho*, op. cit., núm. 7, p. 50.

⁴¹ VALLE, Perla, “Códices coloniales. Memorias en imágenes de los pueblos indios”, en *Arqueología Mexicana*, núm. 38, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, julio-agosto de 1999, p. 9.

⁴² Cfr. VALLE, op. cit., pp. 10 y 11.

documentos probatorios de diversos asuntos”.⁴³ Y fueron documentos útiles para obtener justicia, pues el oidor Quiroga los elogia al decir: “Tan bien dicho y alegado por sus pinturas como lo supieron hacer Bartulo y Baldo en sus tiempos por escrito”.⁴⁴

Continúa el oidor Vasco de Quiroga describiendo cómo piden los indios justicia y cómo la alcanzan de la Audiencia:

...por tan buena manera y con tanto silencio (que es el culto de la justicia), que esto es cosa increíble a quien no lo ve, y tanta consolación y gozo del ánimo para quien en ello entiende, que no se siente el trabajo del cuerpo que se recibe ni el quedar defraudado en las horas del comer y reposo, porque sus intenciones simplecillas y buenas, no queden defraudadas en sus libertades; y en la notoria justicia y derecho que en ello, a mi ver, tienen, pretenden y piden, con tan buenos modos y maneras y medios, reposo y razonamientos que tienen en lo pedir, que cierto es, a mi ver, gran vergüenza y confusión para la soberbia nuestra...⁴⁵

Vasco de Quiroga insiste, en su propia *Información en derecho*, en que los indios acuden a la Audiencia a pedir derechos, “libertades” les llama y el máximo tribunal los atiende haciéndoles justicia.

Pues Dios permitió que yo, por experiencia cierta, lo viese y entendiase y supiese, no como privado, sino como en la audiencia de sus libertades, que me está cometida por esta Real Audiencia, que hago cada día con sencillez y llaneza entre estos indios naturales sobre sus libertades, donde concurren de muchas e diversas partes gentes muchas a pedir sus libertades y otras cosas...⁴⁶

Herrejón hace notar cómo una de las fuentes teóricas importantes de Quiroga en su *Información en derecho* es Juan Gerson, “para la epistemología, el análisis de gobiernos y el concepto de potestad ordinativa”.⁴⁷ Y en efecto, el jurista Quiroga cita, en varias ocasiones, al filósofo y místico, “doctor cristianísimo”,⁴⁸ como le llama a

⁴³ RUIZ MEDRANO, Ethelia, “Códices y justicia: los caminos de dominación”, en *Arqueología Mexicana*, núm. 38, op. cit., p. 48.

⁴⁴ QUIROGA, *Información en derecho*, op. cit., p. 169 (parágrafo 188).

⁴⁵ *Idem*, supra, pp. 50 y 51 (parágrafo 7).

⁴⁶ *Idem*, supra, p. 63 (parágrafo 18).

⁴⁷ HERREJÓN, op. cit., p. 20.

⁴⁸ QUIROGA, *Información en derecho*, op. cit., p. 73 (parágrafo 11).

Gerson. Creemos que la influencia de Gerson está también en el concepto que tiene del derecho Quiroga, como "libertad", en cuanto que derecho subjetivo activo, esto es que le pertenece y está en el sujeto, y si no puede ejercerlo lo reclama, lo exige. No decimos que toda la concepción quiroguiana de lo jurídico sea de acuerdo con el nominalismo y como derecho subjetivo, pero sí es notable como, al igual que Gerson, identifica derecho y libertad. El filósofo nominalista ve "la libertad como un derecho y el derecho, como una libertad",⁴⁹ y el oidor novo-hispano también.

2. Quiroga, promotor de derechos

El oidor Quiroga escribe en su *Información en derecho*, denunciando el trato a los indios:

salvo solamente en cuanto a saberlos muy bien esquilmar hasta sacar sangre y raer hasta lo vivo, casi ningún caso se hacía dellos. Y no sé por qué, siendo como son *por naturaleza* tan dóciles; aunque miento, que sí sé por qué no les conviene que sean tenidos por hombres sino por bestias: por servirse dellos como de tales a rienda suelta y más a su placer, sin impedimento alguno; y así también estarán siempre muy lejos deste bien de policía todos los que estovieren derramados.⁵⁰

Ante esto el promotor de derechos propone su remedio, la que considera solución a la opresión de los indios, los pueblos-hospitales.

se junten en pueblos de ciudades grandes, donde se les puedan dar ordenanzas buenas, que sepan, y entiendan y en que vivan, y se pueda tener cuenta y razón con ellos.⁵¹

Hospital no significa aquí enfermería sino que su concepto de *hospital* "aplicado a pueblos y ciudades, obliga a meditar en una

⁴⁹ BEUCHOT, Mauricio, "Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos", en *Laberintos del liberalismo*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1995, pp. 157 y 158; cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, Univesidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 33-35.

⁵⁰ QUIROGA, *Información en derecho*, op. cit., p. 64 (párrafo 20).

⁵¹ *Idem*, supra.

idea del hombre, entendida como huésped del mundo y de sus semejantes",⁵² dice Aguayo Spencer. Implica la idea de la plenitud de la solidaridad humana.

En el consistorio secreto del 18 de agosto de 1536, se propone erigir la diócesis de Michoacán y a don Vasco de Quiroga como su obispo. El 5 de agosto de 1538 toma posesión de su diócesis en Tzintzuntzan mudando su sede poco después a Pátzcuaro. Es consagrado obispo entre el 13 y el 29 de diciembre de ese año en la Ciudad de México; recién había sido ordenado sacerdote, dándose un caso análogo al de San Ambrosio de Milán,⁵³ por cierto Padre de la Iglesia, inspirador de su utopía de los pueblos-hospitales.⁵⁴

La Patrística ilumina el proyecto quiroguiano, sobre todo en su idea de propiedad comunal, que constituía su base organizativa en relación a los bienes, tal como operaron en la práctica y se desprende de las *Reglas y Ordenanzas para el gobierno de los hospitales de Santa Fe de México y Michoacán, dispuestos por su fundador el Rmo. Y venerable Sr. A. Vasco de Quiroga, primer obispo de Michoacán*.⁵⁵ La organización de los pueblos-hospitales es a la manera de las primeras comunidades cristianas.

Vasco de Quiroga fundó dos pueblos-hospitales, ambos con el nombre de Santa Fe. El primero en Tacubaya —hoy parte de la Ciudad de México—, el 14 de septiembre de 1532 en la fiesta de la Exaltación de la Santa Cruz; y el segundo en Michoacán, en las riberas del Lago de Pátzcuaro, siendo todavía oidor y no obispo, también el 14 de septiembre, ahora de 1533.⁵⁶ Su objeto era el desarrollo integral de sus miembros, fomentando la educación espiritual y manual así como la cristianización de los indios, en un ambiente de pleno desenvolvimiento de sus prácticas comunitarias, con un estilo de propiedad comunal de acuerdo con su socialidad. Hemos dicho que están inspiradas en la Patrística y en las comunidades cristianas primitivas; y varios autores sostienen que el modelo está en la *Utopía* de Tomás Moro.⁵⁷

⁵² AGUAYO SPENCER, op. cit., p. 36.

⁵³ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁴ Cita en *Información en derecho* en muchas ocasiones a San Ambrosio y otros Padres de la Iglesia. Cfr. párrafos 70 y 71.

⁵⁵ En AGUAYO SPENCER, op. cit., Sección documental, pp. 221-240.

⁵⁶ Cfr. HURTADO, op. cit., p. 44.

⁵⁷ Cfr. ZAVALA, Silvio, *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, Porrúa, México, 1965.

Don Vasco —“Tata Vasco” le decían los indios, que lo veían como a un padre— tuvo dificultades con los encomenderos y pobladores españoles, que siempre amenazaron con la invasión de las propiedades comunales de sus hospitales-pueblos de Santa Fe. “Siempre en pie de lucha buscando que se les respete la exención de tributos y se les preserve de otros servicios, dan a la institución un sentido de privilegio aunque Quiroga expresa que sería lo deseable para otras comunidades”.⁵⁸

El obispo Quiroga va a España en 1547, y permanece allí hasta 1554. Trata varios asuntos, entre otros, precisamente, “arregla que los indios de los pueblos-hospitales no paguen impuestos y queden exentos de todo servicio personal”.⁵⁹

Por último, es importante destacar que Vasco de Quiroga insiste en la necesidad de un derecho especial para los pueblos indios:

Y por tanto, no se pueden ni deben, cierto, representar ni imaginar ni acertar ni entender sus cosas ni gentes, por las leyes ni imagen de las nuestras, pues ninguna concordia ni conveniencia, paz ni conformidad ni semejanza, pueden tener ni tienen con ellas pues que son en todo y por todo contrarias dellas; pero tenerlas ya fácilmente con aquellas leyes, ordenanzas y costumbres que fuesen más conformes a las suyas, y a las de aquellos de la edad dorada que tanto conforman con ellas...⁶⁰

IV. LAS CASAS: JURISTA Y ABOGADO LITIGANTE

Lewis Hanke, al referirse a la obra de Bartolomé de las Casas, nos habla de todo aquello en que se han ocupado los diversos autores lascasianos en relación con las múltiples facetas del ilustre dominico: “ya es considerado como un importante teórico de la política y como uno de los primeros antropólogos de América. Hoy día se estudian asimismo sus contribuciones a los campos de la geografía, la filosofía y la teología. Aunque la España del siglo XVI es una tierra

⁵⁸ MIRANDA, Francisco, “Las reducciones quiroguianas de Santa Fe. Una experiencia utópica en la Nueva España del siglo XVI”, en *Christus*, núm. 551, México, diciembre de 1981, p. 28.

⁵⁹ HURTADO, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁰ QUIROGA, *Información en derecho, op. cit.*, p. 199.

de euroditos eminentes y pensadores audaces, pocos de sus contemporáneos eran más independientes en sus juicios, más doctos al sostener sus opiniones o más universales en su gama de intereses que Las Casas”.⁶¹

Pues bien, en este trabajo queremos destacar al *jurista* Las Casas. Muchos autores se han ocupado ya de la obra del controvertido sevillano, en aspectos que tienen que ver con el derecho. Aquí adoptamos también esa óptica, y más específicamente en lo que se refiere al Las Casas propiamente jurista que, de diversos modos, hace *uso del derecho*.

Toda la obra, toda la práctica de Las Casas, a partir de su “conversión”, tiene íntima relación con lo jurídico, más concretamente, con el fundamento de todo lo relativo al mundo del derecho: los derechos humanos y la justicia. Y en Las Casas de manera especial los derechos de los pobres de las Indias: los indios. “Las Casas se convierte, pero ¿a qué? A la defensa del indio cuya opresión por los encomenderos lo ha impactado con violencia, en su sentir humano y en su alma de sacerdote”.⁶²

Y es en realidad una auténtica conversión. Las Casas, al pasar a Indias, es un clérigo ocupado de sus negocios y comercios, que va prosperando en ellos a costa de sus propios indios encomendados. Esa conversión del clérigo y encomendero sevillano, nace de su fe cristiana, y nos narra que inspirada de manera inmediata de un Texto del Libro del Eclesiástico (cap. 34),⁶³ que tiene que ver con la explotación del hermano, con la conculcación de sus derechos. *Se trata, de una vuelta a Dios, a partir del reconocimiento de los derechos de los pobres*. En el mismo sermón en donde anuncia que dejará sus negocios y se pone claramente a favor de los derechos de los débiles, hace una sugerente reflexión jurídica, pues pone como centro “su ceguedad, injusticias y tiranías y crueldades que cometían en aquellas gentes inocentes”, y les hace manifiesto a sus oyentes “la obligación

⁶¹ HANKE, Lewis, en el Prólogo a la obra *Tratados* de Bartolomé de Las Casas, t. I, FCE, México, 1974, p. XVII.

⁶² BAUTISTA LASSÉGUE, Juan, *La larga marcha de Las Casas*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, p. 107.

⁶³ DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia de las Indias*, Lib. III, cap. LXXIX, en el t. III, FCE, México, 1981, p. 92.

a restitución en que estaban ligados”,⁶⁴ para con los indios. Y esto había nacido en su mente y corazón, a partir de su reflexión y su sentir, “por lo que leía *cuanto al derecho y vía de hecho, aplicando lo uno a lo otro*, determinó en sí mismo, convencido de la misma verdad, ser *injusto* y tiránico todo cuanto cerca de los indios en estas Indias se cometía”.⁶⁵

Toda la práctica de Las Casas, todo el quehacer lascasiano, se topa con el derecho. Esto porque en el fondo de toda su obra está la defensa de los derechos humanos.

Así nos encontramos al Las Casas jurista, en sus obras de historia, de filosofía, de antropología, de pastoral, de teología, y no sólo en los tratados que el mismo ha apellidado de “muy jurídicos”; pues su obra escrita tiene como objetivo central —aunque esta intención no sea siempre explícita—, la defensa de los *derechos de los indios*. El Las Casas tratadista y el Las Casas polemista, es el Las Casas jurista.

Pero Las Casas no sólo escribió tratados de materias diversas, siempre colindando con el derecho. Sino que en su defensa concreta de los derechos de los indios, escribió a la Corona y sus diversos órganos auxiliares de gobierno, gran cantidad de memoriales.

Esos memoriales que Las Casas se pasó escribiendo a la Corona durante su vida, desde que se decidió por la defensa de los indios, fue uno de los medios que usó para sus objetivos. Se trata de memoriales en donde denuncia las injusticias cometidas a los indios al violárseles sus derechos fundamentales como seres humanos; en esos mismos memoriales ofrece propuestas de solución, que son jurídicas en el fondo y la forma.

1. La confianza de la Corona al jurista reformador

La Corona española, por su tradición en cuanto al fundamento de su poder, pese a ser una monarquía absoluta forjadora del tipo de Estado de la modernidad con la concentración del poder, se trata de una monarquía receptiva, abierta a propuestas; por eso Las Casas tiene acceso a ella. Y la monarquía siempre estuvo atenta a escucharle y le dispensó su confianza.

⁶⁴ *Idem, supra*, p. 95 (cursivas nuestras).

⁶⁵ *Idem, supra*, p. 93 (cursivas nuestras).

Muchos autores, algunos contemporáneos a Las Casas y otros modernos, se quejan amargamente del crédito de que gozaba Las Casas ante la Corte. Entre los contemporáneos de las Casas que trata de desacreditarlo ante la Corona, está fray Toribio de Benavente, mejor conocido como *Motolinía* (pobre), santo varón de la orden de San Francisco, también defensor acérrimo de los indios, pero con una visión distinta de la del dominico, que escribe al emperador Carlos el dos de enero de 1555: “Yo me maravillo cómo (Vuestra) Majestad y los de vuestros Consejos han podido sufrir tanto tiempo a un hombre tan pesado, inqui(eto) e inoportuno y bulliciosos y pleitista, en hábito de religión, tan desasosegado, tan (mal) criado y tan injuriador y perjudicial y tan sin reposo”.⁶⁶ Motolinía, incluso, en esa misma carta, cuestiona los conocimientos de derecho del padre Las Casas: “Por cierto, para unos poquillos cánones quel de l(as) oyó, el se atreve a mucho, y muy grande parece su desvergüenza y poc(a) su humildad”.⁶⁷ El juicio de Esquivel Obregón —ya autor moderno— sobre Las Casas no es menos severo: “Atrae nuestra atención el padre Las Casas con sus acusaciones, sus exageraciones, su apasionamiento contra los conquistadores pero el verdadero interés no está en el personaje, sino en los reyes que se dejaban reprender por aquel teorizante virulento e injusto, y en el pueblo todo que veía en el creador de la leyenda negra contra España un santo...”.⁶⁸

Sólo con botones de muestra, a continuación nos referimos a algunas políticas reformistas de la Corona, influenciadas por los Memoriales y por diversas acciones ante la Corte del padre Las Casas. Lo haremos de manera sintética, pues ya en otra obra las hemos desarrollado con mayor amplitud:⁶⁹ las directrices del gobierno de los padres Jerónimos por encargo del cardenal Jiménez de Cisneros; las Leyes Nuevas; las Reales Cédulas, entre 1548 y 1550, expedidas por el príncipe Felipe para favorecer las empresas lascasianas; y la polémica con Ginés de Sepúlveda en Valladolid en 1550.

⁶⁶ MOTOLINÍA, Toribio, *Epistolario (1526-1555)*, edición preparada por Javier O. Aragón y Lino Gómez Canedo, México, 1986, p. 162.

⁶⁷ *Idem, supra*, p. 161.

⁶⁸ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁹ *Cfr.* DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1991.

Pues bien, Las Casas convertido a la causa de los indios, se traslada en septiembre de 1515 a España, para presentar denuncias y un proyecto de soluciones a la Corona. Se entrevista con el rey Fernando, regente de Castilla; le da una nueva cita, pero muere el rey semanas después de la entrevista, el 23 de enero de 1516 en Madrigalejas. En principio, pues, no obtiene nada.

Decide, entonces, ir a Flandes para continuar sus gestiones en la Corte del príncipe Carlos. Pero antes, el 15 de marzo de ese año, va a Madrid para hablar ante el cardenal Francisco Jiménez de Cisneros y el cardenal Adriano (maestro del príncipe y consejero flamenco),⁷⁰ nuevos regentes de Castilla en el interregno. Estos le aseguran que no tiene que ir a Flandes, por lo que Las Casas decide informarles a ellos de la situación en Indias. En los meses siguientes les presenta tres documentos: un *Memorial de Agravios*, un *Memorial de Remedios* y un *Memorial de Denuncias*. Estas gestiones de Las Casas dan como resultado la famosa “reforma Cisneros”.

Jiménez de Cisneros les encarga el gobierno de las Indias a tres padres de la orden de San Jerónimo y les da Instrucciones para ello, que “encierran las ideas fundamentales de lo que fue después la legislación de Indias”,⁷¹ decisión firmada el 3 de septiembre de 1516. El 17 del mismo mes, Las Casas recibe el título de “Protector de los Indios” y asesor de los padres jerónimos, cargos dados por el propio regente.

Otro botón de muestra de la confianza de la Corona a Las Casas, es que, gracias a su influencia se promulgarán las *Leyes Nuevas* en 1542. El proceso se da de la manera siguiente. A fines de 1539 viaja nuestro fraile dominico de nuevo a España; su objetivo ahora es el reclutamiento de misioneros, para lo cual fue comisionado por el obispo de Guatemala; lleva también la intención de tomar parte en las discusiones relativas a la continuación de las encomiendas.

Así, en 1541, en el ambiente preparatorio de las *Leyes Nuevas*, escribe su tratado más polémico *Brevísima relación de la destruc-*

⁷⁰ Éste posteriormente sería Papa con el nombre de Adriano VI (1522-1523); J. B. LASSÉGUE dice que “se merece la veneración de los cristianos latinoamericanos, casi como figura precursora de Juan XXIII”, *op. cit.*, p. 415.

⁷¹ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, p. 220.

ción de las Indias, el cual acaba en Valencia el ocho de diciembre de 1542⁷² —lo dará a la imprenta en Sevilla diez años después—, y escribe también *Los Dieciséis Remedios para la Reformación de las Indias*, de los cuales sólo se conoce el octavo, llamado *El Octavo Remedio*.

Las Casas pasa gran parte del año de 1542 en Valladolid, informando a los miembros de las juntas que preparan las *Leyes Nuevas*. Éstas son promulgadas el 22 de noviembre de ese año en Barcelona. El texto original de esta legislación suprime el sistema de encomiendas.

A principios de 1547 se embarca definitivamente para España (décima y última travesía). En mayo de ese año es recibido por el príncipe Felipe. Por ese tiempo escribe las *treinta proposiciones muy jurídicas*. Pues bien, entre 1548 y 1550 obtiene del propio Príncipe varias Reales Cédulas para favorecer sus empresas, especialmente la de Vera Paz —un proyecto de evangelización sin conquistadores ni colonos, sólo misioneros—.⁷³

Último botón de muestra de ese crédito que la Corona depositó siempre en Las Casas, lo es su participación en la polémica de Valladolid, convocada por la propia Corona, y que se celebró en 1550. Ante una junta de teólogos notables, presidida por el dominico Domingo de Soto, se enfrascaron en una disputa el eminente jurista y consejero de la Corona, Juan Ginés de Sepúlveda, que sostenía la inferioridad de los indios respecto de los españoles —ya que a los primeros los consideraba “siervos por naturaleza”—, y el dominico Las Casas, defensor de los indios, de su libertad y de sus propiedades. Su interés jurídico radica en la controversia misma, lo que se da alrededor de ella y la argumentación. “Los hechos disponibles no confirman la victoria de ninguno de los contendientes. Los jueces se retiraron después de la reunión final, y durante varios años el Consejo solicitó por escrito sus opiniones”.⁷⁴

⁷² Cfr. REMESAL, Antonio, *Historia General de las Indias Occidentales y Particular de la Gobernación de Chiapas y Guatemala*, t. I, Porrúa, México, 1988, p. 305.

⁷³ Cfr. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, “Bartolomé de las Casas en 1542” en el segundo prólogo a los *Tratados* de Bartolome de las Casas, *op. cit.*, pp. XXVI y XXVII.

⁷⁴ HANKE, Lewis, *La humanidad es una*, FCE, México, 1985, p. 144.

2. Algunas notas sobre Las Casas, abogado litigante

Ya vimos que *Motolinía*, por viejas rencillas con Las Casas, a raíz de un penoso incidente en Tlaxcala en 1546, que tenía como fondo tesis distintas acerca de la administración del bautismo a los indios,⁷⁵ escribió al emperador Carlos una carta terrible en contra del dominico, en donde lo menos grave que le dice es que Las Casas no sabe de derecho pues “unos poquillos cánones... oyó”. La realidad es que el dominico sabía muchos cánones, conocía a fondo el derecho. ¿En dónde lo estudió? Remesal, su primer gran biógrafo, sostiene que en Salamanca: “Bartolomé de las Casas... estudiaba derechos en Salamanca con mucho aprovechamiento en aquella facultad y en ella se graduó de licenciado”;⁷⁶ esta afirmación otros la han repetido, como Enzensberger.⁷⁷ Lasségue, por su parte, nos dice que: “es muy probable que haya hecho sus estudios primeros en las escuela catedralicia servillana; no es creíble, por otra parte, que haya hecho estudios en derecho, humanidades y filosofía en Salamanca”.⁷⁸ De la misma opinión es Javier Aragón.⁷⁹ En confirmación de esto último, Llorente nos dice que Las Casas, cuando tenía dieciocho años, “acababa de terminar sus estudios, que consistían en el latín, la filosofía de su época, es decir la dialéctica del sistema de los peripatéticos, la lógica, la metafísica, la ética y la física, según el método y de acuerdo con los principios que se pensaba eran los de Aristóteles... Las Casas había terminado a los veinticuatro años, cuando emprendió su primer viaje a América, todos sus estudios de filosofía y teología, y había obtenido su licenciatura en la ciudad de Sevilla; pero no fue hasta 1513, y después de recibir la orden sacerdotal, que se dedicó a estudiar derecho...”⁸⁰

Lo más probable, entonces, es que el derecho lo estudió por su cuenta, como autodidacta, ya después de licenciado en filosofía y

⁷⁵ Cfr. *Idem, supra*, p. 5.

⁷⁶ REMESAL, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁷ Cfr. ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Fray Bartolomé de Las Casas. Una retrospectiva al futuro*, UNAM, México, 1987, p. 37.

⁷⁸ LASSEGUE, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁹ Cfr. Nota 9 a la carta de Motolinía a Carlos V, *op. cit.*, p. 175.

⁸⁰ LLORENTE, J. A., en su estudio biográfico “Vida de Fray Bartolomé de las Casas, Obispo de Chiapas, en América”, incluido en una edición de la *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias*, Fontanarama, México, 1984, pp. 125, 127 y 128.

teología. Una vez iniciados esos estudios jurídicos, ya no los abandonaría, hasta el final de su vida.

Por otro lado, Las Casas tenía muchas de las características que son necesarias en los hombres que se dedican a pleitiar por otros, su modo de ser, su carácter es propio de los abogados litigantes por vocación. La descripción que de él nos proporcionan tanto sus fieles admiradores —como Remesal—, como sus acérrimos enemigos —el caso de Ginés de Sepúlveda—, no nos dejan lugar a dudas. El dominico nos los describe así: “Y como el padre fray Bartolomé de las Casas era muy eficaz en decir y representar lo que sentía, dándole vida con colores retóricos...”⁸¹ El jurista, con toda la animadversión que sentía por el fraile, nos lo pinta de esta manera; dejémosle hablar:

Me sería muy enojoso traer a colocación todos los chismes, artificios y maquinaciones de que se ha servido este astuto y hábil charlatán para quitarme la razón y oscurecer la verdad, dejando pequeñito en astucia al célebre Ulises...⁸²

Como puede verse mis pruebas eran mucho más convincentes que las suyas... manejaban la falsa dialéctica con una habilidad asombrosa... daban las más extrañas e ingeniosas interpretaciones a las Sagradas Escrituras y a los testimonios de los Santos Padres, retorciendo por completo su sentido, empañando así la verdad que no dejaban resplandecer.⁸³

¿Qué otra salida me quedaba teniendo enfrente un enemigo de tal calaña, astuto y zorro como el que más...⁸⁴

Independientemente de que sea o no cierto lo que dice Sepúlveda de Las Casas, en cuanto a si es calumniador o no, si juega sucio o no, al describirlo como astuto, aguerrido, zorro, pinta a un abogado defensor, litigante, pleitista, con las cualidades requeridas para ello.

Por otro lado, vemos a Las Casas, como hábil político y manipulador, en sus diversas gestiones jurídico-políticas en defensa de los

⁸¹ REMESAL, *op. cit.*, p. 166.

⁸² Carta de Juan Ginés de Sepúlveda a Martín de Oliva, en *Epistolario de Juan Ginés de Sepúlveda*, de LOSADA, Ángel, Ediciones de Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1979, p. 156.

⁸³ *Idem, supra*, p. 157.

⁸⁴ Carta de Ginés de Sepúlveda a Santiago Neila. *Idem, supra*, p. 213.

indios. Como ejemplo está la negativa tácita del Consejo de Indias a conceder la encomienda a perpetuidad de ciertos encomenderos de Guatemala, Nueva España y Perú, encabezados por Bernal Díaz del Castillo, que fracasaron en ese su empeño en 1550. El conquistador-historiador reconoce que “no aprovechamos cosa ninguna con los señores del Real Consejo de Indias, y con el obispo fray Bartolomé de las Casas y fray Rodrigo, su compañero, y con el obispo de las Charcas, don fray Martín, y dijeron que en viniendo Su Majestad de Augusta se proveería de manera que los conquistadores sería muy contentos; y así se quedó por hacer... pero nunca se negoció cosa que buena sea...”⁸⁵ Y es que, si bien, ciertamente, el Consejo de Indias estuvo de acuerdo en principio en las pretensiones de los conquistadores, los alegatos de Las Casas y de Rodrigo de Andrade contra los derechos a perpetuidad, hicieran vacilar a varios miembros del Consejo, de tal manera que se pospuso la decisión hasta que Carlos V regresará a España. Y la táctica dilatoria tuvo éxito, pues, al final, como lo reconoce Bernal Díaz, fracasaron sus intentos, pues se la pasaron “de mula coja y de mal en peor, y de un visorrey en otro, y de gobernador en gobernador”.⁸⁶

Gestión como la que acabamos de narrar, la hizo ya después de haber vuelto a España por última vez. Como dice Remesal, la “ocupación que el señor fray Bartolomé tenía después que dejó el obispado fue ser protector y defensor de los indios”,⁸⁷ esto lo hizo hasta el final de su existencia “en el centro mismo del poder: la Corte y el Consejo de Indias”.⁸⁸ En los últimos años de su vida, en virtud de los poderes recibidos por diversas comunidades indígenas,⁸⁹ dedicó gran parte de su tiempo a ser “defensor y procurador en litigios ante la administración hasta su muerte en 1566”.⁹⁰

⁸⁵ DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España*, t. II, Porrúa, México, 1977, pp. 373 y 374.

⁸⁶ *Idem, supra*, p. 374.

⁸⁷ REMESAL, *op. cit.*, t. II, p. 501.

⁸⁸ HANKE, *La humanidad es una...*, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁹ *Cfr. Idem, supra*.

⁹⁰ VIVES AZANCOT, Pedro A., “El pensamiento lascasiano en formación de una política colonial española, 1511-1573”, en la obra colectiva *En el Quinto Centenario de Bartolomé de las Casas*, Ed. Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1986, p. 37.

3. El obispo Las Casas hace uso del derecho

A. El obispado de Chiapa para fray Bartolomé de las Casas

Las *Leyes Nuevas*, impulsadas por Bartolomé de las Casas, fueron promulgadas el 20 de noviembre de 1542. Pocos días después, Francisco de los Cobos, comendador mayor de Castilla, se presentó ante el inquieto fraile dominico, llevándole cédula del emperador Carlos V, proponiéndole la aceptación del obispado del Cuzco. Las Casas no aceptó la mitra ofrecida.⁹¹

Sin embargo, muy a su pesar, Las Casas sería obispo de Chiapa. El papa Paulo III, desde años antes, en que se había hecho catedral la iglesia de Ciudad Real de Chiapa, el 14 de abril de 1538, había despachado bula en Roma para la erección del obispado. Se nombró obispo de esa nueva diócesis al religioso jerónimo fray Juan de Ortega, pero renunció al cargo ya con las bulas de nombramiento; lo sustituyó el licenciado Juan de Arteaga, fraile de la orden de Santiago, pero murió antes de llegar a su sede. De tal modo que la diócesis de Ciudad Real de Chiapa se encontraba vacante. Así las cosas, en febrero de 1543, Carlos V le pidió a Las Casas que fuera a Valladolid para que intentase convencer a fray Bartolomé Carranza de que aceptase el obispado del Cuzco, que el propio Las Casas había rechazado; éste fracasó en su misión. “Mientras tanto —nos cuenta Isacio Pérez Fernández—, en ausencia del interesado, el 1 de marzo el emperador firma los documentos de presentación del P. Las Casas al Papa para el obispado de Chiapa; de modo que, cuando el padre Las Casas vuelve a Madrid, ya no está el emperador y él está nombrado obispo de Chiapa. Una jugada diplomática que le han hecho. Mientras él estaba intentando convencer al padre Carranza de que aceptase el obispado del Cuzco ... le hicieron a él obispo de Chiapa, no obstante haberlo rechazado”.⁹²

Es obvio que Las Casas, al saber de su nombramiento, en principio se resistió a aceptar. Sólo la intensa presión de los dominicos del

⁹¹ *Cfr. REMESAL, op. cit.*, t. I, pp. 309 y 310.

⁹² PÉREZ FERNÁNDEZ, Isacio, *Fray Bartolomé de las Casas*. Ed. Ope, Caleruega, Burgos, 1984, p. 36.

convento de San Pablo y del Colegio de San Gregorio lo rindieron, y en junio de 1543 aceptó el gobierno de la diócesis chiapaneca.

Las Casas fue preconizado obispo en el Consistorio secreto del 19 de diciembre de 1543 por el papa Paulo III, y registrado en la Cámara Apostólica del 12 de enero de 1544.

El 30 de marzo de 1544, domingo de Pasión, en la Iglesia del convento de San Pablo de Sevilla, de la orden de Predicadores, fray Bartolomé de las Casas recibió su consagración episcopal por el obispo auxiliar de Sevilla, Diego de Loayza, asistido por el obispo de Córdoba, Pedro de las Torres y Cristóbal de Pedraza, obispo de Honduras. Lo acompañaron los dominicos del convento y los dominicos misioneros de Indias que había reclutado para su diócesis.⁹³

Llega por fin Las Casas a Ciudad Real —hoy San Cristóbal de Las Casas—, sede de su diócesis de Chiapa, a principios de febrero de 1545. Ciudad Real había nacido en 1528 como población exclusivamente española, fundada por el conquistador Diego de Mazariegos, la que se fue rodeando de los barrios de los “indios amigos”, venidos de México, Tlaxcala, Oaxaca y Guatemala, en compañía de los conquistadores. “Alrededor de la ciudad, en los valles y montañas..., vivían, en más de 90 pueblos, los habitantes autóctonos de la región, en su mayoría indígenas de cultura maya. Fueron el recurso natural más abundante que los conquistadores encontraron al llegar, y que sus descendientes explotaron durante tres siglos”.⁹⁴ Ciudad Real, ciudad de encomenderos, pues.

B. El obispo de Chiapa en la Audiencia de Confines: la justicia de la viuda

En plena pugna con los encomenderos de su diócesis, por las medidas canónicas adoptadas en defensa de los derechos de los indios, y

⁹³ Precisamente en la parroquia de Santa María Magdalena de Sevilla, al lado del viejo convento de San Pablo de los dominicos, el 2 de octubre de 2002, se inició la causa de beatificación de fray Bartolomé de las Casas (cfr. *Mensaje* núm. 514, Santiago de Chile, noviembre de 2002, p. 18). Ver: Inmaculada de la fuente, “De ‘viborezno’ antiespañol a santo”, en la sección “Domingo” de *El País*, Madrid, 16 de febrero de 1997, p. 15.

⁹⁴ VOS, Jan DE, *San Cristóbal. Ciudad colonial*, Sociedad de Amigos del Centro Cultural de Los Altos de Chiapas, A. C., INAH y Ed. Fray Bartolomé de Las Casas, A. C., San Cristóbal de Las Casas, junio de 1989, p. 7.

el dean Quintana —que lo desobedecía—, en junio de 1545, y en cumplimiento de la cédula que le concediera el príncipe Felipe, en donde lo inviste del cargo de “visitador de encomenderos para el cumplimiento de las *Leyes Nuevas*”, algo así como una especie de *Procurador de los Indios*,⁹⁵ el obispo de Chiapa decide viajar a la ciudad de Gracias a Dios, territorio actual de Honduras en donde recién se había instalado la Audiencia de los Confines, órgano de gobierno y tribunal que debe conocer del cumplimiento de las citadas ordenanzas. “La Audiencia de los Confines de Guatemala y Nicaragua” fue creada por las *Leyes Nuevas*. Su primera sede se ubica en Gracias a Dios y la preside Alonso Maldonado; después traslada su sede a Santiago de Guatemala, y la presidirá Alonso López Cerrato.⁹⁶

Camino a Gracias a Dios, Las Casas llega a su querida y, junto con los dominicos, proyectada Tezulutlán. “El triunfal recibimiento que le tributó la belicosa Tezulutlán fue, tal vez, la única satisfacción que le procuró su agitado gobierno episcopal”,⁹⁷ escribe Galmés.

Ya en Gracias a Dios, junto con Marroquín, obispo de Guatemala, y Antonio de Valdivieso, obispo de Nicaragua, Las Casas se presentó ante la Audiencia de los Confines, pidiendo la ejecución de las *Leyes Nuevas* y la libertad de los indios, pues, como dice Remesal, éstos “no tenían otros procuradores sino los obispos”.⁹⁸ Cada uno presentó sus memoriales, con un “largo catálogo de inhumanidades” y “pidiendo jueces para deshacer agravios” siendo el escrito que menos narraba “delitos personales” el de Bartolomé de las Casas.⁹⁹

El obispo de Chiapa presentó ante la Audiencia una petición para resolver, entre otros, los puntos siguientes: a) la garantía para su jurisdicción eclesiástica, que era cuestionada; b) el auxilio del brazo secular contra los que no respetaban a la Iglesia y al propio obispo;

⁹⁵ Se trata de un cargo análogo al que muchos años antes le había conferido el cardenal Jiménez de Cisneros. Por cierto una obra de GONZÁLEZ CALZADA, Manuel, lleva el título de *Las Casas, el Procurador de los Indios*, obra premiada en el Certamen Cultural de la Cooperativa de los Talleres Gráficos de la Nación, México, 1948.

⁹⁶ Cfr. ÁLVAREZ, Carlos Alónso, VILLATORO, Lobos, y TOLEDO PALOMO, Ricardo, en el “Estudio preliminar”, de *Libro de los Pareceres de la Real Audiencia de Guatemala 1571-1655*, Academia de Geografía e Historia de Guatemala, Guatemala, 1996, pp. XIII y XIV.

⁹⁷ GALMÉS, Lorenzo, *op. cit.*, p. 153.

⁹⁸ REMESAL, *op. cit.*, t. II, p. 30.

⁹⁹ *Idem, supra*.

c) castigos contra los encomenderos que no cumplieran las *Leyes Nuevas*; d) una declaración de que al obispo Las Casas le incumbe la protección eficaz de los indios y que en dicho cargo no usurpa la jurisdicción real; e) que se pusieran de una vez, con tenor a las *Leyes Nuevas*, todos los indios fuera de encomienda, no debiendo tributar más a los encomenderos sino directamente a la Corona; f) apercibe a los miembros de la Audiencia de que si en un plazo de tres meses no dan respuesta legal serán incluidos *ipso jure* en pena de excomunión.¹⁰⁰

Las Casas tuvo muchos problemas ante la Audiencia de los Confines; dice Remesal que los “tres obispos eran muy mal oídos en la Audiencia, y en particular el de Chiapa”;¹⁰¹ el mismo presidente de ese órgano de gobierno lo injurió, diciéndole que era “un bellaco, mal hombre, mal fraile, mal obispo, desvergonzado” y que merecía ser castigado.¹⁰²

Al final, la Audiencia accedió a casi todas las peticiones del obispo. Quizás, como dice Remesal, por su terquedad ante los jueces injustos, obtuvo la *justicia de la viuda*: “Y sucedióle lo que a la viuda del evangelio, que pedía satisfacción de sus agravios. Que por verse libres el presidente y oidores de tan continua y molesta importunación, le concedieron un oidor, que fuese a la provincia de Chiapa, y ejecutase las *Leyes Nuevas* en todo aquello que era bien y provecho de los naturales”.¹⁰³

4. Sobre la defensa de Francisco Tenamaztle

Como un precioso ejemplo de la actividad gestora y litigiosa de Las Casas una vez que ha vuelto a España, tenemos su intervención en la defensa que hace de sí mismo Francisco Tenamaztle, señor cacacán de Nochistlán uno de los principales insurrectos de la llamada “guerra del mixtón (mizton)” (1541-1542), ante el Consejo de Indias y la justicia de Valladolid. Tenamaztle gestiona poder

¹⁰⁰ Cfr. LASSEGUE, *op. cit.*, p. 391. REMESAL transcribe parte de ese memorial de Las Casas, en donde aparecen solicitudes centradas en la petición de cumplimiento de las *Leyes nuevas*, *op. cit.*, t. II, pp. 30-32.

¹⁰¹ REMESAL, *op. cit.*, t. II, p. 33.

¹⁰² *Idem, supra*, p. 34.

¹⁰³ *Idem, supra*, pp. 37 y 38.

volver a su tierra, ya que había sido deportado a España por la Audiencia de México en 1552.

Esta rebelión, conocida como “guerra del mixtón”, por el nombre de un enorme peñol ubicado en la sierra de Zacatecas, se había iniciado hacia 1540. “Se propagó ella por una vasta extensión desde Nayarit hasta Jalisco, Zacatecas y otros lugares del sur. Se llegó a temer incendiara con su furia a toda la Nueva España”.¹⁰⁴ Se inició con coras y huicholes y algunos grupos de lengua náhuatl, y la continuaron zacatecas y caxcanes que hablaban dialectos de esa lengua. Esto hace decir a Miguel León-Portilla, que los pueblos indios sublevados que sostenían esta guerra en “varios aspectos eran partícipes de la civilización mesoamericana, aunque fuera en su periferia”.¹⁰⁵

Tenamaztle nunca fue vencido. Sin embargo, tratando de obtener una auténtica paz con justicia para su pueblo y buscando vivir en libertad y sin esconderse, en 1551 intentó negociar con las autoridades novohispanas, pero fue engañado, aprendido y deportado a España.¹⁰⁶ “Una circunstancia providencial parece haber ocurrido, en medio de tantas desgracias, para el destino en España de Tenamaztle, y es que al tiempo de su arribo en Sevilla se hallaba en esa ciudad... fray Bartolomé de las Casas”,¹⁰⁷ dice Carrillo Cázares. El fraile dominico, defensor de los derechos de los indios, lo acogió y se hizo cargo de su defensa judicial.

Tenamaztle y fray Bartolomé unieron entonces sus fuerzas. El cacacán, señor de Nochistlán, refirió al fraile los agravios sufridos por su pueblo, los motivos que tuvo para rebelarse y lo que pensaba debía hacerse para el bien de su gente. Es probable que Tenamaztle, al encontrarse en Valladolid en 1554 o 1555 con el padre Las Casas que ya llevaba allí algún tiempo, pudiera comunicarse con él en castellano o en una mezcla de náhuatl y esa lengua. Cabe también pensar que fray Bartolomé, que estuvo no sólo en Chiapas sino también varias veces en la región central de México, conociera algo de la *lingua*

¹⁰⁴ LEÓN-PORTILLA, Miguel, *La flecha en el blanco, Francisco Tenamaztle y Bartolomé de las Casas en lucha por los derechos de los indígenas 1541-1556*, El Colegio de Jalisco y Ed. Diana, México, 1995, p. 5.

¹⁰⁵ *Idem, supra*, pp. 10 y 11.

¹⁰⁶ Cfr. LEÓN-PORTILLA, *op. cit.*

¹⁰⁷ CARRILLO CÁZARES, Alberto, *El debate sobre la guerra chichimeca, 1531-1585*, El Colegio de Michoacán y El Colegio de San Luis, vol. I, México, 2000, p. 169.

franca de Mesoamérica. La lectura de su *Apologética Historia*, en la que aduce multitud de palabras en náhuatl, vuelve esto verosímil.¹⁰⁸

Las Casas, pues, asumió el cargo de asesor de la causa del cacique chichimeca, fungiendo como su abogado y procurador ante la justicia castellana e hizo la demanda formal de Tenamaztle ante el Consejo de Indias.

Esta conjunción de voluntades dio por resultado el singular documento, único en su género, por el cual quedó constancia hasta el día de hoy de la voz de los vencidos que se hizo oír de los estrados del más alto tribunal de gobernación e impartición de justicia de la Corona castellana, como era el Real Consejo de Indias.¹⁰⁹

El documento que contiene las diversas acciones llevadas a cabo por Tenamaztle en demanda de justicia, lleva por título *Ciertas peticiones e información hechas en Valladolid, de don Francisco Tenamaztle*. Asesorado por Las Casas, experto y sabio, Tenamaztle plantea tres puntos fundamentales en su demanda de justicia:

El primero se dirigía a establecer su personalidad jurídica como Señor o Tatoán (Tlahtoani) gobernante legítimo y por tal reconocido del señorío indio de Nochiztlán en la provincia de la Nueva Galicia. El segundo tocaba a su recto comportamiento hacia la predicación del evangelio en sus tierras y dominios: a saber, que el tatoán y su gente habían recibido de paz a los españoles y particularmente a los predicadores del evangelio. El tercero presentaba la causa de su alzamiento como defensa legítima ante los agravios que, a pesar de su sumisión al rey católico, él y su gente habían recibido primero de los conquistadores, Nuño de Guzmán y Pedro de Alvarado, y luego de los encomenderos Cristóbal de Oñate, Miguel de Ibarra y otros: de manera que su alzarse a los montes lejos de ser rebeldía contra el rey no era en realidad otra cosa que justa defensión fundada en derecho natural y divino. Como consecuencia de estas tres premisas se había de reconocer que no hubo de su parte ni de la de su gente "rebelión" contra la corona, sino natural "defensión" que ni a las bestias se niega; ni hubo, por tanto, causa justificante para privarlo de su libertad, de su señorío y de su familia, y mandarlo desterrado y preso

¹⁰⁸ LEÓN-PORTILLA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁹ CARRILLO CÁZARES, *op. cit.*, p. 171.

a Castilla, donde soportaba inclemencias, pobrezas y desamparo. Pedía, por tanto, que se le hiciera justicia y se le dejará ir libre a su tierra y casa.¹¹⁰

El documento de defensa y demanda de justicia del cacique caxcán, elaborado por Bartolomé de las Casas, es un estupendo ejemplo de práctica jurídica en la tradición hispanoamericana de los derechos humanos. Parte del reclamo de justicia por quien padece la injusticia; es una exigencia de derechos, desde aquel que es agraviado por la conculcación de los suyos. Se trata de proclamar derechos en concreto, en el aquí y el ahora, históricamente, precisamente desde el lugar del *pobre*, esto es, el *empobrecido*, del que ha sido reducido a la pobreza porque le ha sido quitada su libertad, su poder de decisión, y porque ha sido privado de las condiciones materiales que posibilitan su vida digna.

Además se trata de un alegato argumentativo que contradice una especie de *inversión* de la idea de derechos y de justicia, pues pone en claro que en la "guerra del miztón" en especial y en la guerra chichimeca en general, el agresor es el conquistador español y no el indio.

Veamos los párrafos clave del documento de Tenamaztle al Consejo de Indias, vía el litigante Las Casas:

En este tiempo yo fui uno de los primeros que, por la predicación y persuasión de los dichos religiosos, me convertí y recibí el santo sacramento del bautismo, con otros muchos señores y gentes populares. Estando todos los pueblos quietos y seguros en estos días, enviava de noche gente de pie y de cavallo a salteallos, y todos los que tomava, porque tomavan los que querían, los hazía esclavosy con el hierro, que dezían ellos del Rey, los mandaban herrar. Y de esta manera hizo tantos que no tenían número, hombres y mugeres, niños de todad edad, dexando los maridos sin muger y las mugeres sin maridos, hijos sin padres y padres sin sus hijos; y así los enviava a vender a las minas y a otras partes de la Nueva España, donde mejor se los pagaban.

Allende desto, el dicho Nuño de Guzmán y sus criados, siendo más que otros crueles, y todos los otros españoles afligían y afligieron cada uno a los pueblos y indios que tenían con excessivos trabajos en las minas y fuera dellas; y opresiones sin alguna piedad, tratándolos con tanta aspe-

¹¹⁰ *Idem, supra*, p. 173.

reza, en todo género de servidumbre y crueldad, como si fueran de hierro o de metal, no haciendo más cuenta de su salud y vida que si fueran fieras del campo.

Las injusticias y crueldades que un Juan de Oñate y Cristóbal de Oñate y un Miguel de Ibarra, que hizo capitanes, cometieron en aquel reino, no pudieran ser acá vistas ni pensadas. Ahorcaron nueve principales señores, otros deudos míos, nobles y vasallos principales porque por las vejaciones y azotes y palos, y otros diversos malos y crueles y no sufribles malos tratamientos que rescivían los comunes vecinos indios, no pudiendo más sufrir tanta impiedad y maldad, huíanse a los montes, como naturalmente se huye el buey manso de la carnicería, ivan tras ellos a cacería, defendiéndose descalabrar o matar algún español, estando los caciques y señores en sus casas, seguros sirviendo a los encomenderos ahorcábanlos por lo que los dichos particulares avían hecho. Y desta manera y por estas culpas tales ajenas ahorcaron muchos caciques y principales, creicendo cada día los agravios y daños irreparables, las calamidades, el captiverio aspérrimo, muertes y despoblaciones que padecíamos. Sobreviniendo el adelantado Alvarado por la mar, con quinientos hombres, yendo a descubrir, los quales alojó por aquella provincia, y estos descubrimientos que se hicieron de muchos españoles por tierra cuyas gentes añadieron agravios, males a males, maldades y robos a robos [fol. 2v] y violencias y fuerzas de mugeres casadas de hijas usurpadas, y otras que no son contables, que todo el mundo en aquellas tierras tiene por verdad y sabe, y que est (sic) esta la costumbre y uso de los españoles, dondequiera que por aquellas Indias andan.

Y así, todo aquel reino estando afligido, opreso, fatigado, destruido, y los que restaban de perecer puestos en tan abatido y calamitoso estado, y que no dudaban de su total acabamiento y consumación, como eran consumidos tan innumerables millares, si la dicha servidumbre, contraria a toda natural justicia, como es ser encomendados a españoles, siendo gente libre, como los somos, les duraba, acordaron huirse a los montes y hazcerse fuertes en ellos. Por ser defender a sus propias vidas y a sus mugeres y hijos, según que Dios y la naturaleza concede esta defensión natural aun a las bestias, y a las cosas insensibles e inanimadas y todas las leyes la favorecen y defienden y tienen por lícita, divinas y humanas.

Y yo, el dicho don Francisco, viendo que tan inhumanamente, a los nueve caciques juntos, sin justicia, hallándolos en sus casas y tierras seguros, avían ahorcado, y muchos e innumerables de mis vasallos avían perecido, no quedando dellos ni de todos los vecinos de aquel reino una de ciento partes, no aviendo justicia ni remedio del haberla, ni persona a quien nos quejar, y a quien pedirla, porque todos eran y son nuestros enemigos capitales porque todos nos robavan y afligían y oprimían y tiranizaban, como hoy

en este día lo hazen, acordé también huir con la poca gente que me quedaba, por salvar a ellos y amí, como de ley natural era obligado, porque si no huyera yo también, con la misma injusticia y crueldad fuera ahorcado.

Este huir, y esta natural defensa, muy poderosos señores, llaman y an llamado siempre los españoles, usando mal de la propiedad de los vocablos, en todas las Indias, contra el Rey levantarse. Juzgue Vuestra Alteza, como espero que juzgará justa y cathólicamente, como jueces rectísimos, quién de las naciones aunque carezcan de Fe de Christo, ni de otra ley divina ni humana, sino enseñada por sola razón natural y qué especie de bestias hobiera entre las creaturas irracionales a quien no fuera lícito y justísimo el tal huir, y la tal defensa, y el tal levantamiento como ellos lo quieren llamar. Cuánto más que ellos an deservido a su rey y violado su fidelidad porque nunca nos an dado a entender a otro [fol.3r] rey sino a sí mismos. Y cuando an usado del nombre del rey no a sido sino para imponer y levantarnos culpas y pecados que nunca pensamos cometer, y para escusar sus injusticias y violencias tiránicas, estrañas de toda humanidad, en nosotros por ellos inhumanísimamente cometidas.

Estuve huido y escondido nueve años, donde nunca por español, si yo no quisiera, pudiera ser visto ni hallado. Pero acordándome que era cristiano, y que andando por los montes no podía según cristiano vivir ni reposar, creyendo también que en venirme de donde yo estaba seguro, a mi propia tierra y señorío que heredé de mis padres, del qual e sido despojado y privado, sin justa causa ni razón, me fuera agradecido, me vine yo solo y de mi propia voluntad a offrecerme al Obsipo de aquella provincia para que tratasse, con los españoles, que yo fuese con amistad y humanidad y cristiandad descebido, pues de mi grado venía a sufrir la desesperada vida que, a todas nuestras gentes de continuo dan; no airando, como si no ovieran pasado por mí las persecuciones y corrimientos y males que me han causado.

El obispo me dixo que le parecía que fuésemos aver la visorrey don Antonio de Mendoza, como a persona que avía de tenerme en servicio mi venida. Yo le dixé que me plazía, de muy buena voluntad. Y así venimos a México y hallamos ser ya partido, y don Luis Llegado sucesor en su cargo.

Estuve allí, con el dicho Obispo un año. Murió en este tiempo, y queriéndome volver con sus clérigos a mi casa, detuvome el Visorrey y, sin otra causa ni justicia nueva, mas de las que arriba he contad, haceme prender y echar unos grillos y llevar a la Veracruz a embarcar, y traer preso acá con las injurias y afrentas, y hambres y sed y abatiemiento de mi persona que arriba comencé a tocar.¹¹¹

¹¹¹ CARRILLO CÁZARES, *op. cit.*, vol. II, Cuerpo de Documentos, pp. 515 y 516.

5. Las Casas, usuario del derecho

Bartolomé de las Casas usa el derecho. Ese uso lo hace en toda su riqueza analógica, como derecho objetivo o ley, como defensor de los derechos subjetivos, con idea clara sobre la justicia, y todo esto de acuerdo con la filosofía jurídica y con la técnica administrativa y procesal de su tiempo.

El objeto del uso del derecho por Las Casas, es la defensa de los derechos de los indios, de sus derechos a la vida, a la libertad, a sus posesiones y propiedades. Ese es el empeño de sus litigios.

V. ALONSO DE ZORITA: OIDOR QUE SABE ESCUCHAR LA VOZ DEL INDIO

La vida de Alonso de Zorita está dedicada al ejercicio de la judicatura, a la administración de justicia. Se trata de un oidor que tiene especial empeño en hacer justicia a los indios. Es la biografía de Zorita un largo camino judicial enderezado en la defensa de los derechos de los indios.

Beatriz Bernal, a pesar de que reconoce y muestra que Zorita es "un personaje controvertido, antes y ahora",¹¹² que merece diversos juicios tanto de sus contemporáneos como de autores modernos, no duda en optar por un grupo de opiniones y lo presenta como: "Oidor honesto y severo de las Audiencias de Santo Domingo, Guatemala y México a mediados del siglo XVI..."¹¹³

Zorita nació probablemente en Córdoba entre 1511 y 1512. Era hijo primogénito de don Alonso Zorita y doña Inés Fernández de Valdelomar y Córdoba. Estudió leyes en la Universidad de Salamanca, presumiblemente obteniendo allí los grados de bachiller y licenciado en derecho. Terminando sus estudios salmantinos se estableció en Granada, en donde se casó con Catarina de Cárdenas, probablemente en 1542. En esa bella ciudad ejerció como abogado y ocupó el cargo de "abogado de pobres", una especie de "defensor de oficio", en la Real Audiencia y Chancillería con sede en la propia Granada.

¹¹² BERNAL, Beatriz, "Estudio crítico", en ZORITA, Alonso, *Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano de 1574*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1985, p. 38.

¹¹³ *Idem, supra*, p. 37.

Alonso de Zorita fue nombrado oidor de la Audiencia de Santo Domingo en La Española, el 21 de mayo de 1547. Ejerce ese cargo desde su llegada el 10 de junio de 1548 y hasta el 17 de enero de 1550, junto con los oidores Juan Hurtado de Mendoza y Alonso de Grajeda. En esta última fecha partió hacia Santa Marta en Nueva Granada para ejercer como juez de residencia de Miguel Díez de Armendáriz. Éste había sido enviado como visitador y juez de residencia, con la consigna de hacer cumplir las *Leyes Nuevas* y velar por el buen tratamiento de los indios; sin embargo, ante las dificultades de su empresa, se alió a los intereses de conquistadores y encomenderos. Fue denunciado por sus enemigos, y por eso es sometido a la residencia encargada a Zorita, quien tiene enormes dificultades para llevar adelante su empresa pues es hostilizado por los encomenderos amigos de Díez de Armendáriz que cuidaban también de sus intereses propios.¹¹⁴

Beatriz Bernal nos describe cómo el juez Zorita se empeña en cumplir con su trabajo y en defender los derechos de los indios:

En el trayecto de ida y regreso, Zorita sufrió múltiples calamidades y vejaciones pero no cesó en su empeño de aplicar las *Leyes Nuevas*, de proteger a los indios y de exigir responsabilidades al residenciado y demás oficiales implicados en el juicio. Así, pidió a los encomenderos los títulos que probaban sus encomiendas, liberó a los naturales ilegítimamente esclavizados, denunció a miembros del clero secular que incumplían con la obligación de evangelizar y como resultado de todo ello mandó arrestar a varios españoles por crímenes y maltrato a la población indígena.¹¹⁵

Para esos efímeros logros tuvo el apoyo de franciscanos y dominicos.¹¹⁶ Pero como reacción a las prácticas judiciales del juez Zorita, su trabajo fue boicoteado por los colonizadores y por autoridades gubernativas y judiciales, de tal modo que tuvo que suspenderlo. Los resultados directos del juicio de residencia llevado por Zorita en contra de Díez de Armendáriz y sus cómplices, son sólo leves condenas.

¹¹⁴ *Cfr.* BERNAL, *op. cit.*, pp. 55-56.

¹¹⁵ BERNAL, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁶ AHRNDT, Wiebke, "Alonso Zorita: un funcionario colonial de la Corona española", en ZORITA, Alonso DE, *Relación de la Nueva España*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Col. Cien de México, México, 1999, p. 21.

Sin embargo, poco tiempo después, otro juez de residencia, Juan de Montaña, logró suspender a los oidores de la Audiencia de Nueva Granada, Beltrán de Góngora y Juan López de Galarza y enviarlos prisioneros a España, y su amigo Díez de Armendáriz también es apresado en Santo Domingo y remitido a la Metrópoli. Así se le daba la razón a Zorita.¹¹⁷

De vuelta en Santo Domingo, allí recibe Zorita un nuevo nombramiento del Consejo de Indias, ahora como oidor de la Audiencia de Guatemala, con sede en la Villa de Santiago de los Caballeros, la Antigua Guatemala, cuya jurisdicción constituye lo que hoy es Centroamérica, además de Yucatán y Chiapas. Es oidor de esta Audiencia, a partir del 20 de septiembre de 1553. Realizó tres largos viajes por la región, conociendo lugares muy apartados. “El propósito de estas visitas eran los censos, la reducción de los tributos y la supresión de la explotación por parte de los encomenderos”.¹¹⁸ Y Zorita llevó a cabo “minuciosamente, las cuentas y tasaciones de los pueblos indios”, perjudicando a los encomenderos “al reducir los tributos que debían pagar los pueblos encomendados”.¹¹⁹ Encomenderos, clero secular, oidores y los mismos franciscanos se pusieron en su contra —estos últimos por algunas reducciones de indios que el oidor llevó a cabo—, por las medidas emprendidas por Zorita. Lo apoyaban los dominicos y el presidente de la Audiencia, Alonso López de Cerrato.¹²⁰ Dice Beatriz Bernal que “Cerrato y Zorita constituyeron una excelente mancuerna en la aplicación de las *Leyes Nuevas* en las tierras sujetas a la jurisdicción de Los Confines”.¹²¹

1. Zorita: un oidor lascasiano en México

Sea porque la Corona estaba satisfecha con su labor como oidor en Guatemala, sea por quitarlo de en medio a los inconformes, o sea por ambas razones, el hecho es que Alonso de Zorita es promovido para la Audiencia de México que, junto con la de Lima, era la más impor-

¹¹⁷ Cfr. BERNAL, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁸ AHRNDT, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹ BERNAL, *op. cit.*, p. 59.

¹²⁰ Cfr. BERNAL, *op. cit.*, p. 59; y AHRNDT, *op. cit.*, p. 22.

¹²¹ BERNAL, *op. cit.*, pp. 59-60.

tante del Imperio Español en Indias. Fue investido como oidor de la Audiencia virreinal de México el 9 de julio de 1556.

Y es desde este cargo que con mayor fuerza se convierte “en abogado e impulsor de las ideas de Las Casas”.¹²² Es un hombre “comprometido con la escuela de Fray Bartolomé de las Casas que propugnaba la supresión de las encomiendas, la liberación del servicio personal de los indios y la administración de la población indígena por las órdenes religiosas”.¹²³ En ese mismo sentido se expresa Ethelia Ruiz, al decir que Zorita, como alto funcionario en Indias, siguió la línea argumentativa de Las Casas “referente a la protección de la población indígena”, agregando que la “cercanía ideológica entre Las Casas y Alonso Zorita se observa también en la práctica política del oidor, y más específicamente en el desempeño de sus funciones al regular asuntos relevantes como el del tributo y la encomienda”.¹²⁴

Como buen lascasiano Zorita condenaba y luchaba contra la encomienda; criticaba, además, que el tributo se hubiera fijado con base en la cantidad de indios de los pueblos, pues los encomenderos incluían a niños y personas incapacitadas para trabajar, y así elevaban el monto exigible. “Él se inclinaba más bien por fijar el tributo de acuerdo con el monto de la cosecha, en lugar de un impuesto *per capita*”.¹²⁵

En su lucha contra los encomenderos y señores de la tierra, Zorita se enfrenta a poderosos, entre ellos a Martín Cortés, segundo marqués del Valle, ya que desde que asumió el cargo, en informes y cartas al rey y al Consejo de Indias “lo acusó de perjudicar a los indios de sus territorios”.¹²⁶

Siempre a favor de los indios, Zorita no sólo se enfrentó al hijo del conquistador, sino también a ciertas iniciativas reales de aumentar los tributos de los naturales de la ciudad de México y junto al virrey De Velasco votó en contra de este incremento. Velasco había argumentado que los indios de la ciudad no debían pagar tributos por varias razones: 1) porque ya lo hacían mediante su trabajo en las obras públicas; 2) porque era contrario a las *Leyes Nuevas*

¹²² AHRNDT, *op. cit.*, p. 22.

¹²³ BERNAL, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁴ RUIZ MEDRANO, Ethelia, “Proyecto político de Alonso de Zorita, oidor de México”, en ZORITA, Alonso DE, *Relación de la Nueva España*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹²⁵ AHRNDT, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁶ BERNAL, *op. cit.*, p. 62.

que prohibían se estableciesen tributos más altos que los pagados en épocas de Moctezuma y 3) porque los españoles de la ciudad había dejado a los barrios de indios (parcialidades) con tan poca tierra que no era posible cultivar para el pago de tributos. A estos argumentos Zorita añadió otro basado en las costumbres jurídicas aztecas, según las cuales los pueblos que se sometían pacíficamente no pagaban más tributos que los regalos que voluntariamente querían hacer. En este caso se encontraban los habitantes de la antigua Tenochtitlan. Con este argumento el historiador-jurista enriqueció los principios del derecho internacional comparado y demostró su posición partidista creando y aplicando el derecho siempre a favor de la población indígena.¹²⁷

2. Un proyecto de paz para la Gran Chichimeca

El oidor Alonso de Zorita, junto con fray Jacinto de San Francisco, concibió el proyecto de la conquista de Nuevo México y La Florida, tierras que previamente había visitado Francisco Vázquez de Coronado. Para hacerlo posible "era necesario pacificar el Territorio de los Chichimecas en la zona central de México".¹²⁸

El proyecto se presentaba a la Corona en dos documentos. El primero consistió en una carta o reporte enviado al Rey el 9 de julio de 1561, suscrito por fray Jacinto de San Francisco, más conocido como fray Cintos (Pedro Cindos de Portillo, era su nombre original).¹²⁹ El franciscano califica de "injustas las formas como los encomenderos han cargado de trabajos a los indios hasta acabar con ellos... Y a la vista de las presentes rebeliones, entiende que los indios chichimecas que se han alzado en la provincia de Zacatecas, hacen justa guerra...";¹³⁰ propone la necesidad de evangelizar a los indios "usando el método lascasiano de conquista por persuasión que el famoso obispo de Chiapas había utilizado en Verapaz".¹³¹

El segundo documento del proyecto de propuesta de paz para la Gran Chichimeca, es un memorial del oidor Alonso de Zorita, dirigi-

¹²⁷ *Idem, supra*, p. 63.

¹²⁸ *Idem, supra*.

¹²⁹ *Cfr. CARRILLO CÁZARES*, t. I, *op. cit.*, p. 209. Fray Cintos había sido conquistador que llegó con Pánfilo de Narváez, se pasó a la hueste de Cortés y participó en la toma de Tenochtitlan. Fue encomendero. Dejó sus negocios al entrar a la orden de San Francisco.

¹³⁰ *CARRILLO CÁZARES, op. cit.*, p. 210.

¹³¹ *BERNAL, op. cit.*, pp. 63-64. La carta completa la publica *CARRILLO CÁZARES*, como Documento 22, *op. cit.*, t. II, pp. 543-550.

do al rey Felipe II, de 20 de julio de 1561. Le propone al monarca que deben cesar los repartimientos de indios a los conquistadores, debiendo estar los pueblos indios siempre dependientes y tributarios directos de la Corona; le solicita, también, que nadie pueda entrar en aquella tierra a poblar, ni buscar minas, ni tomar estancias ni cosa alguna, sin licencia del propio Rey o del gobernador en su nombre; y que hasta una vez que se vaya dando la paz, el gobernador pueda autorizar el que se funden pueblos de españoles bajo su autoridad.¹³²

Consideramos muy importantes las propuestas 10 y 11 del Memorial de Zorita, las cuales destacamos:

10. Asimismo que haga poblar á los indios que vinieren de paz, atrayéndolos á ello por las mejores vías que pudiere, y sin guerra; y que á ellos y á los españoles pueda repartir solares, y estancias para ganados, y tierras para sementeras y para huertas y heredades, y sitios para molinos; y que señale sitio y lugar conveniente para las iglesias y monesterios y hospitales y casas de cabildo y cárcel y plazas y las demás cosas públicas.

11. Que á los pueblos que se poblaren de indios, señale á cada uno sus términos conocidos, y que en ellos no puedan entrar españoles á tomar estancias para ganados ni tierras, ni se les den, si no fuere con su voluntad, y pagándoselo; y que se les señale ejidos y pastos para sus ganados; y esto es muy necesario que así se provea, porque por experiencia se ha visto en esta Nueva España que casi no quedan ya tierras á los naturales en que sembrar, por haberse dado á los españoles, y á algunos en mucha cantidad, para sus labranzas, ganados y granjerías, y así están muy ricos á costa y con pérdida de los dueños y señores naturales de las tierras que á ellos se han dado y dan.¹³³

Propone, también, que se quite la Audiencia de Nueva Galicia, debiendo ser gobernada la tierra sólo por un gobernador, postulándose el propio Zorita para el cargo. Gobierno apoyado por la evangelización de la orden Franciscana.

16. Han de entrar en aquellas provincias con el gobernador y gente que llevare, religiosos de la orden de S. Francisco, porque ellos tienen entendida y paseada mucha parte de aquella tierra comarcana á la Nueva Galicia, y han bautizado y traído de paz muy gran cantidad de gente; y ha de mandar V. M. proveerlos de ornamentos y lo demás necesario para el culto divino.

¹³² *Cfr. CARRILLO CÁZARES, op. cit.*, t. II, pp. 552-558.

¹³³ *CARRILLO CÁZARES, op. cit.*, t. II, p. 554.

17. Ha de ser V.M. servido de mandar tratar con el general de la dicha orden, que envíe por lo menos veinte frailes para que entiendan en la conversión de aquella gentes; y que en lugar de algunos de ellos, ó de todos si conviniere, se tomen otros de los de acá, que tienen práctica y experiencia de estos negocios, y los que vinieren queden en su lugar, porque hay siempre gran falta de religiosos, y si de allá no vienen para el efecto dicho, no se podrá cumplir con lo que se pretende.¹³⁴

Propone para que los indios chichimecas acepten la paz, lo siguiente:

19. Para los indios que se fueren atrayendo de paz, ha de ser V. M. servido de mandar se dé provisión, firmada de su real nombre, y sellada con su real sello, en que se les prometa que perpetuamente han de ser de la corona real de Castilla, y que no serán encomendados jamás á persona alguna, ni vendidos, ni empeñados, ni hecha donación de ellos, ni enajenados por título ni manera alguna: porque esto conviene y es muy necesario para que haya efecto lo que se pretende, y para su conversión y aumento.

20. Asimismo ha de ser V. M. servido de mandar se dé provisión para que en su real nombre se les prometa que por diez años no pagarán tributo, como se ha prometido á los comarcanos de Pánuco, y á los de la Florida, y á los de la Verapaz; y que pasado este tiempo, lo que tributaren será poco y muy moderado, y de lo que tienen en sus propias tierras; y esto verná á ser gran suma.

21. Háseles de prometer asimismo que serán amparados los señores y caciques y principales en sus señoríos, rentas y tributos, con que no sean tiránicamente impuestos; y que no les serán quitados, si no hicieren cosa por que lo merezcan, y que todos serán amparado en sus tierras y haciendas; y que no se consentirá que persona alguna les haga agravio; y que en lo que se repartiere de tierras y solares y otros aprovechamientos serán preferidos; y que así se haga.

22. Que si conviniere llevar indios amigos y de los que están de paz, pueda el gobernador llevar los que fueren necesarios y quisieren ir de voluntad, y no en otra manera; y que á estos se les dé algún socorro, que con muy poco se contentarán, y que sea al parecer del gobernador, y que en el repartimiento de tierras y solares y aprovechamientos, se les dé su parte a donde poblaren, como se ha de hacer con los españoles; y converná llevarlos para que muestren á los demás á sembrar y á criar ganados y aver y frutas y árboles, porque esto será de gran efecto.¹³⁵

¹³⁴ *Idem, supra*, p. 555.

¹³⁵ *Idem, supra*, pp. 555 y 556.

Por lo que se refiere a la comprensión de la guerra chichimeca, además de lo arriba expresado y de lo transcrito directamente del documento, se debe destacar que para el oidor “la rebelión de los chichimecas ha sido provocada por los daños que reciben de los españoles”.¹³⁶

3. Oidor que oye la voz de otro

Los biógrafos de Zorita han destacado su problema de sordera.¹³⁷ El oidor, paradójicamente, no oía todo; escuchaba mal. Sin embargo, conociendo su práctica desde la judicatura en defensa de los derechos de los indios, podemos decir que fue capaz de oír la *voz del otro*, la *voz del indio* reclamando justicia. Su ética jurídica está fundada en una conciencia ética general, que para Dussel es, precisamente, “la capacidad que se tiene de escuchar la voz del otro”;¹³⁸ sólo así se puede oír el clamor de justicia, Zorita fue capaz, a pesar de su sordera, de escuchar al indio, y actuar en consecuencia.

¹³⁶ CARRILLO CÁZARES, *op. cit.*, t. I, p. 213.

¹³⁷ Cfr. RUIZ, “Proyecto político...”, *op. cit.*, pp. 90 y 91; BERNAL, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁸ DUSSEL, Enrique D., *Filosofía de la liberación*, Edicol, México, 1997, p. 68.

FUNDAMENTOS DE LA CRÍTICA EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y JURÍDICO LATINOAMERICANO

Antonio CARLOS WOLKMER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Historicidad y crisis de la cultura de dominación*. III. *Presupuestos para una crítica liberadora en América Latina*. 1. *Naturaleza y concepto de liberación*. 2. *Tendencias y teorías de liberación latinoamericana*. A. *Una teoría económica para la liberación*. B. *Una teoría teológica para la liberación*. C. *Una teoría filosófica para la liberación*. D. *Una teoría pedagógica para la liberación*. E. *Una teoría geográfica, sociológica y antropológica para la liberación*. F. *Una teoría política para la liberación*. IV. *Un pensamiento crítico a partir de la liberación latinoamericana*. V. *Para una filosofía crítica de la política y del derecho en América Latina*. VI. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de historicidad en América Latina ha estado caracterizado por una trayectoria construida por la dominación interna y por la sumisión externa. Se trata de una cultura creada a partir de la lógica de la colonización, explotación y exclusión de los múltiples segmentos étnicos, religiosos y comunitarios. Una historia de contradicciones, marcada por el autoritarismo y la violencia de minorías, y por la marginalidad y resistencia de las mayorías "ausentes de la historia",¹ tal como los movimientos indígenas, negros, campesinos y populares.

¹ Cfr. GUTIÉRREZ, Gustavo, *A força histórica dos pobres*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1984, p. 270; GIRARDI, Giulio, *Os excluídos construirão a nova história?*, Sao Paulo, Ática, 1996, pp. 28 y sigs.

De esta manera, es apropiado y oportuno indagar en qué dirección América Latina deberá dirigirse para descubrir su identidad nacional y su independencia cultural. Es importante edificar un proyecto de liberación que permita erradicar las prácticas históricas de dominación interna y externa, secularmente sustentada por modelos económicos y sociopolíticos colonizadores y dependientes. Por ello, la imperiosa necesidad histórica de trabajar en la concreción de elementos iniciales básicos para una propuesta cultural teórico-práctica que permita la desmitificación de las viejas estructuras alienantes y posibilite el avance de alternativas democráticas y emancipadoras. Se defiende, así, la incorporación, discusión y construcción de un pensamiento crítico-liberador, síntesis real de nuestra propia experiencia histórica, sociopolítica y jurídica y que sea capaz de revelar, por primera vez, la originalidad y autenticidad del "ser" latinoamericano.

Es con este propósito que se sitúa la presente reflexión, o sea para señalar brevemente algunas matrices críticas producidas en América Latina para fundamentar una nueva filosofía de la política y del derecho, comprometida con los procesos de liberación y con el pleno reconocimiento de la exterioridad del otro, de la justicia y del derecho a la vida con dignidad.

II. HISTORICIDAD Y CRISIS DE LA CULTURA DE DOMINACIÓN

Teniendo en cuenta que toda creación humana reproduce determinada especie de relaciones sociales, expresando necesidades, producción y distribución, es natural considerar a la cultura político-jurídica latinoamericana como el reflejo de las diferencias histórico-estructurales y de las contradicciones en diversos momentos socioeconómicos vividos.

Ciertamente, los ecos de las contradicciones de los países de América Latina han de encontrarse "en la conjugación de los factores internos y externos, pues la dependencia es producto tanto de las condiciones creadas por el sistema de dominación político-económico mundial como de las relaciones de clases y de la acción ético-

cultural de los agentes y de los grupos en la esfera de cada nación y cada Estado".²

La importación de estructuras culturales asimiladas por las elites locales (eurocéntrica y norteamericana) han favorecido y alimentado formas de dominación económica, política y cultural, imposibilitando el desarrollo de una cultura auténticamente latinoamericana. Sin embargo, no se puede afirmar la inexistencia de una cultura en América Latina, pues aunque se tenga en cuenta la dominación interna y externa y las peculiaridades regionales y nacionales, es admisible postular una cultura latinoamericana.³ Obviamente, esa cultura latinoamericana no fue engendrada espontáneamente, sino que surgió a lo largo de cuatro siglos por la confluencia de las culturas europeas (portuguesa y española), amerindias y africanas. Expresando la mezcla de culturas y la interrelación de padrones diferenciados e impuestos, América Latina carece de una mayor identidad y autonomía. Por cierto ha de reconocerse que "el grado y la naturaleza de esa autonomía ha (...) variado en diferentes niveles de la sociedad latinoamericana, transformándose en algunos casos casi inexistentes a medida que la cultura europea pierde su carácter 'secundario y marginal' y se transforma en más dominante".⁴

Se trata de concebir a América Latina no como el pasado de dominación y de exclusión, sino como el presente y el futuro de resistencia y de construcción de su utopía. La alternativa para América Latina, como recuerda Gabriel Santiago, no está en el pasado, como representación, por un lado construida, por "modelos que tuvieron influencia y fascinación (...), como los movimientos revolucionarios (donde se incluían la Unión Soviética, China, Cuba, Nicaragua), pero que perdieron un poco su mística y eficacia"; por otro lado, el "capitalismo neoliberal aplicado al Tercer Mundo que no deja añoranza; al contrario, marca un rastro de pobreza y miseria sin precedentes".⁵

² WOLKMER, Antonio Carlos, *O terceiro mundo e a nova ordem internacional*, 2a. ed., Sao Paulo, Ática, 1994, p. 25.

³ Sobre una cultura latinoamericana como "cultura popular revolucionaria" ver: DUSSEL, Enrique, "Cultura latinoamericana y filosofía de la liberación", *Reflexão*, Campinas, Puccamp, núm. 30, sep/dic 1984, pp. 5-50.

⁴ GOIZUETA, Roberto S., *Metodologia para refletir a partir do povo*, Sao Paulo, Paulinas, 1993, pp. 51-52.

⁵ SANTIAGO, Gabriel Lomba, *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*, Campinas, Alínea, 1998, p. 28.

Pero, ¿cuál es el camino para que América Latina encuentre su identidad cultural y su autonomía existencial? Es la reconstrucción de un proyecto latinoamericano pautado por la destrucción de la dominación interna y externa, así como por el fortalecimiento de su verdadera autonomía cultural, prescindiendo de modelos alienígenos, ideales y colonizadores. Se trata de buscar concepciones y estrategias que, rompiendo con la cultura opresora, partan de la resistencia y de los valores de los oprimidos; de los excluidos que, ahora liberados de toda servidumbre, se transformen en agentes que asuman "su propio objetivo en la historia".⁶ Las matrices críticas de edificación de un pensamiento liberador auténticamente latinoamericano ha de encontrarse en la experiencia histórica y en el imaginario utópico del sincretismo cultural proveniente de los mundos indígena y negro, y del pueblo oprimido. No se trata de negar las formas teóricas de conocimiento de la tradición occidental, tampoco las conquistas inherentes a las prácticas emancipadoras de la modernidad, sino de intentar construir un modo de vida basado en nuevos paradigmas de legitimidad y de racionalización. Por ello, el compromiso por una cultura liberadora, fundada en nuevos criterios y en otra lógica de constitución, que revele, más clara y radicalmente, nuestra propia identidad histórica, sociocultural y política.⁷

III. PRESUPUESTOS PARA UNA CRÍTICA LIBERADORA EN AMÉRICA LATINA

Parece claro que, al constituir un nuevo paradigma de cultura, sociedad y Estado, en que las variables privilegiadas de la política y de la juridicidad son redefinidas, es esencial buscar y establecer principios y criterios teórico-prácticos de sustentación. En el proyecto de ruptura con la cultura de dominación y de exclusión, y en la reconstrucción de la política y del derecho, teniendo en cuenta el proyecto de emancipación humana y de concreción del pluralismo democrático

⁶ GUTIÉRREZ, Gustavo, *op. cit.*, pp. 281-282.

⁷ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Ideología, Estado e direito*, 3a. ed., Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 187 y sigs.

comunitario-participativo,⁸ cabe señalar los procedimientos de toma de conciencia y de instrumentación de las modalidades de crítica que permitirán la liberación. Se trata de viabilizar un concepto de alcance teórico-práctico que permita el profundo cuestionamiento y el desarme de las formas hegemónicas del saber y de la representación social que han mantenido la cultura de dominación. Se impone, así, explicar la naturaleza de la liberación que se propone y, posteriormente, hacer la opción, señalar y subsidiar la articulación de una "teoría crítica" capaz de contribuir para repensar una cultura político-jurídica en la perspectiva latinoamericana.

1. Naturaleza y concepto de liberación

Primeramente, es importante precisar que el concepto de liberación no sólo refiere a múltiples sentidos, sino que ha sido utilizado en interpretaciones no siempre similares. Frente a tal extensión y ambigüedad de la terminología, conviene demarcar la opción y dirección pretendidas. En este aspecto, la noción de liberación aquí expuesta como manifestación de la emancipación, autonomía y libertad debe considerar criterios como el espacio físico que genera las condiciones de emergencia ("desde dónde") y los destinatarios a quienes se destina la praxis transformadora ("para quién"). Eso explica por qué el proceso se sitúa, en el decir de David Sánchez Rubio, en el espacio de América Latina, donde "con más sistematicidad y con más conciencia se crea una teoría sobre la idea de liberación (...)".⁹ Igualmente, se justifica el significado de liberación, teniendo como protagonistas las "mayorías populares marginadas y oprimidas", o sea, aquellos que se encuentran "en una situación social de pobreza o indigencia, en la cual las condiciones fundamentales para sobrevivir no están reconocidas, ni están satisfechas".¹⁰

⁸ Consultar: WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nova cultura no direito*, 3a. ed., Sao Paulo, Alfa-Omega, 2001.

⁹ SÁNCHEZ RUBIO, David, "Reflexiones sobre la filosofía latinoamericana y el concepto liberación", en THEOTONIO, Vicente; PIETRO, Fernando (dir.), *Neo-liberalismo, libertad y liberación*, Córdoba, Etea, 1998, p. 98.

¹⁰ *Idem.*

En las últimas décadas del siglo XX, el concepto complejo de liberación pasó a ser considerado con énfasis en el ámbito de la teología, de la filosofía y de la ética. Este concepto ganó tamaño relevancia que acabó propiciando el surgimiento de filosofías de liberación. Tales corrientes filosóficas, centradas en la noción de liberación, como señala Euclides A. Mance, “no apenas consideran la liberación en su aspecto negativo, esto es, la liberación de procedimientos o cercenamientos al ejercicio satisfactorio de la libertad, como positivamente, esto es, la liberación para la realización de las valiosas singularidades humanas en su creativa diversidad”.¹¹

Aunque se puedan buscar los primordios de la lucha contra la esclavitud humana y la búsqueda de la plena libertad entre algunos sofistas de la Grecia Antigua, fue en la modernidad europea que conceptos como libertad, autonomía y emancipación se destacaron y profundizaron en diferentes tendencias filosóficas.¹² Por otro lado, la noción de liberación, como sustrato de una filosofía emancipadora, es una formulación relativamente reciente que tiene su origen en el mundo periférico de América Latina. Ciertamente, “en el final de los años 60 e inicio de los 70”, en el contexto de una cultura de dominación, de dependencia económica, de “(...) negación de los derechos humanos y de la democracia económica, la violencia y marginalización a la que estaban sometidas las poblaciones latinoamericanas propician la reflexión sobre la temática de la liberación a partir de diversas disciplinas y cuadros teóricos”.¹³

Teniendo presente estas consideraciones caracterizadoras, finalmente, ha de conceptualizarse mejor la noción de liberación. Parece claro que no estamos delante de una reflexión sobre la libertad, sino de un cuestionamiento “(...) sobre la realidad concreta, en que viven las personas sometidas a diversas formas de dominación, así como sobre los procesos dirigidos a la transformación de esa situación. Se trata de comprender la realidad de la dominación y el proceso de liberación”.¹⁴ Así, la *praxis* de la liberación tiene como

¹¹ MANCE, Euclides André, “Uma introdução conceitual às filosofias de libertação”, en *Revista Libertação/ Liberación*, Curitiba, Ifil, núm. 1, 2000, p. 26.

¹² Cfr. MANCE, Euclides A., *op. cit.*, p. 27.

¹³ *Idem.*

¹⁴ MANCE, Euclides A., “Desafios que a filosofia da libertação enfrenta”, en *Cadernos da FAFIMC*, Viamão, Fafimc, núm. 15, 1996. pp. 98-99.

fundamento el Otro oprimido, la reconstitución de la alteridad del excluido. En la historia de la humanidad, el intento de liberación ha sido buscado permanentemente, “liberación de todo lo que limita o impide al hombre la realización de sí mismo, de todo lo que traba el acceso a su libertad o ejercicio de ella”.¹⁵ La liberación representa el “pasaje de la alienación a la libertad. Libertad entendida como afirmación de la exterioridad radical del Otro”.¹⁶ La liberación como *praxis* que subvierte y destruye el orden presente “(...) es la crítica total a lo establecido, fijo, normalizado, cristalizado, muerto”.¹⁷ Se trata del proceso dialéctico que se contrapone a la opresión como limitación de la condición humana.¹⁸ Es la liberación como acción de trasgresión, como pasaje de ruptura, como movimiento histórico, de “(...) sujetos que están dominados y oprimidos por la condición de las personas que ejercen su propia libertad”.¹⁹ En fin, es la liberación como desafío, como transposición de lo instituido, como utopía real, como redefinición de la solidaridad y afirmación de la alteridad.

2. Tendencias y teoría de la liberación latinoamericana

Una vez presentada y explicada la noción de liberación, se pasa a la breve descripción de algunas importantes corrientes y cuadros teóricos sobre la liberación latinoamericana, las cuales permitirán avanzar en la constitución de un pensamiento crítico periférico. La riqueza del concepto de liberación y el escenario histórico de América Latina favorecieron el surgimiento de una serie de teorías críticas emancipadoras. Tales teorías de liberación, engendradas por las ciencias sociales y humanas, en el hemisferio sur, están marcadas, metodológicamente, por una perspectiva crítica, dialéctica e interdisciplinaria. Estas proposiciones liberadoras no inciden en discursos

¹⁵ GUTIÉRREZ, Gustavo, *Teologia da libertação*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1976, p. 34.

¹⁶ Cfr. AMES, José Luiz, *Liberdade e libertação na ética de Dussel*, Campo Grande, CEFIL, 1992, pp. 64 y 79.

¹⁷ DUSSEL, Enrique D., *Filosofía da libertação*, Sao Paulo, Loyola, s/d, p. 64.

¹⁸ SÁNCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, p. 165.

¹⁹ MANCE, Euclides A., “Desafios que a filosofia da libertação enfrenta”, p. 165.

técnico-científicos y abstracciones formales, sino, operando a partir de la propia experiencia social concreta, buscan examinar la coyuntura presente, llevan a la concientización emancipadora de los sujetos y a la transformación de la realidad institucionalizada.

Así, surgen diversas proposiciones epistemológicas que, teniendo en común la liberación, dirigen esta lucha teórico-práctica latinoamericana hacia la especificidad de la economía, de la teología, de la filosofía, de la educación, de la sociología, de la política, de la geografía, de la antropología y del derecho.

A. Una teoría económica para la liberación

En el esfuerzo por edificar un pensamiento liberador latinoamericano, la variable económica busca subsidios en la llamada teoría de la dependencia. Antes que nada, es necesario explicar no sólo la existencia de múltiples enfoques y autores (estructuralistas, reformistas, marxistas, ortodoxos), sino también los diferentes momentos vivenciados por el paradigma de la dependencia (nacimiento, crisis, ausencia y recuperación).

Aunque sus orígenes se encuentren en los países del Tercer Mundo, a lo largo de las décadas de 1950 y 1960 ganó fuerza en América Latina, entre los científicos sociales, como propuesta económica que respondía a los paradigmas externos que intentaban solucionar los problemas de las sociedades y regiones dependientes. Se trata de presentar una formulación analítico-interpretativa de la especificidad de los procesos y estructuras que caracterizaban la periferia latinoamericana.²⁰ La real comprensión y las alternativas señaladas para erradicar el subdesarrollo llevaron a la dependencia a obtener éxito, en la década de 1970, pasando, después, por una crisis y por la casi desaparición. En la década de 1990, la teoría de la dependencia reaparece redefinida y con más fuerza para contraponerse a los modelos económicos convencionales que no logran dar salida a los nuevos rumbos del capitalis-

²⁰ Cfr. OLIVEIRA, Odete María de *et al.*, "Paradigma da dependência", en *Paradigmas das relações internacionais*, Ijuí, Unijuf, 2000, p. 164. Consultar también: SANTOS, Theotônio dos, *A teoria da dependência, Balanço e perspectivas*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000, p. 25 y sigs.; MARINI, Rui Mauro, *Dialética da dependência*, Petrópolis, Vozes/Clacso, 2000.

mo globalizado, a la concentración de la riqueza en el Primer Mundo y a la hegemonía del neoliberalismo como pensamiento único.²¹

Naturalmente que la concepción de dependencia como referente teórico busca demostrar la relación entre el subdesarrollo económico y la organización sociopolítica de las sociedades llamadas periféricas con los procesos de dominación de los países centrales desarrollados.²²

Además de contemplar la dependencia económica externa y estructural, el paradigma en cuestión destaca los diferentes niveles de dependencia interna (social, política y cultural). La noción de dependencia implica dominación, subordinación y subdesarrollo.²³

Señala Theotônio dos Santos que el modelo de la dependencia representó un esfuerzo crítico de cuño nacionalista para comprender y franquear las limitaciones de la teoría del desarrollo de matriz eurocéntrica y proyectó internacionalmente un "debate latinoamericano sobre el subdesarrollo".²⁴

Algunos historiadores de la dependencia señalan, en las palabras de Theotônio dos Santos, cuatro propuestas centrales que la escuela propugna, o sea:

- i) El subdesarrollo está conectado de manera estrecha con la expansión de los países industrializados.
- ii) El desarrollo y el subdesarrollo son aspectos diferentes del mismo proceso universal.
- iii) El subdesarrollo no puede ser considerado como la condición primera para un proceso evolucionista.
- iv) La dependencia no es sólo un fenómeno externo, pero ella se manifiesta también bajo diferentes formas en la estructura interna (social, ideológica y política).²⁵

No obstante las críticas que el escenario pueda recibir —exclusión y desigualdad social creciente, revelado por el nuevo orden

²¹ Cfr. OLIVEIRA, Odete M. de *et al.*, *op. cit.*, p. 223.

²² Cfr. SANTIAGO, Gabriel Lombra, *op. cit.*, p. 86. Para confrontar ver: CARDOSO, Fernando; FALETTO, Enzo, *Dependência e desenvolvimento na América Latina*, 3a. ed., Río de Janeiro, Zahar, 1993; JAGUARIBE, Hélio *et al.*, *A dependência político-econômica da América Latina*, Sao Paulo, Loyola, 1976.

²³ Cfr. GOIZUELA, Roberto S., *op. cit.*, pp. 34-36.

²⁴ SANTOS, Theotônio DOS, *op. cit.*, p. 26.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

mundial globalizado y por las políticas neoliberales— favorece, más que nunca, la reconsideración de la teoría de la dependencia como instrumento metodológico capaz de contribuir, como advierte Odete M. de Oliveira, a la superación económica

(...) entre el centro (económico, tecnológico, informatizado y dominante) y la periferia (subordinada y dependiente) y la nueva forma dramática de semiperiferia del llamado Cuarto Mundo. (...). En ese sentido, la dependencia constituye un paso al frente, profundizando su campo de influencia e importancia paradigmática a la interpretación de la complejidad de las relaciones internacionales (...).²⁶

B. Una teoría teológica para la liberación

La indignación y revuelta contra la histórica situación de dominación, exclusión y violación institucionalizada a gran parte de la población (indios, campesinos, negros, obreros y minorías), motivaron el discurso y la acción práctica de teólogos, padres y pastores de una religiosidad orientada hacia la liberación. En realidad, una nueva forma de efectivizar la teología surgió a partir del Tercer Mundo, y específicamente de América Latina. Tal orientación ganó fuerza con la renovación y con la orientación más social de la Iglesia Católica, desencadenada por el Concilio Vaticano II (1962-1965) y por las conferencias del Episcopado Latinoamericano: Medellín (1968) y Puebla (1979). Se trataba de una postura no sólo orientada hacia los pobres, sino de una Iglesia capaz de luchar y sacrificarse por los desposeídos como en los ejemplos de Camilo Torres (Colombia)²⁷ y Óscar Romero (San Salvador).

Los principales defensores de la teología de la liberación, como Gustavo Gutiérrez, Hugo Assmann, Juan Luis Segundo, Clodovis y Leonardo Boff critican la teología tradicional por ejercer una función de orientación moral para los ciudadanos y para los gobernantes,

²⁶ OLIVEIRA, Odete M. DE *et al.*, *op. cit.*, pp. 224-225.

²⁷ Consultar: TORRES, Camilo, *Cristianismo e revolução*, Sao Paulo, Global, 1981. Constatar también: BOFF, Leonardo; REGIDOR, José Ramos; BOFF, Clodovis (Orgs.), *A teologia da libertação, balanço e perspectivas*, Sao Paulo, Ática, 1996, pp. 17-22 y 37-40; BOFF, Leonardo; BOFF, Clodovis, *Da libertação, O sentido teológico das libertações sócio-históricas*, 3a. ed., Petrópolis, Vozes, 1982, pp. 22-49.

teniendo como referencia tan sólo las Escrituras Sagradas y estando por “demás comprometida con la ortodoxia y con los componentes ideológicos del sistema filosófico en que se apoya, lo que redundaría en una aprobación del *status quo*, con una interpretación estática de la realidad y (...) con una interpretación ahistórica de la Palabra de Dios, y más comprometida con una superestructura de carácter ideológico (...) de que con aquello que pasa en la realidad real”.²⁸

He aquí, por lo tanto, que la nueva teología como “señales de los tiempos” implica una toma de conciencia motivada por la inserción en la *praxis* histórica, una teología, no para la contemplación, sino para la acción transformadora de la sociedad.²⁹ Una teología que tiene en cuenta la realidad de negación de la vida, la experiencia de fe de los cristianos y la liberación de los pueblos latinoamericanos. Se trata de una teología comprometida con la lucha contra las diversas formas de explotación de la vida humana y los abusos de los poderes institucionalizados. No se trata, como recuerda Olírio Colombo, de una teología elaborada en la academia o en una biblioteca, sino engendrada en la experiencia reflexiva con operadores y grupos comunitarios insertos en el proceso de liberación.³⁰ Eso explica sus funciones hermenéuticas de buscar las exigencias de la fe a partir de la *praxis*, operando en dirección de la denuncia, de la crítica y de los cambios. Más allá de eso, se utiliza el método dialéctico, en cuanto aporte apropiado de las ciencias sociales, para examinar los procesos históricos marcados por las contradicciones, estructuras y conflictos sociales. Por lo tanto, se concilia el conocimiento científico de la realidad con la reflexión teológica fundada en la *praxis* socio-política liberadora.³¹

Se trata del nuevo modo de hacer teología a partir de la adhesión social y del compromiso con la liberación de los pueblos latinoamericanos. Así, como señala Gustavo Gutiérrez, esa verdadera teología que conecta la fe con la *praxis*, tal vez no sea un tema tan nuevo

²⁸ COLOMBO, Olírio Plínio, “Notas introdutórias à teologia da libertação”, en *Libertação/ liberación*, Porto Alegre, Cefla, 1989, p. 98.

²⁹ Cfr. BORDIN, Luigi, *O marxismo e a teologia da libertação*, Río de Janeiro, Dois Pontos, 1987, pp. 65-66.

³⁰ Cfr. COLOMBO, Olírio, *op. cit.*, p. 99.

³¹ Ver: COLOMBO, Olírio, *op. cit.*, p. 102.

(...) para la reflexión en cuanto al nuevo modo de hacer teología. La teología como reflexión crítica de la *praxis* histórica es, de este modo, una teología liberadora, teología de la transformación liberadora de la historia de la humanidad (...). Teología que no se limita a pensar el mundo, sino que procura situarse como un momento del proceso a través del cual el mundo es transformado (...), en la lucha contra la explotación de la inmensa mayoría de los hombres, en el amor que libera, en la construcción de una nueva sociedad, justa y fraterna (...)³²

C. Una teoría filosófica para la liberación

Antes de retomar la discusión sobre una propuesta filosófica para la liberación en el contexto de América Latina, cabe recordar que los orígenes de la reflexión sobre la historia de las ideas filosóficas adquirieron impulso con los trabajos de Leopoldo Zea, en las décadas de 1950 y 1960. Se trataba de elaborar un pensamiento auténtico, capaz de esclarecer y transformar la realidad concreta latinoamericana. Esa propuesta, que comienza como una "filosofía de lo americano" y que avanza en dos direcciones complementarias, representadas ora por una filosofía del Tercer Mundo, ora por una filosofía de la liberación, prioriza al ser humano en la figura del latinoamericano.³³

El debate sobre las posibilidades de una filosofía a partir de América Latina engendró posiciones que polemizaron el universalismo y el regionalismo de un filosofar particular y específico sobre dicha realidad histórica y sociopolítica. Los adeptos al universalismo consideraban que la principal dificultad de la filosofía latinoamericana estaba en la imposibilidad de que tal reflexión fuera autónoma. Toda filosofía reproduciría el pensar construido en Europa. No habría, así, una formulación propia, independiente y consecuentemente original.³⁴ Ya los teóricos que reconocían un filosofar original de la historicidad latinoamericana contraponían que cualquier reflexión, con pretensión de universalidad, sólo podría ser hecha "(...) a partir

³² GUTIÉRREZ, Gustavo, *Teologia da libertação*, 3a. ed., Petrópolis, Vozes, 1976. p. 27.

³³ Cfr. QUESADA, Francisco Miró, "La filosofía de lo americano: treinta años después", en ZEA, Leopoldo (comp.), *Fuentes de la cultura latinoamericana*, México, Fondo de Cultura Económica, vol. III, 1993, pp. 31-40.

³⁴ Cfr. CESAR, Constança Marcondes, "Filosofía na América Latina: polémicas", en *Reflexão*, Pucamp, núm. 30, sep/dic 1984, p. 51.

de un determinado contexto circunstancial que de algún modo lo (...) condicionaría".³⁵

De cualquier modo, las contribuciones pioneras sobre un pensamiento filosófico latinoamericano, capaz de conciliar la historicidad nacional con la tradición universalista, de superar las formas de alienación y afirmarse como concepción reflexiva auténtica, permitió que autores, como Leopoldo Zea, Augusto Salazar Bondy, Arturo A. Roig y Rodolfo Kusch, prepararan y desencadenaran el advenimiento de filosofías de cuño libertario.

Según las sistematizaciones ya hechas por pensadores, como Enrique Dussel, Horacio Cerutti, Pablo Guadarrama y Euclides Mance,³⁶ se puede establecer la secuencia de la trayectoria de las filosofías de la liberación en las siguientes fases: emergencia, expansión y reordenamiento. La etapa del surgimiento de la filosofía de la liberación abarca el periodo de las décadas de 1960 y 1970, destacándose la polémica entre el mexicano Leopoldo Zea y el peruano Augusto Salazar Bondy,³⁷ así como el surgimiento de un pequeño grupo de filósofos de la liberación que se opusieron a las condiciones sociopolíticas vividas en Argentina (1971-1972). Luego, en el segundo periodo (décadas de 1970 y 1980), el exilio de los teóricos argentinos, la controversia entre Enrique Dussel y Horacio Cerutti, y la sistematización y difusión internacional del movimiento.³⁸ Por fin, el momento actual (final de los años 1980 y década de 1990), caracterizado por el Diálogo Norte-Sur y por la búsqueda de una filosofía intercultural.³⁹

³⁵ MANCE, Euclides A., "Uma introdução conceitual às filosofias de libertação", p. 34.

³⁶ Cfr. DUSSEL, Enrique, "Desafios atuais da filosofia da libertação", en ZIMMERMANN, Roque, *América Latina o não-ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)*, Petrópolis, Vozes, 1987, pp. 218-220; CERUTTI GULDBERG, Horacio, *Filosofía de la liberación latinoamericana*, México, FCE, 1983; GUADARRAMA, Pablo (org.), "La filosofía latinoamericana de la liberación", en *La filosofía en América Latina*, Bogotá, Ed. El Búho, 1993, pp. 314-315; MANCE, Euclides, *Uma introdução conceitual às filosofias de libertação*, pp. 38-39.

³⁷ De esta polémica resultaron los siguientes trabajos: SALAZAR BONDY, Augusto, *¿Existe una filosofía de nuestra América?*, 8a. ed., México, Siglo XXI, 1982; ZEA, Leopoldo, *La filosofía americana como filosofía sin más*, México, Siglo XXI, 1975.

³⁸ SCHUTTE, Ofelia, "Orígenes y tendencias de la filosofía de la liberación en el pensamiento latinoamericano", *Prometeo*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Guadalajara/CCYDEL, núm. 8, enero/abril 1987, p. 21.

³⁹ Ver: FORNET-BETANCOURT, Raúl, *Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da Ibero-América*, Sao Leopoldo, Unisinos, 1994; del mismo autor, *Problemas atuais da filosofia na Hispano-América*, Sao Leopoldo, Unisinos, 1993.

La interpretación de la filosofía de la liberación que terminó siendo la más conocida en diversos países de América Latina fue la versión atribuida a Enrique Dussel. En su obra *Filosofía de la liberación*, escrita en el exilio, Dussel propone no sólo una crítica a la sociedad presente que niega las condiciones de vida digna al hombre como ser-en-el-mundo, sino una ruptura radical con toda la metafísica tradicional vinculada al pensamiento europeo. La edificación de una nueva ontología y de una filosofía centrada ya no en la cultura de la dominación son inspiradas, como recuerda Constança M. Cesar, en la realidad cotidiana de América Latina. Así,

(...) existe una comprensión práctica del mundo, que sirve de punto de partida para el filosofar. Ser es ser-con el otro, es ser nosotros. (...). El mundo humano es el mundo del cara-a-cara, el mundo del tú, que se revela a través de la palabra, de la vida dialógica. Pero el ser-con es siempre amenazado: el Otro puede ser negado como exterioridad y barbarie. (...). Al negar el otro, al recusar reconocerlo como distinto y amable, reconozco mi mundo como el único posible (...). Es preciso, por eso, pensar la cuestión del otro como problema metafísico, hacer la metafísica del oprimido, la metafísica del amor y del servicio: el servicio de la liberación.⁴⁰

En efecto, la filosofía que deberá ser proyectada en su sentido liberador, no puede ser, como advierte Salazar Bondy,

(...) una variante de ninguna de las confecciones del mundo que correspondan al centro de poder actual (...) es preciso, pues, forjar un pensamiento que, por estar arraigado en la realidad histórico-social de nuestras comunidades, traduzca sus necesidades y objetivos, sirva como medio para cancelar el subdesarrollo y la dominación que tipifican nuestra condición histórica.⁴¹

D. Una teoría pedagógica para la liberación

La propuesta de la pedagogía dirigida hacia la liberación está vinculada a la nueva epistemología que rompe con la educación tradicional, elitista y formal. Se trata de pensar la educación bajo la perspec-

⁴⁰ CESAR, Constança Marcondes, *Filosofia na América Latina: polémicas*, pp. 57-58.

⁴¹ SALAZAR BONDY, Augusto, *¿Existe una filosofía de nuestra América?*, p. 121. Ver también: WOLKMER, Antonio C., *Ideologia, estado e direito*, p. 197.

tiva comunitaria, popular y antipositivista; un paradigma educacional identificado con las necesidades reales de la vida humana, con la concientización capaz de enfrentar los problemas de los agentes sociales y con el compromiso por los cambios y por la emancipación cultural de un mundo carente.

En realidad, se trata de una educación popular producida y en función de los diferentes sectores marginados por la cultura de dominación. Es la educación liberadora que rompe con la estructura escolar autoritaria, ineficiente y domesticadora, responsable por la reproducción de la injusticia de la sociedad y por la formación de padrones alienantes.⁴²

Teniendo en cuenta la educación popular que proyecta la concepción concientizadora y reestructuradora de la realidad social, es que se alcanza una pedagogía de la liberación.⁴³

En ese camino de edificar la propuesta de educación liberadora, teniendo en cuenta las sociedades periféricas de América Latina, se buscará subsidios en las formulaciones de Paulo Freire.⁴⁴ Sus propuestas se asientan en la estrategia por una "pedagogía del oprimido", o sea, la educación auténtica como proceso de concientización, *praxis* de liberación y consideración crítico-dialógica.⁴⁵

Para Paulo Freire, el reconocimiento de la opresión, de la injusticia y de la deshumanización de las sociedades latinoamericanas constituye el primer momento concreto de comprensión y de ruptura con esta realidad histórico-cultural. Se crean las condiciones para una opción radical de lucha y transformación de las sociedades mediante una práctica de educación.⁴⁶

⁴² Cfr. STEIN, Suzana Alborno, *Por uma educação libertadora*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1977, pp. 25-33.

⁴³ SANTIAGO, Gabriel L., *op. cit.*, pp. 67-75.

⁴⁴ Ver: GADOTTI, Moacir, *Pensamento pedagógico brasileiro*, Sao Paulo, Ática, 1987, pp. 26-38; DANKE, Ilda Righi, *O processo de conhecimento na pedagogia da libertação. As idéias de Freire, Fiori e Dussel*, Petrópolis, Vozes, s/d.

⁴⁵ Parte de estas reflexiones sobre Paulo Freire fueron extraídas del artículo: WOLKMER, Antonio C., "Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito", en *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, ITE/Faculdade de Direito de Bauru-SP, núm. 25, abr/jul 1999, pp. 95-104.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 97. Ver también: FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*, 6a. ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 1978, pp. 29-30; del mismo autor, *Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*, 3a. ed., Sao Paulo, Moraes, 1980, p. 52.

El cambio de la realidad presente y la restauración de la dignidad histórica de los hombres serán instrumentadas por una “pedagogía del oprimido”, forjada “con él y no para él”. Según Paulo Freire, el oprimido “es un ser que no existe por sí mismo, él solamente existe en su opresor. Sin embargo, nada puede ser hecho si el oprimido no percibe la realidad de la opresión”.⁴⁷ Se hace imperiosa, para Paulo Freire, una pedagogía que, partiendo de la opresión, torne esta situación “objeto de reflexión de los oprimidos, de la que resultará su compromiso necesario en la lucha por su liberación (...)”.⁴⁸ Frente al problema de la “conciencia oprimida y de la conciencia opresora”, surge el hombre nuevo que no será opresor, ni “más oprimido, sino hombre liberándose”.⁴⁹

Sobre el sentido de la *praxis* liberadora en la obra de Paulo Freire, Peluso señala que “es condición del ser humano ser libre para dar a la realidad una dimensión histórica y de valor. (...) En el proceso de concientización el ser humano se hace libre, humaniza al mundo”.⁵⁰ Parece claro que la concepción de libertad en Paulo Freire está distanciada de formulaciones formales y abstractas del liberalismo individualista burgués,⁵¹ así como su noción de liberación es encarada como una lucha permanente contra las diversas formas de dominación.

Una de las principales cualidades de Freire, en las palabras de Ilda Danke, “consiste en reconocer al pueblo, al trabajador, al oprimido como sujeto del conocimiento. Un conocimiento que trae, por eso mismo, la marca de la historicidad. La iniciativa en la construcción de ese nuevo conocimiento y de esa nueva educación cabe al oprimido, constituyéndose, consecuentemente, en una ‘pedagogía del oprimido’”.⁵²

En suma, la propuesta pedagógica de Paulo Freire se revela como un fuerte instrumento de cuño revolucionario que actúa íntima y permanentemente en el sentido de los cambios y de las transformacio-

⁴⁷ PELUSO, Luis A., *O projeto da modernidade no Brasil*, Campinas, Papyrus, 1984, pp. 46-47.

⁴⁸ FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*, pp. 35 y 39.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁰ PELUSO, Luis A., *op. cit.*, p. 39.

⁵¹ Cfr. WEFFORT, Francisco C., en FREIRE, Paulo, *Educação como prática da liberdade*, 22a. ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 1966, pp. 14-15.

⁵² DANKE, Ilda R., *op. cit.*, p. 14.

nes de la sociedad. Se trata de una propuesta metodológica que privilegia el diálogo, la participación, la formación de una conciencia crítica⁵³ del mundo y una nueva relación entre los hombres. De ese modo, la educación es un proceso permanentemente “expuesto por la *praxis*”, revelándose concientizante, crítica y creativa.⁵⁴

E. Una teoría geográfica, sociológica y antropológica para la liberación

La lucha en América Latina contra las diversas modalidades de dependencia y por la liberación del hombre, viene dándose en el interior de las ciencias humanas, representado por el esfuerzo, entre tantos, de investigadores de geografía (Milton Santos), sociología (Ignacio Sotello, Florestan Fernandes, Orlando Fals Borda) y antropología (Darcy Ribeiro, Alberto Vivar Flores).

Cabe recordar, primeramente, que la geografía crítica aboga por la humanización del espacio y la transformación de la realidad territorial. Se trata de usar políticamente el procedimiento científico al servicio de “(...) una geografía militante, que luche por una sociedad más justa. (...) un análisis geográfico como instrumento de liberación del hombre”.⁵⁵ Es en esa perspectiva de privilegiar el lugar geográfico que se puede registrar la contribución de Milton Santos. Reconociendo la necesaria obligatoriedad de la relación entre tiempo y espacio, Santos propone “(...) una geografía crítica que aprehenda ese espacio como categoría y como análisis concreto. La ausencia del espacio en los estudios de geografía fue el foco de la crítica del autor”.⁵⁶ Y como señala Rosa S. Alba, Milton Santos supo examinar con profundidad la crisis de la geografía tradicional y defender las condicionantes de su transposición. Ciertamente, fue el cientista social que pensó profundamente “la epistemología de la geografía, elaborando y reelaborando nuevos conceptos y categorías capaces de

⁵³ PELUSO, Luis A., *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 59-60; FREIRE, Paulo, *Conscientização*, p. 81; del mismo autor, *Pedagogia do oprimido*, pp. 211-217.

⁵⁵ Robert MORAES, A. C. apud VIVAR FLORES, Alberto, *Antropologia da libertação latino americana*, Sao Paulo, Paulinas, 1991, p. 45.

⁵⁶ ALBA, Rosa Salet, “O pensamento de Milton Santos: o filósofo da geografia”, en *Revista Grifos*, Chapecó, Argos, 2001, p. 160.

comprender el mundo actual, contribuyendo, así, con la renovación de la geografía".⁵⁷ Por lo tanto, la obra de Milton Santos, al introducir nuevos recortes para la reconstrucción dialéctica del espacio y del territorio, de los diferentes niveles de los circuitos en las verticalidades y horizontalidades y de las producciones globales y locales, posibilita los nuevos lugares de la resistencia, de la solidaridad y de la emancipación para la espacialidad de una nueva ciudadanía.⁵⁸

El atraso económico, la inestabilidad política y la incapacidad de encontrar soluciones para los problemas sociales impulsan a pensar en una "ciencia social crítica". No se trata de pensar una sociología científica, fundada en presupuestos importados, que inviabiliza tratar de forma real las necesidades de los países subdesarrollados. Así, cabe pautar una teoría sociológica de los cambios estructurales, una propuesta crítica que pase a alterar, radicalmente, la "situación que se repudia (...)", debiendo ser, antes que nada, "una sociología del desarrollo de América Latina".⁵⁹ Es la opción por una producción nacida de las propias realidades específicas nacionales, sin tomar como fuente original y exclusiva las matrices o criterios de la teoría social extranjera. La propuesta central es la defensa de una teoría sociológica auténtica y militante al servicio de la emancipación de la propia realidad nacional.⁶⁰ Estas referencias suponen aún, como considera Orlando Fals Borda, una "teoría de la subversión" moral y política que, rompiendo con la metodología positivista y con las técnicas "objetivistas" de investigación (defensa de la integración y del equilibrio social), y empleando una "investigación-acción-participativa", es capaz de vincular el conocimiento con la acción y la teoría con la práctica, así como reconocer y poner en práctica la "sabiduría popu-

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Sobre este aspecto, consultar: SANTOS, Milton, *O espaço do cidadão*, Sao Paulo, Nobel, 1987, pp. 111 y sigs.; SANTOS, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal*, 3a. ed., Río de Janeiro, Record, 2000, pp. 105-113; SANTOS, Milton, "O retorno do território", en SANTOS, M.; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura (orgs.), *Território, globalização e fragmentação*, Sao Paulo, Hucitec, 1994, pp. 15-20.

⁵⁹ SOTELO, Ignácio, *Sociologia da América Latina*, Río de Janeiro, Pallas, 1975, pp. 16, 19-20.

⁶⁰ RAMOS, Guerreiro, *Introdução crítica e sociologia brasileira*, Río de Janeiro, Andes, 1957, pp. 26, 210-211.

lar" y la "cultura del pueblo", se trate tanto de comunidades indígenas, negras, obreras y campesinas.⁶¹

También, en esa perspectiva de opción por el pueblo, fundamentalmente en la fe y en la confianza de la capacidad de los sectores populares de América Latina, representada por el indio, el mestizo y el negro, es que se encuadra la contribución de la antropología latinoamericana. En efecto, se puede pensar en una antropología a partir del hombre americano teniendo en cuenta las reflexiones de Rodolfo Kusch (antropología de la sabiduría popular), de Darcy Ribeiro (antropología dialéctica) y de Alberto Vivar Flores (antropología de la liberación). En sus escritos filosóficos y antropológicos, Rodolfo Kusch "centra su atención en la búsqueda de un pensamiento propio del hombre americano, tomando como punto de partida el pensamiento indígena y popular".⁶² La preocupación de Kusch es revelar un sujeto popular proveniente de la cultura americana y no europea, por lo tanto "(...) ir a las entrañas de la América indígena para desentrañar la luz de su visión del mundo e iluminar, con ella, al americano, en su totalidad. En otras palabras, la cultura del mero estar de la América primitiva lleva en sí una profunda sabiduría que, como saber vital, puede facilitarnos el sentido íntimo de América, justamente como un camino de redención y salvación".⁶³ De las consideraciones sobre la sabiduría popular de Rodolfo Kusch pasamos a la antropología dialéctica de Darcy Ribeiro que, también, tiene "(...) en común una actitud de franca participación en la vida social. En este sentido, procura ser una ciencia comprometida con el destino humano (...)", colocándose "al servicio de los pueblos que está dirigido".⁶⁴ Ya no como una antropología marcada por un cientificismo que perpetúa el orden social vigente, sino revelada como el propio instrumen-

⁶¹ FALS BORDA, Orlando, *El problema de cómo investigar la realidad para transformarla por la praxis*, 7a. ed., Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1989, pp. 9, 13, 27, 33 y 87. Consultar también, del mismo autor, *Conocimiento y poder popular. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México e Colombia*, México, Siglo XXI, s/d.

⁶² GUADARRAMA, Pablo, *La filosofía latinoamericana de la liberación*, pp. 318-319.

⁶³ FORNET-BETANCOURT, Raúl, *Problemas atuais da filosofia na hispano-américa*, pp. 88-89. Observar también: MAREQUE, Enrique, "Líneas fundamentales del pensamiento de Rodolfo Kusch (1922-1979)", en SCANNONE, Juan Carlos (ed.), *Sabiduría popular, símbolo y filosofía*, Buenos Aires, Ed. Guadalupe, s/d., pp. 91-110.

⁶⁴ RIBEIRO, Darcy, *Os brasileiros*, 1. Teoria do Brasil. 6a. ed., Petrópolis, Vozes, 1981, pp. 20-21.

tal crítico, capaz de examinar el proceso de formación civilizatorio y los problemas de subdesarrollo de los pueblos latinoamericanos, así como el mecanismo adecuado para analizar las estructuras de poder condicionantes y las posibilidades de desarrollo autónomo de las sociedades presentes en América Latina.⁶⁵ Subsiste, por lo tanto, el esfuerzo por una antropología comprometida con “la praxis por la liberación del hombre latinoamericano, hasta ahora considerado ‘no-hombre’ por los centros de poder”, una ciencia que contribuya para salir de la opresión y para erradicar el sufrimiento humano.⁶⁶

F. Una teoría política para la liberación

El intento humano multidimensional (social, económico, filosófico, cultural) no estaría completo sin las reflexiones acerca de un pensamiento político que, oponiéndose a las diversas formas históricas de colonización y servilismo, sea capaz de contribuir para la afirmación de la identidad y la solidaridad latinoamericana. Ese oficio de revelar la conciencia de nuestra especificidad, y apuntar la dirección política rumbo a nuestra unidad auténtica, ocupó la trayectoria de innumerables y destacados intelectuales activistas como, entre tantos, el cubano José Martí, en el siglo XIX, y el peruano José Carlos Mariátegui, en el siglo XX.

Patrono de la independencia de las Antillas y, particularmente, de Cuba, José Martí (1853-1895) defiende la unidad de la familia americana en la lucha contra la dominación y a favor de la liberación. En su célebre estudio *Nuestra América* manifiesta que los pueblos de América deben superar las divisiones internas y superar el colonialismo cultural que ha engendrado siempre la imitación servil de los modelos culturales europeos y norteamericanos.⁶⁷ Martí no ignora, como recuerda Roberto Fernández Retamar, las grandes realizaciones de los países metropolitanos, tampoco sus limitaciones y explo-

⁶⁵ RIBEIRO, Darcy, *América Latina: a pátria grande*, Río de Janeiro, Guanabara, 1986, pp. 107 y sigs.

⁶⁶ VIVAR FLORES, Alberto, *Antropologia da libertação latino-americana*, pp. 7-9 y 146.

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ, Ignacio Delgado, “La realidad americana en el pensamiento de José Martí: Nuestra América”, en SORIANO, Antonio Heredia (coord.), *Mundo hispánico-Nuevo mundo*, Visión Filosófica, Salamanca, Ed. Universidad Salamanca, s/d. pp. 257-263.

taciones; por eso la urgencia de crear un país nuevo, pensado a partir de su propia realidad, o sea, de una América mestiza, “donde se mezclan descendientes europeos, indios y africanos”.⁶⁸ Al enfatizar lo genuino y lo autóctono de “nuestra América”, José Martí en su fervor americanista y en su protesta contra las prácticas políticas exportadas de Europa señala que el

(...) buen gobernante en América no es el que sabe cómo se gobiernan el alemán y el francés, pero sí aquel que conoce de qué elementos está constituido su país, y cómo puede guiarlos [las prácticas políticas] conjuntamente para llegar, por métodos e instituciones nacidas del propio país. (...). El gobierno debe nacer del país. El espíritu del gobierno debe ser el del país. (...). El gobierno no es más que el equilibrio de los elementos naturales del país. Es por eso que el libro importado fue vencido, en América, por el hombre natural. Los hombres naturales vencieron a los letrados artificiales. El mestizo autóctono venció al criollo exótico.⁶⁹

Las afirmaciones políticas de esa personalidad que, sin dejar de ser un revolucionario democrático, mezcló originalidad, romanticismo, idealismo y nacionalismo pautó siempre por descubrir, defender y recorrer el camino propio de una América Latina criolla, confluencia solidaria de todas las razas.⁷⁰ La propuesta de una civilización mestiza latinoamericana, constituida por la identidad y originalidad del pueblo nativo emancipado, está proclamada, por lo tanto, con las palabras de Delgado González, en las tesis martinianas presentes en su conocido ensayo “Nuestra América”:

- a) “Las viejas leyes europeas no tienen validez para los nuevos pueblos de América”.
- b) “El nuevo hombre americano amarrado a sus raíces naturales no rechaza la auténtica civilización, siempre que ésta sea respetuosa”⁷¹ con la cultura autóctona periférica.

⁶⁸ RETAMAR, Roberto Fernández, “Introdução a José Martí”, en MARTÍ, José, *Nossa América. Antologia*, Sao Paulo, Hucitec/Associação Cultural José Martí, 1983, p. 39.

⁶⁹ MARTÍ, José, *Nossa América. Antologia*, pp. 195-197.

⁷⁰ Ver: MALDONADO-DENIS, Manuel, “Martí y Fanon”, en ZEA, Leopoldo (comp.), *Fuentes de la cultura latinoamericana*, México, FCE, vol. 1, 1993, pp. 415-426.

⁷¹ GONZÁLEZ, Ignacio Delgado, *op. cit.*, pp. 265-267.

c) Así, brota una nueva cultura en el interior del alma del propio pueblo latinoamericano y en el orgullo de integrar “nuestras repúblicas dolorosas de América, levantadas entre las masas mudas de indios (...) y los brazos ensangrentados de una centena de apóstoles”.⁷² Se trata de una de las más fuertes contribuciones del ideario martiniano, el reconocimiento y la confianza de la originalidad de las tierras de “nuestra América”, de esas naciones que, a diferencia de la contraposición de Domingo Sarmiento, “no hay batalla entre la civilización y la barbarie, sino entre la falsa erudición y la naturaleza. (...) Conocer el país, y gobernarlo conforme el conocimiento, es el único modo de librarlo de tiranías. La universidad europea debe dar lugar a la universidad americana. La historia de América, de los incas para acá, debe ser enseñada minuciosamente, aunque no se enseñe la de los arcontes de Grecia. Nuestra Grecia es preferible a la Grecia que no es nuestra”.⁷³

En suma, esta nueva América de José Martí se afirma en la unidad, en la independencia y en la autonomía cultural, marcada profundamente por un pensamiento particular y auténtico, resultante de la síntesis de lo primitivo y de las civilizaciones purificadas.

Además de José Martí, otra figura destacada en el ámbito de las ideas políticas y, posiblemente, uno de los mayores intelectuales latinoamericanos del siglo XX, el peruano José Carlos Mariátegui (1895-1930) fue, también, el primer y el más importante pensador marxista producido en América Latina. En sus diversos escritos filosóficos y sociopolíticos, entre los cuales sus *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Mariátegui desarrolló un modelo de pensamiento latinoamericano original, fundado en parámetros delineados por el socialismo y con sus raíces en las antiguas civilizaciones precolombinas.⁷⁴ Su crítica ilustrativa de la realidad sociopolítica de América Latina y los problemas de la estructura agraria de Perú lo llevaron a trabajar en un proyecto de transformación radical

⁷² MARTÍ, José, *op. cit.*, p. 195.

⁷³ *Ibidem*, p. 197.

⁷⁴ Cfr. SANTIAGO, Gabriel L., *op. cit.*, p. 118; BELLOTTO, Manoel L.; CORRÊA, Anna Maria M. (orgs.), *José Carlos Mariátegui: política*, Sao Paulo, Ática, 1982, pp. 30-31.

de la sociedad de su época, viabilizando, como alternativa histórica, un socialismo indo-americano referido a las relaciones de producción nacionales y a la recuperación de la tradición de cooperación y solidaridad de las comunidades incaicas.⁷⁵

El problema y la defensa indígena constituyeron una de las preocupaciones políticas centrales de Mariátegui. En ese contexto, su admiración por el pasado andino queda de manifiesto cuando reconoce que “no es la civilización, no es el alfabeto del blanco, lo que ennaltece el alma del indio. Es el mito, es la idea de la revolución socialista. La esperanza indígena es totalmente revolucionaria. El mito, la idea en sí misma, son agentes decisivos del despertar de otros viejos pueblos (...), ha de ser el pueblo inca, que construyó el más desarrollado y armónico sistema comunista (...). El socialismo les enseñó a colocar el problema indígena en nuevos términos. Dejamos de considerarlo abstractamente como problema social, económico y político”.⁷⁶

Ciertamente, Mariátegui retoma el “comunismo agrario” inca para crear un programa de desarrollo socialista en que el “indio se puede expresar y realizar como indio”.⁷⁷ Se trata de la especificidad de un socialismo capaz de convertirse en símbolo de la autonomía indígena. Es el pasaje histórico de la Indo-América, para un modelo político como exigencia de autonomía propia y concreta. Eso explica la idea medular de Mariátegui: “La solución del problema del indio tiene que ser una solución social. Son los indios quienes deben realizarla”.⁷⁸

Además de integrar el indigenismo al socialismo, Mariátegui proclama, en la implementación de la revolución socialista, la solución concreta de la cuestión nacional, pues la constitución de la nación latinoamericana pasa por la liberación social y económica.⁷⁹ Así, la

⁷⁵ Cfr. FOrNET-BETANCOURT, Raúl, *O marxismo na América Latina*, Sao Leopoldo, Unisinos, 1995, pp. 120-135; MELIS, Antonio, “Mariátegui, primer marxista de América”, en ZEA, Leopoldo (comp.), *op. cit.*, pp. 457-483, vol. 3.

⁷⁶ MARIÁTEGUI, José Carlos, *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*, Sao Paulo, Alfa-Omega, 1975, pp. 21-22. Verificar, igualmente, textos escogidos de Mariátegui en LÖWY, Michael, *O marxismo na América Latina. Uma antologia de 1909 aos dias atuais*, Sao Paulo, Perseu Abramo, 1999, pp. 102-119.

⁷⁷ FOrNET-BETANCOURT, Raúl, *O marxismo na América Latina*, p. 126.

⁷⁸ MARIÁTEGUI, José Carlos, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁹ Cfr. FOrNET-BETANCOURT, Raúl, p. 131.

naturaleza de ese socialismo, construido a partir del colectivismo autóctono, es expresada de manera incisiva por Mariátegui: "el pensamiento revolucionario, es inclusive el reformista, ya no puede ser liberal, sino socialista. El socialismo no apareció por casualidad, imitación o moda en nuestra historia, como imaginaban algunos espíritus superficiales, sino como una fatalidad histórica. (...) No es posible ser realmente nacionalista y revolucionario sin ser socialista".⁸⁰ En otro pasaje, en la conmemoración del aniversario de la *Revista Cultural Amauta*, la cual dirigió y utilizó como instrumento de su acción política, Mariátegui renueva su ideario al proclamar que "el socialismo no es, ciertamente, una doctrina indo-americana. Como ninguna doctrina, ningún sistema contemporáneo lo es ni lo puede ser. El socialismo, aunque haya nacido en Europa, como el capitalismo, no es, tampoco, específico ni particularmente europeo. Es un movimiento mundial, del cual no se sustrae ninguno de los países que se mueven dentro de la órbita de la civilización occidental. (...). El socialismo está en la tradición americana. La más avanzada organización comunista, primitiva, que registra la historia, es la inca. No queremos, ciertamente, que el socialismo sea en América su calco y copia. Debe ser creación heroica. Tenemos que dar vida, con nuestra propia realidad, en nuestra propia lengua, al socialismo indo-americano".⁸¹

Por último, cabe observar que estos dos grandes, gigantes políticos de América Latina, José Martí y José Carlos Mariátegui, aunque, viviendo en momentos distintos pero unidos por el año de 1895 (muerte de Martí y nacimiento de Mariátegui), influyeron en las generaciones posteriores en pro de la lucha por una sociedad latinoamericana más auténtica, justa e independiente. Tanto Martí como Mariátegui se opusieron a la política excluyente del elitismo local, a la histórica expropiación colonialista (Europa y Estados Unidos) y a las diversas prácticas tradicionales de dependencia cultural. Ambos fueron intelectuales revolucionarios y militantes que supieron responder a los "imperativos de autenticidad y de compromiso radical"⁸² con la cau-

⁸⁰ MARIÁTEGUI, José Carlos, "Prólogo a tempestade nos Andes", en LÖWY, Michael, *op. cit.*, p. 106.

⁸¹ MARIÁTEGUI, José Carlos, "Aniversário e balanço", en BELLOTTO, Manoel L.; CORRÊA, Anna, *op. cit.*, p. 93.

⁸² MALDONADO-DENIS, Manuel, *op. cit.*, p. 425.

sa de las necesidades históricas de liberación de los pueblos latinoamericanos.

IV. UN PENSAMIENTO CRÍTICO A PARTIR DE LA LIBERACIÓN LATINOAMERICANA

Una vez delineados la naturaleza y los múltiples subsidios teóricos de modelos de liberación, se avanza para discutir las posibilidades de un pensamiento crítico, capaz de expresar y sustentar la práctica política y jurídica en la perspectiva de América Latina.

Antes que nada, se explican las nociones de qué es "crítica" y de qué es "pensamiento latinoamericano", sus especificidades, aproximaciones e interacciones.

Para comenzar, es necesario señalar los diversos sentidos que se desprenden de la "crítica", formulación que no deja de ser ambigua y amplia, pues representa innumerables significados, siendo interpretada y utilizada de formas diversas en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, la "crítica" surge como elaboración instrumental dinámica que traspasa los límites naturales de las teorías tradicionales, no ateniéndose apenas a describir lo que está establecido o a contemplar, equidistantemente, los fenómenos sociales y reales.⁸³ Se reconoce, aún, que la "crítica" puede revelar

(...) aquel conocimiento que no es dogmático, ni permanente, sino que existe en un continuo proceso de hacerse a sí mismo. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento "crítico" sería aquel relacionado con cierto tipo de acción que resulta de la transformación de la realidad. Una teoría "crítica" solamente puede tener como resultado la liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin la liberación del ser humano.⁸⁴

Como proceso histórico identificado a lo utópico, a lo radical y a lo desmitificador, la "crítica" asume la "función de abrir alternativas de

⁸³ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, "Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito", en *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, BAURU, Ité, núm. 25, abr/jul 1999, p. 102.

⁸⁴ FREIRE, Paulo, en WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 4a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2002, pp. 3-4.

acción y margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas".⁸⁵ Una posición "crítica" ha de ser vista, por lo tanto, no sólo como una evaluación crítica "de nuestra condición presente, sino crítica al trabajar en la dirección de una nueva existencia (...)".⁸⁶

Teniendo en cuenta la crítica como instrumento de ruptura y de liberación, la cuestión que se plantea a continuación es cómo viabilizarla en la inserción de un pensamiento marcado por la identidad latinoamericana. Aunque engendrado históricamente por discontinuidades y flujos deterministas alienígenas, se puede creer en la existencia de un pensamiento latinoamericano. Seguramente, como señala Gabriel L. Santiago, "tomar como punto de partida la necesidad de un pensamiento propio" latinoamericano,

es afirmar una ideología regionalista que se construye sobre una visión particular, necesidad primaria para tornarse universalista. Es la dependencia latinoamericana que impide que ese pensamiento no logre liberarse de sus dos aspectos característicos: su servilismo en relación a los grandes centros mundiales o su oposición militante a lo que se produce allá afuera, en la ilusión de construir por oposición algo original.⁸⁷

En realidad, el pensamiento latinoamericano contenido, explícita o implícitamente, en la producción cultural de sus autores refuerza la premisa de que lo importante "(...) no es intentar afirmar tal pensamiento como verdad o como aquel más adecuado a la región, sino, por el contrario (...)",⁸⁸ es aquella manifestación apta para instrumentar la fuerza de su crítica en el sentido de contribuir a la desconstrucción de las viejas prácticas del saber y del poder dominantes.

En efecto, la edificación de un pensamiento crítico latinoamericano no implica la total negación o ruptura radical con otras formas de conocimiento heredadas del iluminismo y producidas por la modernidad europea, sino un proceso dialéctico de asimilación, transposición y reinención. Se trata de ir efectivizando como dice Salazar Bondy, una práctica cultural crítica en que la realidad histórica irá construyéndose, es un trabajo de recreación en la dirección emer-

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen, en SANTIAGO, Gabriel L., *op. cit.*, p. 44.

⁸⁶ QUINNEY, Richard, en WOLKMER, Antonio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*, p. 5.

⁸⁷ SANTIAGO, Gabriel L., *op. cit.*, p. 27.

⁸⁸ *Idem.*

gente para el nuevo proyecto de emancipación, síntoma genuino y auténtico de un pensamiento crítico orientado políticamente hacia la desalienación y para la liberación.⁸⁹

Como ya se alertó en otro momento,⁹⁰ sobre una teoría en la que el pensamiento de perspectiva crítica opera en la búsqueda de liberar al hombre de su condición de alienado, de su reconciliación con la naturaleza no-represora y con el proceso histórico por él modelado. La "crítica" como saber y práctica de la liberación debe demostrar hasta qué punto los individuos están cosificados y modelados por los determinismos históricos, pero que no siempre están concientes de las ideas inculcadas hegemónicamente, de las opresiones disimuladas y de las falacias ilusorias del mundo objetivo/real. El pensamiento crítico tiene la función de provocar la autoconciencia de los sujetos sociales oprimidos que sufren las injusticias por parte de los sectores dominantes de los grupos privilegiados y de las formas institucionalizadas de poder (local o global). En ese sentido, la "crítica" como dimensión epistemológica e ideológica tiene un papel pedagógico altamente positivo en la medida en que se transforma en un instrumento operante adecuado para el esclarecimiento, la resistencia y la emancipación, llenando al encuentro de los deseos, intereses y necesidades de todos aquellos que sufren cualquier forma de discriminación, explotación y exclusión.

De igual modo, para constituir la cultura ético-filosófica de la alteridad, a través de ciertas categorías emergentes (totalidad, exterioridad, autonomía, emancipación, solidaridad y justicia),⁹¹ un pensamiento crítico en la perspectiva latinoamericana, sea como forma de destrucción de la dominación, sea como instrumento pedagógico de la liberación, implica dos condiciones esenciales:

- a) Se inspira en la "praxis concreta" y en la situación histórica de las estructuras socioeconómicas de América Latina, secularmente expropiadas, dependientes, marginadas y colonizadas.

⁸⁹ SALAZAR BONDY, A., en ZEA, Leopoldo, *El pensamiento latinoamericano*, p. 526.

⁹⁰ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, "Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito", pp. 102-103. También constatar: *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, pp. 9-11.

⁹¹ Tales valores emergentes son discutidos en la obra: *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nova cultura no direito*, pp. 261-273 y 337-344.

b) Las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en las propias culturas teológica, filosófica y socio-política latinoamericanas.⁹² En ese aspecto, cabe incorporar las bases generadoras de un pensamiento periférico autóctono de vanguardia, advenidos tanto de la *Teología* (Gustavo Gutiérrez, Hugo Assmann, Clodovis y Leonardo Boff) y de la *Filosofía* (Enrique D. Dussel, Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Zea, Alejandro Serrano Caldeira, Raúl Fonet-Betancourt) como de la *Economía* (Rui Marini, Theotônio dos Santos, Celso Furtado, Franz J. Hinkelammert), de la *Geografía* (Milton Santos), de la *Pedagogía* (Paulo Freire), de la *Sociología* (Fals Borda), de la *Antropología* (Darcy Ribeiro), de la *Política* (Jose Martí, José Carlos Mariátegui) y del *Derecho* (Jesús Antonio de la Torre Rangel, David Sánchez Rubio).

V. PARA UNA FILOSOFÍA CRÍTICA DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Habiendo esbozado la naturaleza, los intentos y las condiciones determinantes de un pensamiento crítico en la perspectiva latinoamericana, hay que examinar, por último, de qué forma esa formulación podrá sustentar una nueva cultura en la política y en el derecho.

Teniendo en cuenta los conceptos de “crítica”, como expresión del conocimiento radical desmitificador, y “liberación”, como transposición de lo instituido opresor y como afirmación de la exterioridad auténtica del otro, pasamos, ahora, a la clara conexión con lo que es política y derecho como instrumentos de saber epistemológico y de práctica operacional. En concreto, el “criterio” original de toda y cualquier filosofía crítica de la política y del derecho será expresar la defensa de los principios básicos de la vida humana digna, y de la libertad y de la justicia.⁹³ Seguramente, el saber crítico de la liberación, ya no deberá ser apenas una “teoría de la libertad” como discurso de denuncia de la opresión y de la dependencia, sino que

⁹² Segmentos de ideas escogidos de: *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nova cultura no direito*, pp. 268-269.

⁹³ Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, pp. 180-183.

deberá contribuir para desarrollar mecanismos concretos de actuación y ejecutar prácticas efectivas de transformación de las estructuras vigentes.

Es en esa perspectiva que una filosofía política crítica, teniendo en cuenta la liberación, asume la responsabilidad de instrumentar la razón de ser y la justificativa de luchar contra lo que Enrique Dussel designa “la no-verdad, la no-validez (deslegitimación), la no-eficacia de la decisión, norma, ley, acción, institución u orden político vigente e injusta desde la perspectiva específica de la víctima”.⁹⁴ De esta manera, la política crítica revela un diagnóstico científico y una praxis transformadora de las patologías de lo instituido y de las diversas formas de la “negatividad material” (miseria, marginalidad, exclusión, negación de la ciudadanía). El punto de partida de la política crítica es la “negatividad material”, factor determinante para que el orden político vigente imposibilite la “reproducción de la vida” y la “participación” legítima y democrática de los “oprimidos del proceso de globalización, de las clases explotadas, de las poblaciones autóctonas excluidas, de los marginados, de los inmigrantes pobres y de tantos otros grupos sociales victimados (...)”.⁹⁵ La política crítica debe comprometerse con los “actores sociales diferenciados y excluidos”, buscar “organizar los movimientos sociales necesarios” y contribuir para edificar “positivamente alternativas a los sistemas político, jurídico, económico, ecológico y educativo vigentes (...)”.⁹⁶ La verdadera filosofía política crítica, que sobrepasa el particularismo crítico posmodernista, pauta en el decir de Dussel, por estrategias crítico-emancipadoras, desencadenando luchas en diferentes “frentes de liberación” (de los excluidos, de los pobres, de las razas discriminadas, de los sexos oprimidos, de los viejos descartados, de los niños explotados, de los pueblos ignorados, de las culturas aniquiladas, de las etnias despreciadas) y afirmando el desarrollo de la vida y de la libertad humanas en su dimensión universal. En suma, la filosofía crítica de la política debe actuar asumiendo la responsabilidad por lo otro y contribuyendo a implementar estructuras políti-

⁹⁴ DUSSEL, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 54.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 58-59.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 60.

cas justas y legítimas, mediante “nuevas normas, leyes, acciones, instituciones (...) políticas”.⁹⁷

De igual modo, al discutirse y al proyectarse una nueva filosofía política, no menos relevante es extender la problematización a la cuestión de una juridicidad crítica, bajo la perspectiva latinoamericana.

Es imprescindible también, para cualquier reflexión sobre derecho y justicia, tener como punto de partida el paradigma de la “vida humana”. En la óptica de las premisas orientadoras de la ética de la liberación, Enrique Dussel advierte la necesidad de la vida humana para el desarrollo y la instauración de una realidad social, justa, que pase a restaurar “(...) la dignidad negada a la vida de la víctima, del oprimido o excluido”.⁹⁸ Esta perspectiva de la alteridad que prioriza al ser humano concreto, se manifiesta en la fundamentación crítica de otra juridicidad y en la condición real de emergencia de nuevos derechos esenciales. De ese modo, frente a los grandes paradigmas de la tradición occidental (ser, conocer y comunicación),⁹⁹ Dussel presenta, en la transposición de la totalidad excluyente y en la dimensión, ahora, de la exterioridad liberadora, elementos críticos de una ética centrada en el “Otro”, base para repensar la cuestión de la justicia y de los derechos humanos.

Así, el concepto de liberación, extraído de la ética de la alteridad de Dussel, ha favorecido el surgimiento de un análisis crítico de la juridicidad formalista y opresora por parte de jusfilósofos como Jesús Antonio de la Torre Rangel (México), David Sánchez Rubio (España) y Celso Ludwig (Brasil).

Hay que considerar, como afirma Jesús Antonio de la Torre Rangel, que el derecho tiene su raíz en el ser humano. Sin duda, “es el Otro, desde la exterioridad, quien dará siempre la pauta de una búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, de la justicia y del bien común”.¹⁰⁰ Más específicamente, con las palabras de Torre

⁹⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁸ DUSSEL, Enrique, *Ética da libertação. Na idade da globalização e da exclusão*, Petrópolis, Vozes, 2000, p. 93.

⁹⁹ Ver: AZEVEDO, Mônica Louise DE, “Direito humanos e filosofia da libertação”, en *Revista Argumenta*, Jacarezinho, Fundinopi, 2001, pp. 184-185.

¹⁰⁰ TORRE RANGEL, Jesús Antonio DE LA, *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*, México, Porrúa/UAA, 2001, p. 100.

Rangel, la juridicidad moderna, por ser alienante, será sobrepasada por un pensamiento crítico-filosófico que tenga en cuenta la

(...) lucha del pueblo por justicia, cuando el otro sea reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual, sino del distinto portador de la justicia en cuanto otro. El derecho perderá su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. Es el rastro del otro como clase alienada que provoca la justicia (...). Por esa razón, (...) la búsqueda de la justicia concreta rompe con todo un aparato jurídico que sólo existe para mantener el lucro y el poder.¹⁰¹

En otra juridicidad crítica que parte de los aportes de Dussel y Hinkelammert, Sánchez Rubio muestra igualmente que la liberación se legitima como expresión de la lucha de los excluidos por sus derechos. De hecho, al relacionar liberación con justicia y derechos humanos, el profesor de la Universidad de Sevilla, deja claro que, “(...) hablar de liberación es apostar por determinada concepción de Justicia cuya opción son los pobres y que, en el contexto actual, se manifiesta (...) con las víctimas del sistema social capitalista”.¹⁰² Eso explica la razón del concepto de justicia volverse tan importante en América Latina. Precisando aún más, Sánchez Rubio puntualiza que la justicia reclamada por los colectivos marginados y por los pobres excluidos de sus derechos, se revela como la fuente más auténtica “(...) de toda lucha contra situaciones de explotación. El derecho a la vida y el derecho a la libertad entendida en un sentido tanto individual como colectivo, modelan el espacio mínimo a partir del cual la dignidad humana es desarrollada en los contextos de adversidad, miseria y dominación”.¹⁰³

Por su parte, el jusfilósofo de Curitiba, Celso L. Ludwig, sumándose a la reflexión sobre una juridicidad crítica como filosofía jurídica de la alteridad, corrobora en la proposición dusseliana de que es a partir del concepto epistemológico de exterioridad “(...) que se puede romper el sentido de lo justo totalmente. La justicia, por lo tanto, no es un acto de concesión dentro de la totalidad, sino una exigencia

¹⁰¹ TORRE RANGEL, Jesús Antonio DE LA, *El derecho que nace del pueblo*, Aguascalientes, Cira, 1986, p. 56.

¹⁰² SÁNCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, p. 178.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 157 y 180.

que parte de la exterioridad y que deberá ser evaluada, buscada y construida con base en la realidad histórica concreta, protagonizada por el pobre/oprimido. Así, la exterioridad es fuente axiológica de exigencia de justicia".¹⁰⁴

En efecto, el pensamiento crítico, forjado en la denuncia y en la lucha de los propios oprimidos contra las falsas legitimidades y las falacias opresoras del formalismo legalista de la modernidad, sirve de base para una auténtica y genuina filosofía jurídica de la alteridad. Reconoce Dean F. B. de Almeida que, al contribuir para superar el formalismo juspositivista, la propuesta de la alteridad jurídica latinoamericana "(...) representa una nueva postura práctico-reflexiva (...) rompiendo con la hegemonía del pilar regulación y con el mito de la modernidad norteamericana".¹⁰⁵

En suma, en esas condiciones orientadas por una filosofía jurídica crítico-libertaria, las prácticas de juridicidad se evaden del individualismo sistemático de dominación para transformarse en instrumento democrático-pedagógico de cambio social. Esta filosofía jurídica de la alteridad, incorporando las necesidades fundamentales (libertad, justicia, vida digna y derechos humanos) de los nuevos sujetos, posibilita el verdadero descubrimiento del Otro, un derecho que revela por encima de todo la dignidad del Otro, que lo respeta y lo protege. El derecho orientado hacia la liberación deja de legitimar y asegurar los intereses de los sectores sociales dominantes "(...) para transformarse en el instrumento vivo de humanización de la sociedad latinoamericana (...)".¹⁰⁶

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los conceptos aquí presentados resaltaron la necesidad de buscar y reconocer las fuentes de un pensamiento gestado a partir de la propia

¹⁰⁴ LUDWIG, Celso L., en SILVA FILHO, Jose Carlos MOREIRA DA, *Filosofía jurídica da alteridade*, Curitiba, Juruá, 1998, p. 242. Sobre las relaciones entre la filosofía de la liberación de Enrique Dussel y la filosofía jurídica bajo un enfoque crítico, consultar: LUDWIG, Celso Luiz, *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*, Dissertação de Mestrado, UFPR, 1993.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Dean Fabio Bueno DE, *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*, Curitiba, 2002, p. 24, mimeo.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Dean Fabio Bueno DE, *op. cit.*, p. 25.

realidad histórico-social latinoamericana y que, teniendo en cuenta los principios de la "vida humana" negada, de la "crítica" y de la "liberación", sea capaz de motivar la reinención de la teoría y de la práctica, en el ámbito de la política y del derecho. Se constató que, por un lado, la filosofía política debe contribuir en la producción de un conocimiento que sirva para una praxis transformadora de las patologías de lo instituido y de las diversas formas de "negatividad material" y, por otro lado, que la juridicidad, marcada por la alteridad debe comprometerse con la superación del viejo formalismo juspositivista, y engendrar una legalidad liberadora como legitimación de la exterioridad del Otro, expresión más auténtica de la vida humana justa y emancipadora.

Se trata, por lo tanto, del esfuerzo de liberación y humanización en la redefinición de un nuevo hombre y de un nuevo cuadro societario para América Latina. En este intento de forjar una dimensión nueva y universal de la vida humana con dignidad es que se justifica la construcción teórica de un genuino pensamiento fundado en raíces autóctonas, pues, como recuerda Alejandro Serrano Caldeira,¹⁰⁷ las posibilidades y el significado del pensar latinoamericano no sólo tienen en cuenta la "reabsorción crítica del pensamiento occidental", sino que, sobre todo, al representar la praxis de las sociedades emergentes, explicita conceptos y categorías de un pensamiento nuevo y liberador con identidad propia.

¹⁰⁷ SERRANO CALDEIRA, Alejandro, *Filosofía e crise. Pela filosofia latino-americana*, Petrópolis, Vozes, 1984, pp. 92-93.

SECCION MONOGRAFICA

LAS CARPETAS DE *DICTÁMENES, CARTAS Y OPINIONES CONSTITUCIONALES* DE DON MANUEL HERRERA Y LASSO

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La labor de respuesta del jurista*. III. *El contenido de las carpetas*. IV. *Los dictámenes, cartas y opiniones constitucionales de Manuel Herrera y Lasso*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace apenas un poco menos de dos años escribí en la *Introducción a Casa construida sobre roca* —espléndido libro que reúne la labor literaria, histórica, espiritual, y humanista, así como los estudios jurídicos y políticos que andaban por ahí todavía sueltos de don Manuel Herrera y Lasso— refiriéndome a las “decenas de dictámenes y estudios que escribió como consejero de la presidencia de la República, de la Procuraduría del Distrito y Territorios Federales y de la Cámara de Diputados” que “a otros corresponderá sacarlos a la luz”. Pensaba entonces que mi relación editorial —no intelectual, y menos magisterial— con la obra del maestro que no conocí, pero llegué a admirar, había concluido: desde 1985 comencé a trabajar en ella y parecía que otros autores y temas me obligaban a dejarla definitivamente. Pero una cosa son las intenciones de los hombres y otra lo que el destino les tiene reservado. Ahora, por lo mismo, vuelvo a ocuparme de este jurista sin par, de este mexicano patriota, de este cristiano cabal y, sobre todo, de este modelo de maestro, insustituible y necesario más que nunca en nuestros días. La ocasión la brinda el hecho de abrirse la posibilidad de publicar los mencionados “dictámenes y

estudios”, dado el interés que han mostrado en ello diversas instituciones como el Senado de la República, la Fundación Rafael Preciado Hernández, el Fondo de Cultura Económica y el Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, sin que todavía se pueda asegurar su publicación por alguna o algunas de estas instituciones. De cualquier modo, el mero interés mostrado y la mera posibilidad de su publicación —con la que se consumaría “el designio” de su autor de dar cima a lo que consideró un auténtico “deber patriótico”—¹ me han permitido adentrarme en el conocimiento más detallado de las diversas carpetas que guardan dichos dictámenes, opiniones, cartas y estudios inéditos, conservados gracias a la previsión y sentido del orden del propio don Manuel y de su hija, la Srita. Raquel Herrera y Lasso, quienes se dieron a la tarea paciente y ardua de ordenarlos y organizarlos, como lo hicieron con la inmensa mayoría de los materiales que en su momento dieron vida a los tres tomos de *Estudios constitucionales* (Jus, 1942; Jus, 1964; Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, 1987), a los *Ensayos filosóficos* (Jus, 1968), y al mencionado *Casa construida sobre roca* (Escuela Libre de Derecho, 2002).

A ese material, fruto de la tarea consultora del alumno fundador de la Escuela Libre de Derecho y su rector honorario desde el año de 1954, se refirió el propio autor en los *Estudios* publicados en 1964: “A ello se suman, duplicando el volumen del acervo, los —inéditos— dictámenes de consultor que desde 1952 he emitido para la Presidencia de la República primero y la Secretaría de la Presidencia después”.² Recuérdese que don Manuel había sido nombrado por el presidente Miguel Alemán, abogado consultor de la presidencia, gracias a la recomendación del Lic. Jorge Viesca, discípulo y amigo de don Manuel, no en 1952 sino desde 1947, como parte de la política de acercamiento implantada por él respecto de personalidades, políticos e intelectuales, considerados como opositores a un sistema que cada vez mostraba más cínicamente sus deseos y sus recursos para mantenerse en el poder sin tolerancia de la menor crítica, pero que llamaba a colaborar a los mejores especialistas de cada materia; ré-

¹ HERRERA Y LASSO, Manuel, *Estudios constitucionales*, Segunda Serie, México, Jus, 1964, p. 8.

² *Ibidem*.

gimen “neocientífico” o “pretecnocrático”, como quiera verse, pero, por lo mismo, de indudable eficiencia administrativa. El “giro” anticardenista de los gobiernos de Ávila Camacho y de Alemán, que supuso el final de la amenaza “socializante”, así como la situación económica del constitucionalista, quien hasta entonces había ejercido libremente su profesión, era un reconocido editorialista y había participado en la fundación del Partido Acción Nacional, debieron pesar en su decisión para aceptar dicho nombramiento. Se acercaba entonces a los sesenta años, nunca le había interesado mayormente el dinero pero, por la misma razón, no estaba como para desechar una ayuda económica significativa. Gracias a la intervención de otros de sus ex alumnos en la Escuela Libre, como Donato Miranda Fonseca, y Julio Sánchez Vargas, nunca más dejó de asesorar al gobierno federal en cuestiones constitucionales, sin que por esto haya perdido o disminuido su capacidad de crítica al poder, a la constitución y a las instituciones políticas vigentes, como puede comprobarse con la simple lectura de los estudios constitucionales y escritos políticos publicados o leídos durante los siguientes años; el asunto de los intentos reeleccionistas del propio presidente Alemán, a los cuales don Manuel se opuso, es un magnífico ejemplo de su capacidad para defender su independencia intelectual. El presidente Ruiz Cortines ratificó ese nombramiento precisamente en 1952, año en el que también fue designado consultor de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales. Fue el presidente López Mateos quien, en 1958, lo nombró abogado consultor de la Secretaría de la Presidencia, cuyo titular —el primero de la recién creada secretaría— era entonces el Lic. Donato Miranda Fonseca. Díaz Ordaz lo ratificó en este cargo en 1964, año en el cual la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión también lo designó como su abogado consultor. De esta forma una mayoría considerable de los distintos *dictámenes, opiniones, cartas y estudios* elaborados por el célebre constitucionalista y conservados en distintas carpetas se refieren al lapso comprendido entre 1947 y su muerte, acaecida la Semana Santa de 1967, y se relacionan con asuntos o problemas planteados por las cuatro instituciones mencionadas, tres dependientes del Ejecutivo Federal, y una parte integrante del Congreso general. Sin embargo, el conjunto de materiales conservados revela la existencia de escritos de épocas anteriores, desde 1917 y 1919 los más antiguos, y no

todos inmediatamente relacionados con una consulta planteada por los organismos señalados.

II. LA LABOR DE *RESPONSA* DEL JURISTA

En el rico material conservado en las carpetas referidas aparece una faceta hasta ahora poco conocida de la tarea profesional de Herrera y Lasso. Si la mayoría de sus escritos hasta ahora publicados fueron resultado de su labor periodística, o como uno de los conferenciantes jurídicos más notables del siglo XX en México, o bien como consecuencia de una vocación intelectual, en ocasiones inevitablemente polémica, que lo llevó a ser uno de los críticos más lúcidos de la Constitución de 1917 en sus aspectos técnicos, un defensor apasionado de su fe religiosa y de un auténtico patriotismo, así como un conocedor de la sociedad y de la historia mexicanas sobre las bases de un humanismo auténtico, los dictámenes y opiniones conservados y aún inéditos nos permiten adentrarnos en el conocimiento de la tarea profesional, ya no del maestro de derecho constitucional, sino del constitucionalista experto que frente a problemas concretos que la realidad política y jurídica plantea, se exige o se le exige dar respuesta oportuna desde la atalaya de su saber especializado, con toda la *auctoritas* de quien sabe y convence por su saber, y de quien, sin embargo, no tiene la mínima *potestas* para imponer su solución. Labor, ésta, la más propia del jurista, que ni es por fuerza abogado, ni juez, ni notario, pero sí maestro de un *ars* que pretende encontrar en todo momento una solución jurídica siempre razonable, viable, real, posible, prudente, y... justa. Don Manuel fue nombrado expresamente "abogado consultor", lo que nos lleva a lamentar, una vez más, cómo en nuestro país la confusión de términos y conceptos se ha impuesto para deformar funciones y profesiones, pues Herrera y Lasso nunca litigó las consultas que se le encomendaron. Habría sido mejor conservar en nuestra cultura jurídica el concepto de *jurista*, o el de *jurisprudente* o *jurisconsulto*, los que supondrían la irrelevancia del uso del término "consultor", pues el jurista por fuerza siempre es consultor—de un problema jurídico planteado por sí (*quaestiones*) o por otro (*responsa*)— y su función consiste siempre en emitir una opinión fundada en su saber especializado, independientemente de que dicho saber sirva o se utilice para dirimir un conflicto ante un juez

(*iudex*) o árbitro (*arbiter*), con el auxilio de un abogado (*advocatus*).³ Don Manuel obtuvo el título de abogado que la Escuela Libre de Derecho confiere a sus egresados, pero muy pocas veces litigó ante tribunales, su verdadera profesión fue la de ser un jurista, es decir, un experto en derecho que sabe (y por lo mismo tiene autoridad para hacerlo) *responder* a quien le plantea una consulta, bien sea un particular, un abogado, una institución privada o pública, una empresa, e incluso (y ojalá esto fuera más frecuente en nuestro desolado mundo judicial) un juez.⁴

En las diferentes consultas que hubo de desahogar Herrera y Lasso durante los años que fungió como asesor de las diversas instituciones que lo designaron como "abogado consultor", aparece, pues, el auténtico *jurisconsulto*, el que pone su saber al servicio de la solución de una consulta jurídica planteada por otro, de un caso o problema concreto que hay que resolver, y al que *responde* por escrito. En consecuencia, en los dictámenes y opiniones constitucionales de don Manuel encontramos lo mejor de su labor como *jurisconsulto*, aunque en ocasiones, como ocurre en toda labor consultiva que exige respuestas breves y concisas, no exhiba la erudición ni la profundidad que sí aparecen en sus otros estudios constitucionales, frutos de una labor intelectual más detenida y reflexiva.

Cabe aclarar, que ya en la segunda serie de estos estudios se publicó uno, resultado de su labor consultiva: "El Ministerio Público, su evolución histórica en el México independiente", solicitado por el Lic. Fernando Román Lugo, Procurador de Justicia del Distrito y Territorios Federales, en marzo de 1961,⁵ mientras que en los *Estudios políticos y constitucionales* publicamos el dictamen sobre los símbolos nacionales que había solicitado el Lic. Benito Coquet a nombre del presidente de la República, y que Humberto Ferral Hernández publicó en 1968 en el folleto titulado *Los símbolos nacionales*;⁶ expedientes ambos que se conservan en las siguientes carpetas. Por último, en *Casa construida sobre roca* publicamos la opinión que

³ Sobre las diferencias de abogados y juristas *vid.* D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1977, pp. 56-58.

⁴ *Idem*, pp. 73-74.

⁵ HERRERA Y LASSO, *op. cit.*, pp. 187-223.

⁶ México, s.e., 1968.

don Manuel dirigió al Lic. Abraham García Paniagua, el 21 de junio de 1965, y la carta dirigida al Lic. Alfonso Martínez Domínguez, Presidente de la Gran Comisión de la Cámara de Diputados, en julio del mismo año, en relación con la entonces proyectada obra magna *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, que la mencionada Cámara publicaría en 1967.⁷

III. EL CONTENIDO DE LAS CARPETAS

Se trata de nueve carpetas, de las llamada "eléctricas", que los originales compiladores identificaron con el título que aparece en cursivas, aunque alguna ya perdió la etiqueta que la identificaba; por el contrario, el número de cada carpeta, así como los años donde se ubican los documentos, son de mi responsabilidad. Presento a continuación dos listados del contenido documental que guardan: uno se refiere a todos los documentos en general que contienen las carpetas y el segundo, donde se especifican los dictámenes, opiniones, y estudios escritos por Manuel Herrera y Lasso, extraídos del listado anterior y que bien pudieran ser objeto de su publicación en un libro *ad hoc*.

Como se podrá apreciar de la lectura del primer listado se conservan documentos de la más diversa naturaleza, en ocasiones sueltos, pero en su mayoría formando "expedientes" donde los documentos aparecen engrapados. Por esta razón, el número del listado a veces se refiere a un documento, mientras que en otras ocasiones se relaciona con un conjunto de documentos agrupados por los compiladores. Ante la posibilidad de agrupar los distintos documentos relacionados entre sí que obraban separadamente, incluso en carpetas diversas, he preferido respetar el orden original de la compilación relación documental. Aparece aquí una rica variedad documental: leyes y decretos o sus proyectos e iniciativas, apuntes de alegatos, estudios doctrinales, discursos fúnebres, cartas, dictámenes, opiniones, exposiciones de motivos, borradores manuscritos, noticias, actas de sesiones, notas, recortes periodísticos, solicitudes, oficios y memorándums. Y sobre

⁷ Vid. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Un proyecto de historia constitucional mexicana", en *Estudios jurídicos en homenaje a Manuel Herrera y Lasso 1890-1990*, México, Escuela Libre de Derecho, 1990, pp. 23-25, y HERRERA Y LASSO, *Casa construida sobre roca*, pp. 166-169.

una también rica variedad temática: beneficencia pública y privada, instituciones de salud, títulos profesionales, sesiones extraordinarias del Congreso, procedimientos civiles, seguro social, dominio de tierras por parte de extranjeros, privilegios de las Naciones Unidas, ministerio público, erección de un nuevo Estado, patrimonio de Petróleos Mexicanos, congresos municipales, gobierno municipal del Distrito Federal, Constitución de 1917, tráfico de estupefacientes, juicio de amparo, viajes presidenciales, pena de muerte, secretarías de Estado, días festivos, comisión permanente, fuero judicial, El Chamizal, etc. Algunos de estos temas se relacionan o son los mismos de varios estudios publicados ya en sus libros.

CARPETA I "Procuraduría I" (1939-1966)

1. *Ley de Secretarías y Departamentos de Estado*. 30 de diciembre de 1939, Mecanuscrito [Mc], 2 fs.
2. Consulta del 11 de octubre de 1949 sobre títulos profesionales. Firmado Manuel Herrera y Lasso [MHL] (Mc.), 14 fs.
3. *Apuntes de Alegato*. 31 de mayo de 1950 sobre la Ley de Beneficencia Privada. Firmado MHL. (Mc. con notas manuscritas) 14 fs.
4. *Oficio* a la H. Cámara de Diputados acompañándole la iniciativa de La Ley Electoral de los Poderes Federales, la Ley de Partidos y copia de la iniciativa de reforma constitucional para crear el Tribunal Federal de Elecciones. 12 de noviembre 1948. Sin firma. (Copia mc.), 11 fs.
5. *Idem*.
6. *Iniciativa* dirigida a las Cámaras de Diputados y Senadores sobre la necesidad de que las cámaras convoquen a las corporaciones, asociaciones o agrupaciones que puedan resultar afectadas por los proyectos de leyes y decretos. Sin fecha (Mc.) Sin firma, pero con correcciones manuscritas de MHL. 5 fs.
7. *Idem*, copia.
8. *Idem*, copia.
9. "*Iniciativa* de reformas y adiciones a los artículos 76 y 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 5 de noviembre de 1953 (Mc.) Firmado por el senador Silvano Barba González. 11 fs.

10. *Memorándum* de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales [PJDF] sobre la reimplantación de la Pena de Muerte. 30 de julio de 1953. (Mc.) Sin firma. 9 fs.
11. Carta de Alberto María Carreño, Secretario Perpetuo de la Academia Mexicana, al Lic. José Vivanco R. sobre la interpretación de la palabra "ex officio". 29 de enero de 1958. (Copia manuscrita).
12. "*Dictamen* sobre el Proyecto de Decreto que crea el Instituto Nacional de Otorrinolaringología, Audiología y Fonética". 28 de marzo de 1958. (Mc. notas manuscritas) Firmado MHL. 5 fs.
13. Hoja suelta: borrador de propuestas de reformas no identificadas. Manuscrito.
14. *Exposición de motivos* dirigida a la Cámara de Senadores sobre adiciones a la denominación de la Constitución, al rubro del Título Primero, capítulo primero, al artículo 103 fracción I y otros de la Constitución. 15 de septiembre de 1953. Firmado por Alberto Trueba Urbina. (Mc.) 6 fs.
15. Expediente que contiene el *Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General*. Septiembre de 1957, suscrito por Adolfo Ruiz Cortines. (Copia mc.). *Dictamen* sobre el Proyecto de Reglamento. 9 de febrero de 1956. Firmado MHL. 25 fs. Corolario al dictamen anterior, 12 de marzo de 1956, 1 f.; y *Proyecto de Reglamento Interior* de igual fecha suscrito por I. M. P. [Ignacio Morones Prieto]. 5 fs.
16. "Decreto del 1 de junio de 1942" sobre Defensa del Territorio Nacional (Mc.) 1f.
17. "Decreto que modifica la *Ley de Secretarías y Departamentos de Estado*, creando la Secretaría de la Asistencia Pública". 31 de diciembre de 1937. (Mc.) 3 fs.
18. *Expediente* sobre el Decreto del Congreso que permite al presidente Adolfo Ruiz Cortines ausentarse temporalmente del territorio nacional. Oficio a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión para convocar al Congreso a periodo extraordinario de sesiones por este motivo. Sin fecha (Mc.), 3 fs. "Preceptos constitucionales que rigen, en el caso, la secuela parlamentaria". Sin fecha (Mc.), sin firma, pero de MHL, 3 fs.
19. "Reformas al artículo 200 del Código Penal del Distrito". Sin fecha (Mc.). Sin firma, pero de MHL. 1f.

20. *Carta y propuesta* al diputado Abraham Aguilar Paniagua sobre reforma del artículo 59 constitucional. 28 de diciembre de 1964. (Mc.) Firmado MHL. 4 fs.
21. *Carta* para el Lic. Gilberto Suárez Torres, Procurador de Justicia del Distrito y Territorios Federales, sobre reforma al artículo 43 constitucional. 1 de julio de 1966. (Mc.) Firmado MHL. 2 fs.

CARPETA II "Procuraduría II" (1919-1966)

1. *Expediente y copias sobre proyecto de reforma a diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales*. Oficio de Gilberto Suárez Torres a MHL y otros, sobre el proyecto de reforma. 1 de agosto de 1966. (Mc.) *Dictamen* sobre reformas Código de Procedimientos Civiles del D. F. 22 de septiembre de 1966. Suscrito por MHL. 7 fs. Mecanuscrito con diversos artículos del *Código de Procedimientos Civiles*. 2 fs. *Acta de la sesión sobre reforma relativa a la excepción de conexidad y acumulación de autos*. 12 de agosto de 1966. Firmada MHL y otros. 1 foja. *Oficio* dirigido a la Cámara de Diputados por las Comisiones unidas Primera y Segunda de Justicia, sobre el proyecto de reformas para el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Sin fecha. (Mc.) 8 fs. *Acta de la sesión de 8 de agosto de 1966 de la Comisión formada para dictaminar sobre las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales*. Firmada por MHL y otros. 2 fs. *Proyecto* de reformas al recurso de Apelación Extraordinaria. Sin fecha. Firmado MHL y otros. 4 fs.
2. Notas manuscritas sobre Procuraduría y Ministerio Público. Sin fecha. Letra de MHL y otra. 13 fs.
3. Cuadernillo sobre "La autonomía judicial". Sin fecha. Sin firma. Mimeógrafo. 11 fs.
4. *Dictamen* sobre Títulos Profesionales expedidos por el Estado de Morelos. Marzo 1956. (Copia mc.) Firmada MHL. 20 fs.
5. Transcripción mecanuscrita de la *Ley de Jurados* del 15 de junio de 1869.
6. "El Ministerio Público en México". Artículo sin firma, pero de MHL. (Mc. con correcciones manuscritas.) 13 fs.

7. *Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y territorios federales*. 2 de octubre de 1929, y reformas posteriores, 30 de diciembre de 1946. (Mc.) 28 fs.
8. *Idem*.
9. Transcripción de los primeros artículos del *Código de Procedimientos Penales*. 15 de septiembre de 1880. 5 fs.
10. *Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales*. 9 de septiembre de 1919. (Mc.) 13 fs.
11. Facsímil del Decreto de Vicente Chico Sein, Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y Gobernador Interino de San Luis Potosí, sobre fondos para la Instrucción Primaria. 6 de agosto de 1859. 1 foja.
12. *Expediente* en relación con la solicitud de Jorge Reyes Tayabas al Lic. Eugenio Ramos, Presidente de la Barra Mexicana, sobre el ejercicio de la profesión de abogado. Enero de 1967. (Mc.) 10 fs.
13. *Dictamen* sobre facultades interpretativas de la Procuraduría General de la República. 17 de agosto de 1954. Firmado MHL. (Mc.) 5 fs.
14. "La Escuela Técnica de la Policía Judicial". Artículo sin fecha. (Mc.) Firmado MHL. 3 fs.
15. *Expediente* sobre los cursos de capacitación organizados por la Procuraduría de Justicia del Distrito y territorios federales. Sin fecha. (Mc.) 6 fs.
16. Notas incompletas sobre la aplicación de la Ley Penal. Sin firma. (Mc.) 5 fs.
17. *Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y territorios federales*. 1 de enero de 1955. Copia (Mc.) 4 fs.
18. Palabras fúnebres sobre el asesinato del agente de la Policía Judicial José María Degollado. Sin fecha. (Mc.) Sin firma, pero de MHL. 3 fs.
19. Noticia sobre la concesión de la Orden de Honor Forense a MHL. 26 de noviembre de 1954 (Mc.) 2 fs.
20. *Dictamen* sobre el Proyecto del Plan General de Acción del Instituto Técnico de Policía. 24 de febrero de 1956. (Mc.) Firmado MHL. 3 fs. Proyecto del Plan General de Acción del Instituto Técnico de Policía. (Mc.) 4 fs.

CARPETA III (1916)

1. Recortes periodísticos que incluyen el Proyecto de Constitución Federal de D. Venustiano Carranza, y diversas sesiones del Congreso Constituyente de Querétaro, extraídos de *El Demócrata* y de *El Universal* del 13 y 14 de diciembre de 1916. 9 fs.

CARPETA IV "Consultas Varias I" (1938-1960)

1. *Expediente* acerca de las reclamaciones interpuestas por el señor Francisco Rivera Caret del pago de rentas y regalías como propietario que era de un predio productor de petróleo, situado en San Luis Potosí. Cartas de Antonio J. Bermúdez, Director General de Petróleos Mexicanos, a Benito Coquet, Subsecretario de la Presidencia. Enero de 1956. (Mc.) 4 fs.
2. "Iniciativa de reforma a los artículos 94, 95, 96, 97 y otros de la Constitución Política federal". 23 de septiembre de 1959. (Mc.) Suscrita por el senador Rodolfo Brena Torres. 14 fs. Además, 2 fojas manuscritas de MHL.
3. "Memorándum" sobre el número de Secretarías y Subsecretarías de Estado. Sin fecha. (Mc.) Sin firma. 7 fs.
4. *Expediente* sobre la reforma a la Ley del Seguro Social. Diciembre 1948. Dictamen mecanuscrito con notas manuscritas de MHL. (Copias mcs. del mismo.) 14 fs.
5. *Oficio* de Rafael Iglesias Cardona al Presidente de la República sobre el carácter festivo que debería tener el 12 de diciembre. 26 de noviembre de 1947. Firmado por MHL. 3 fs.
6. *Expediente* sobre la fracción IX del artículo 73 constitucional. Proyecto impreso de la *Ley de Coordinación Fiscal entre la Federación y los Estados*. 30 de noviembre de 1953. Opinión de MHL. (Mc.) Dos copias del mismo. 3 fs.
7. Artículo sobre el Juicio de Amparo. Sin fecha. (Copia mc.) De MHL. sin la página primera. 4 fs.
8. "Reformas a la Constitución" del estado de Guanajuato. Sin fecha. (Mc) incompleto. 19 fs.
9. "Iniciativa de la Ley que establece penas por la disposición de fondos públicos para actos políticos". Sin fecha. (Copia mc.

incompleta). Sin firma pero con correcciones manuscritas de MHL. 3 fs.

10. Solicitud anónima, en relación con el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones, por parte de un extranjero. Sin fecha. (Copia mc.) 2 fs.

CARPETA V "Consultas Varias II" (1957-1958)

1. *Dictamen* acerca del "Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas". 15 de enero de 1957. (Mc. y manuscrito). De MHL. 10 fs.
2. *Idem.* (Copia mc. definitiva). 8 fs.
3. "El régimen constitucional en materia de educación". 29 de noviembre de 1957. (Copia mc. con correcciones manuscritas.) De MHL. 12 fs. Seguida de la *Ley del Patronato Nacional de Cooperación para la Educación Pública*. (Mc.) 12 fs.
4. *Idem.* Proyecto mecanuscrito y manuscrito.
5. "*Dictamen* de las Comisiones unidas primera de Puntos Constitucionales y primera de Justicia de la Cámara de Senadores, relativo a la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 94, 98, 102, 105 y 107". 16 de diciembre de 1958 (Mc). Firmado por Gonzalo Aguilar F., Oficial Mayor. 17 fs. Hoja manuscrita de MHL con notas.
6. Estudio sobre el ejercicio de las acciones que corresponden a la nación en relación con la fracción VI del artículo 27 constitucional. 11 de octubre de 1958 (Copia mc.) De MHL. 6 fs.

CARPETA VI "Estudios y Dictámenes" (1919-1959)

1. *Iniciativa* de reformas de la Cámara de Senadores a los artículos 94, 95, y otros de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 23 de septiembre de 1959. Firmado Gonzalo Aguilar F. (Mc.) 14 fs.
2. *Expediente* relativo al temario del Congreso Nacional de Procuradores de Justicia. Abril 1959. 9 fs.
3. *Memorándum* del Lic. Eugenio Ramos al Presidente de la República Adolfo López Mateos, solicitando el establecimiento de una Secretaría de Justicia. Mayo 1961. (Copia mc.) 4 fs.

4. Impreso de la Iniciativa de la Cámara de Senadores del *Reglamento Interior del Congreso*. 21 de octubre de 1955. 20 fs.
5. Estudio sobre *El Constituyente de 1856*. De Hilario Medina. (Copia mc.) 29 fs.
6. Proyecto para la creación del Instituto Nacional de la Teleaudiovisión. Sin fecha. (Mc.). Sin firma. 20 fs.
7. Anteproyecto de *Ley Orgánica del Poder Ejecutivo Federal*. 13 de septiembre de 1952. Firmado Lic. Eduardo Garduño. (Copia mc.) 74 fs.
8. Documentos sobre el juicio de amparo promovido por el señor José Cheu Chen. 1948-1955. (Copias mcs.) 13 fs.
9. *Proyecto* de reformas a la fracción VI del artículo 73 constitucional. Sin firma. Sin fecha. (Copia mc.) 1 foja.
10. *Decreto* que establece la necropsia médico-científica y legal en los hospitales. 25 de septiembre de 1952. (Copia mc.) 4 fs.
11. *Expediente* que contiene diversos decretos presidenciales en la materia relativa a la Secretaría de Salubridad y Asistencia. De diversas fechas. (Mcs.).
12. *Estudio sobre el gobierno municipal en el Distrito Federal*. 1 de julio de 1919. Firmado MHL. 40 fs.

CARPETA VII "Presidencia I" (1951-1956)

1. *Expediente* relativo a terrenos baldíos. *Diario Oficial* de 7 de febrero de 1956. Notas manuscritas de MHL. Sin fecha. 6 fs. Mismo estudio (Mc.) 6 fs. Conclusiones (Mc.) 3 fs.
2. "Notas sobre la iniciativa presidencial de erección del estado de Baja California, que someto a la consideración del Procurador General de la República, (Copia para el C. Presidente de la República)". 18 de noviembre de 1951. (Copia ms.) De MHL. 7 fs.
3. *Estudio* sobre los bienes inmuebles que forman parte del patrimonio de Petróleos Mexicanos. 22 de diciembre de 1953. (Mc.) 2 fs. Más notas manuscritas de MHL. 2 fs.
4. *Estudio* sobre la Convocatoria del Gobernador de Jalisco a un Primer Congreso de Ayuntamientos del Estado en homenaje a Miguel Hidalgo. 3 de mayo de 1953. (Mc.) De MHL. 3 fs.

5. *Dictamen* sobre el asunto planteado por la señora Laura D'Oleire en relación con un contrato de fideicomiso celebrado con desacato de la Constitución. 26 de junio de 1953. (Copia mc.) MHL. 4 fs.
6. *Dictamen* sobre donación de inmueble a favor del Gobierno Federal. 29 de julio de 1953. (Mc.) MHL. 6 fs.
7. *Dictamen* sobre nombramientos del Ejecutivo Federal. 26 de septiembre de 1953. (Copia Mc.) MHL. 2 fs.
8. "Proyecto de reformas a los artículos 76-II y 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 28 de septiembre de 1953. (Copia mc.) Con notas manuscritas de MHL. 5 fs.
9. *Opinión* sobre las peticiones de la Sociedad de Autores y Compositores de México, S. C. 20 de mayo de 1953. (Copia mc.) De MHL. 4 fs.
10. "Memorándum sobre el Proyecto de Ley que crea el Patronato del Hospital Regional de Veracruz". 18 de noviembre de 1953. (Copia mc.) 2 fs. "Ley para crear el Patronato del Hospital Regional de Veracruz." 16 de julio de 1953. (Copia mc.) 5 fs.
11. *Opinión* sobre el Proyecto de decreto que crea una Junta Intersecretarial para el estudio, orientación, y desarrollo del programa de bienestar social rural. 24 de marzo de 1954. (Copia mc.) De MHL. 4 fs.
12. *Consulta* sobre el Proyecto de creación del Hospital Regional de Veracruz. 7 de diciembre de 1953. (Copia mc.) De MHL 11 fs. Más el texto de la reforma, 28 de septiembre de 1954. 1 foja Mc.
13. *Expediente* sobre la iniciativa de adición al artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dictamen de 27 de septiembre de 1954. (Copia mc.) Firmado MHL. 8 fs. Nuevo texto del artículo 41. 29 de septiembre de 1954. (Mc.) 1 foja. MHL. *Idem.* "Decreto por el cual se declaran adoptados los nuevos modelos del escudo nacional". 5 de febrero de 1954. (Mc.) 2 fs. *Decreto* reglamentario del uso del pabellón nacional. 11 de mayo de 1954. (Mc.) 1 foja. *Decreto* que declara oficial el Himno Nacional, dictado por la Secretaría de Educación Pública en el año de 1942. 20 de octubre de 1942. (Mc.) 1 foja. *Iniciativa* de reforma de adición al artículo 41

- constitucional. Sin fecha. (Copia mc.). Notas manuscritas de MHL. 3 fs. *Proyecto* de adición al artículo 41 de la Constitución. 15 de septiembre de 1954. (Copia mc.) 2 fs. *Idem.* (Manuscrito) 3 fs. "Texto de la adición" 27 de septiembre de 1954. (Mc.) 1 foja con notas manuscritas de MHL. "Memorándum de lo acontecido con relación a la tesis de adición al artículo 41 de la Constitución General de la República presentada por el suscrito". 27 y 29 de septiembre de 1954. (Copia mc.) De MHL. 8 fs.
14. *Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales*. 24 de noviembre de 1954. (Copia Mc.) MHL. 4 fs.
 15. *Proyecto* de reformas al Capítulo Cuarto del Título Tercero de la Constitución. 13 de diciembre de 1954 (Mc.) MHL. 10 fs.
 16. "Proyecto de *Ley Orgánica del Ministerio Público Federal*". 16 y 17 de diciembre de 1954. (Copia mc.) MHL. 5 fs.
 17. *Síntesis* del juicio de amparo promovido por Pedro Fernández Pérez contra actos del C. Secretario de Defensa Nacional. 28 de enero de 1955. (Mc.) 1 foja. Borrador manuscrito de MHL. 1 foja.
 18. "*Dictamen* sobre la creación de una Junta Intersecretarial para la previsión y coordinación en la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes". 4 de febrero de 1955. (Mc.) MHL. 6 fs. *Acuerdo* que crea esta Junta.
 19. *Dictamen* sobre el amparo interpuesto por el señor José Cheu Chen. 25 de abril de 1955. (Mc.) De MHL. 4 fs.
 20. *Opinión* sobre el proyecto de la Ley de reformas en materia de Amparo. 7 de diciembre de 1955. (Copia mc.) De MHL. 2 fs.
 21. "Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación." 9 de diciembre de 1955. (Copia mc.) Opinión de MHL. 2 fs.
 22. *Carta* a don Benito Coquet sobre el Proyecto de Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General. 15 de febrero de 1956. (Manuscrito.) 1 foja. *Dictamen* sobre el mismo. 9 de febrero de 1956. (Mc. y manuscrito.) MHL. 20 fs.
 23. *Acuerdo* sobre reuniones entre autoridades del Ejecutivo Federal. Septiembre de 1956. (Mc.) 2 fs. Opinión de MHL (Mc.) 1 foja.

CARPETA VIII "Presidencia II" (1959)

1. *Dictamen* acerca de que la Asociación de Diputados Constituyentes de 1916-1917 no sea cuerpo consultivo del Gobierno de la República. 16 de enero de 1959. (Mc.) MHL. 2 fs.
2. *Memorándum* relacionado con el acuerdo expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores para otorgar permisos a las Instituciones Nacionales de Crédito para adquirir el dominio de bienes inmuebles situados dentro de la franja costera de 50 km. 27 de junio de 1959. *Acuerdo* de 22 de noviembre de 1937. Copia Mc. 4 fs. *Dictamen* de MHL 16 de noviembre de 1959. Copia Mc. 15 fs.
3. *Expediente* sobre el Proyecto de reformas a las fracciones I y II del artículo 115 constitucional. *Dictamen* de las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y Primera de Relaciones Exteriores sobre la iniciativa del Presidente de la República Adolfo López Mateos, para reformar los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 y los artículos 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de octubre de 1959. (Mc.) 9 fs. "Minuta Proyecto de Ley", 2 fs. "Modificaciones y adiciones a las reformas propuestas por la Secretaría de Relaciones Exteriores". 11 de septiembre de 1959. 6 fs. (2 copias). Notas manuscritas de MHL 2 fs. "Dictamen de la Primera Comisión de Puntos Constitucionales acerca del proyecto de ley que reforma los párrafos cuarto y quinto del art. 27 y los artículos 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a iniciativa del C. Presidente de la República y aprobada por la H. Cámara de Senadores". México. Cámara de Diputados. 1959. Impreso, 7 pp.
4. *Expediente* sobre las garantías sociales de los trabajadores. "Estudio sobre las garantías sociales de los trabajadores". Sin fecha. (Copia mc.) 9 fs. *Dictamen* de MHL. 16 de noviembre de 1959. (Mc.) 6 fs. *Oficio* del Jefe de la Oficina Jurídico Consultiva de la Secretaría de la Presidencia Dr. Raúl Ortiz Urquidi al C. Secretario de la Presidencia. 24 de octubre de 1959. (Copia mc.) 5 fs. Periódico *Excelsior*, 6 de diciembre de 1959. "Proyecto de reforma al artículo 123 de la Constitución General de la República". Sin fecha. (Mc. y copia.) 3 fs. "Concordancias

- existentes entre el artículo 123 de la Constitución General de la República y el nuevo estatuto de los trabajadores al servicio de los Poderes de la Unión. Sin fecha. (Mc.) 4 fs. "Observaciones relativas al Proyecto de reforma al artículo 123 de la Constitución General de la República" Sin fecha. Sin firma. (Mc.) 1 foja.
5. *Dictamen* sobre el Acuerdo presidencial que faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para dar permiso a las Instituciones Nacionales de Crédito para adquirir el dominio directo de inmuebles ubicados a lo largo de las fronteras y de las playas. 16 de noviembre de 1959. (Copia mc.) MHL. 15 fs.
 6. *Proyecto* de Ley de Reformas a los artículos 94, 97, 98, 102, 107, fracciones II, VIII y XIV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 24 de noviembre de 1959. (Copia mimeográfica.) 15 fs.

CARPETA IX "Presidencia III" (1960-1967)

1. *Expediente* sobre la Asociación de Protección a la Infancia. Diversos documentos. *Decreto* que crea el Patronato de Protección a la Infancia. 1960. (Mc. y copia.) 4 fs.
2. *Opinión* sobre la Comisión Permanente. 8 de julio de 1860. (Mc.) MHL. 2 fs.
3. *Expediente* sobre el proyecto de reformas a los artículos 27, 28 y 73-XXIX constitucionales. "Exposición de motivos". Sin fecha. (Mc.) MHL. 3 fs. *Dictamen* sobre proyectos legislativos referentes a productos petroquímicos y a la energía eléctrica. 24 de septiembre de 1960. (Mc. y manuscrito.) MHL. 4 fs. Copia del *Dictamen* anterior. "Modificaciones que se proponen". Sin fecha. (Mc. y manuscrito). 5 fs. Textos de las adiciones y modificaciones relativas. (Mc.) 7 fs.
4. *Opinión* sobre el proyecto de reforma al artículo 4 de la Ley de Profesiones. 22 de agosto de 1961. (Copia mc.) MHL. 4 fs. Anexo: *Últimas Noticias*, 4 de agosto de 1961.
5. *Dictamen* sobre el Proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para otorgar fuero a los Magistrados de Distrito y a los Jueces de Distrito. 20 de diciembre de 1962. (Mc.) MHL. 2 fs. Complemento del *dictamen* anterior. 22 de diciembre de 1962. (Mc.) MHL. 2 fs.

1. *Dictamen* sobre el Proyecto de reformas al artículo 73-X constitucional en lo relativo a la protección de la minoridad y al turismo. 9 de julio de 1963. (Copia mc.) MHL. 2 fs.
2. *Dictamen* sobre el asunto de El Chamizal. 19 de septiembre de 1963. (Copia Mc.) De MHL. 7 fs. Carta al Lic. Donato Fonseca 29 de agosto de 1963. (Mc.) MHL. 2 fs.
3. *Expediente* sobre el Proyecto de reformas al artículo 18 constitucional. Dictamen 19 de octubre de 1964. (Copia mc.) MHL. 3 fs. Texto del artículo 18 constitucional. 15 de octubre de 1964. 1 foja. Iniciativa de la reforma. (Copia mc.) 3 fs. Dictamen 24 de septiembre de 1964. (Copia mc.) De MHL. 3 fs.
4. *Dictamen* sobre la aplicación del artículo 111 constitucional. 5 de marzo de 1965. (Copia Mc.) De MHL 1 foja. Transcripción de los artículos "La inamovilidad judicial", *Excélsior*, 27 de octubre de 1947 y de "La paradoja de la inamovilidad judicial", *Excélsior*, 31 de agosto de 1953. (Copia mc.) De MHL. 6 fs.
5. *Opinión* sobre una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejidos. Disculpa del 2 de febrero de 1967. (Mc.) De MHL. 1 foja.
6. *Carta* al señor Emilio Martínez, Secretario de la Presidencia, sobre los homenajes a la Constitución vigente proyectados para los días 4 y 5 de febrero. 26 de enero de 1967. (Copia mc.) De MHL. 2 fs.

IV. LOS *DICTÁMENES*, *CARTAS*, Y *OPINIONES* CONSTITUCIONALES DE MANUEL HERRERA Y LASSO

Como aclaré arriba, en esta segunda relación he obrado con mayor libertad y presento únicamente los dictámenes, opiniones, estudios y cartas de don Manuel, cuya autoría para mí resulta incuestionable, bien porque están firmados por el propio Herrera y Lasso, o porque su redacción, notas manuscritas, tipo de máquina, contexto, documentos conexos, y otros elementos permiten identificarlos como del célebre constitucionalista potosino. De la depuración del material contenido en las carpetas que llevé a cabo resultaron 50 escritos que, repito, pueden ser publicados.

En la CARPETA I: "Procuraduría I"

1. *Consulta* sobre títulos profesionales expedidos por el estado de Morelos. 11 de octubre de 1949. Firmado MHL. (Mc.) 14 fs. Repetido. Marzo 1956. (Copia Mc.) Firmada MHL. 20 fs.
2. *Apuntes de Alegato* del sobre la Ley de Beneficencia Privada. 31 de mayo de 1950. Firmado MHL. (Mc. con notas manuscritas). 14 fs.
3. *Iniciativa* dirigida a las cámaras de Diputados y Senadores sobre la necesidad de que las cámaras convoquen a las corporaciones, asociaciones o agrupaciones que puedan resultar afectadas por proyectos de leyes y decretos. Sin fecha (Mc.) 5 fs., sin firma, pero con correcciones manuscritas de MHL.
4. "*Dictamen* sobre el Proyecto de Decreto que crea el Instituto Nacional de Otorrinolaringología, Audiología y Fonética". 28 de marzo de 1958. (Mc.) Firmado MHL [notas manuscritas]. 5 fs.
5. *Dictamen* sobre el Proyecto de Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General. 9 de febrero de 1956. Firmado MHL. 25 fs. Corolario al dictamen anterior, 12 de marzo de 1956 (Mc.) 1 f.
6. "Preceptos constitucionales que rigen, en el caso, la secuela parlamentaria." Sobre sesiones extraordinarias. Sin fecha. (Mc.) Sin firma, pero de MHL. 3 fs.
7. *Carta y propuesta* al diputado Abraham Aguilar Paniagua sobre reforma del artículo 59 constitucional. 28 de diciembre de 1964. (Mc.) Firmado MHL. 4 fs.
8. *Carta* al Lic. Gilberto Suárez Torres, Procurador de Justicia del Distrito y Territorios Federales, sobre reforma al artículo 43 constitucional. 1 de julio de 1966. (Mc.) Firmado MHL. 2 fs.

En la CARPETA II: "Procuraduría II"

9. *Dictamen* sobre reformas al Código de Procedimientos Civiles del D. F. 22 de septiembre de 1966. (Mc.) suscrito por MHL. 7 fs.
10. *Dictamen* sobre facultades interpretativas de la Procuraduría General de la República. 17 de agosto de 1954 (Mc.) Firmado MHL. 5 fs.

11. *Dictamen* sobre el Proyecto del Plan General de Acción del Instituto Técnico de Policía. 24 de febrero de 1956. (Mc.) Firmado MHL. 3 fs.

En la CARPETA IV: "Consultas Varias I"

12. *Dictamen* sobre la reforma a la Ley del Seguro Social. Sin fecha (Mc. con notas manuscritas de MHL) Copias mecanuscritas del mismo. 14 fs.
13. *Oficio* de Rafael Iglesias Cardona al Presidente de la República sobre el carácter festivo que debería tener el 12 de diciembre. 26 de noviembre de 1947. (Mc.) Firmado por MHL. 3 fs.
14. *Opinión* sobre la fracción IX del artículo 73 constitucional. 30 de noviembre de 1953. (Mc.) 3 fs. De MHL.
15. *Solicitud* en relación con el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones, por parte de un extranjero. Sin fecha, Sin firma (Copia mecanuscrita). De MHL. 2 fs.

En la CARPETA V "Consultas Varias II" (1957-1958)

16. *Dictamen* acerca del Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas. 15 de enero de 1957. (Mc. y manuscrito). De MHL. 10 fs.
17. "El régimen constitucional en materia de educación". 29 de noviembre de 1957. (Copia mc. con correcciones manuscritas.) De MHL. 12 fs.
18. *Estudio* sobre el ejercicio de las acciones que corresponden a la nación en relación con la fracción VI del art. 27 constitucional. 11 de octubre de 1958 (Copia mecanuscrita). De MHL. 6 fs.

En la CARPETA VI "Estudios y Dictámenes" (1919-1959)

19. *Estudio sobre el gobierno municipal en el Distrito Federal*. 1 de julio de 1919. Firmado MHL. 40 fs.

En la CARPETA VII "Presidencia I" (1951-1956)

20. *Estudio* relativo a terrenos baldíos, notas manuscritas de MHL. Sin fecha. (Mc.) 6 fs. Conclusiones (Mc.) 3 fs.

21. *Notas* sobre la iniciativa presidencial de erección del estado de Baja California. (Copia mc. para el C. Presidente de la República) 18 de noviembre de 1951. MHL. 7 fs.
22. *Estudio* sobre los bienes inmuebles que forman parte del patrimonio de Petróleos Mexicanos. 22 de diciembre de 1953. (Mc.) 2 fs. Más notas manuscritas de MHL. 2 fs.
23. *Estudio* sobre la convocatoria del Gobernador de Jalisco a un Primer Congreso de Ayuntamientos del Estado en homenaje a Miguel Hidalgo. 3 de mayo de 1953. (Mc.) De MHL. 3 fs.
24. *Dictamen* sobre el asunto planteado por la señora Laura D'Oleire en relación con un contrato de fideicomiso celebrado con desacato de la Constitución. 26 de junio de 1953. (Copia mc.) De MHL. 4 fs.
25. *Dictamen* sobre donación de inmuebles en favor del Gobierno Federal. 29 de julio de 1953. (Mc.) MHL, 6 fs.
26. *Dictamen* sobre nombramientos del Ejecutivo Federal. 26 de septiembre de 1953. MHL. (Copia mc.) 2 fs.
27. "Proyecto de reformas a los artículos 76-II y 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 28 de septiembre de 1953. (Copia mc. con notas manuscritas de MHL.) 5 fs.
28. *Opinión* sobre las peticiones de la Sociedad de Autores y Compositores de México, S. C. 20 de mayo de 1953. (Copia mc.) MHL. 4 fs.
29. *Opinión* sobre el Proyecto de decreto que crea una "Junta Intersecretarial para el estudio, orientación, y desarrollo del programa de bienestar social rural". 24 de marzo de 1954. (Copia mc.) MHL. 4 fs.
30. *Consulta* sobre el Proyecto de creación del Hospital Regional de Veracruz. 7 de diciembre de 1953. (Copia mc.) MHL. 11 fs. Más el texto de la reforma, 28 de septiembre de 1954. (mc.) 1 foja.
31. *Dictamen* sobre la iniciativa de adición al artículo 41 de la Constitución Política. 27 de septiembre de 1954. (Copia mc.) Firmado MHL. 8 fs. "Texto de la adición" 27 de septiembre de 1954. (Mc. con notas manuscritas de MHL). 1 foja.
32. *Proyecto* de reformas al Capítulo Cuarto del Título Tercero de la Constitución. 13 de diciembre de 1954. (Mc.) MHL. 10 fs.

33. "*Dictamen* sobre la creación de una Junta Intersecretarial para la previsión y coordinación en la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes". 4 de febrero de 1955. (Mc.) MHL. 6 fs.
34. *Dictamen* sobre el amparo interpuesto por el señor José Cheu Chen. 25 de abril de 1955. Mc. MHL. 4 fs.
35. *Opinión* sobre el proyecto de la Ley de reformas en materia de amparo. 7 de diciembre de 1955. Copia Mc. MHL. 2 fs.
36. *Opinión* acerca de la "Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación." 9 de diciembre de 1955. Copia Mc. MHL. 2 fs.
37. *Carta* a don Benito Coquet sobre el Proyecto de Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General. 15 de febrero de 1956. Manuscrito. 1 foja. *Dictamen* sobre el mismo. 9 de febrero de 1956. Mc. y manuscrito. MHL. 20 fs.

En la CARPETA VIII "Presidencia II" (1959)

38. *Dictamen* sobre que la Asociación de Diputados Constituyentes de 1916-1917 no sea Cuerpo Consultivo del Gobierno de la República. 16 de enero de 1959. Mc. MHL. 2 fs.
39. *Dictamen* relacionado con el acuerdo expedido el 27 de junio de 1959 por la Secretaría de Relaciones Exteriores para otorgar permisos a las Instituciones Nacionales de Crédito para adquirir el dominio de bienes inmuebles situados dentro de la franja de 50 km de las costas. 16 de noviembre de 1959. Copia Mc. MHL. 15 fs.
40. Modificaciones y adiciones a las reformas propuestas por la Secretaría de Relaciones Exteriores a diversos artículos de la Constitución. 11 de septiembre de 1959. 6 fs. Notas manuscritas de MHL. 2 fs.
41. *Dictamen* sobre "Las garantías sociales de los trabajadores". 16 de noviembre de 1959. Copia Mc. MHL. 9 fs.

En la CARPETA IX "Presidencia III"

42. *Opinión* sobre la Comisión Permanente. 8 de julio de 1860. Mc. MHL. 2 fs.
43. *Dictamen* sobre proyectos legislativos referentes a productos petroquímicos y a la energía eléctrica. 24 de septiembre de

1960. Mc. y manuscrito. MHL. 4 fs. "Modificaciones que se proponen" Sin fecha. Mc. y manuscrito. 5 fs.
44. *Opinión* sobre el proyecto de reforma al artículo 4 de la Ley de Profesiones. 22 de agosto de 1961. Copia mc. MHL. 4 fs.
45. *Dictamen* sobre el Proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para otorgar fuero a los Magistrados de Distrito y a los Jueces de Distrito. 20 de diciembre de 1962. Mc. MHL. 2 fs. Complemento del dictamen anterior 22 de diciembre de 1962. Mc. MHL. 2 fs.
46. *Dictamen* sobre el Proyecto de reformas al artículo 73-X constitucional en lo relativo a la protección de la minoridad y al turismo. 9 de julio de 1963. Copia mc. MHL. 2 fs.
47. *Dictamen* sobre el asunto de El Chamizal. 19 de septiembre de 1963. Copia Mc. MHL. 7 fs. Carta al Lic. Donato Fonseca 29 de agosto de 1963. Mc. MHL. 2 fs.
48. *Dictamen* sobre el Proyecto de reformas al artículo 18 constitucional, 3 fs. 24 de septiembre de 1964. Copia Mc. MHL. 3 fs.
49. *Dictamen* sobre la aplicación del artículo 111 constitucional. 5 de marzo de 1965. Copia Mc. MHL. 1 foja.
50. *Carta* al señor Emilio Martínez, Secretario de la Presidencia, sobre los homenajes a la Constitución vigente proyectados para los días 4 y 5 de febrero. 26 de enero de 1967. Copia Mc. MHL. 2 fs.

HACIA UN NUEVO FEDERALISMO: EL FEDERALISMO COOPERATIVO Y LAS LEYES MARCO

Rosa María ÁVILA FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Federalismo tradicional. 1. Consideraciones generales. 2. Distribución de competencias. 3. Descentralización. 4. Realidad del federalismo mexicano. III. Federalismo cooperativo. 1. Consideraciones generales. 2. Mecanismos de cooperación. 3. Cooperación mexicana. 4. Futuro del federalismo. IV. Leyes marco. 1. Concepto. 2. Supremacía constitucional. 3. Jerarquía de leyes. 4. Procedimiento de creación. 5. Materias. 6. Contenido. 7. Leyes generales mexicanas. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo pretende dar una justificación jurídico-constitucional a las leyes que por delegación constitucional emite el Congreso de la Unión, con el propósito de distribuir competencias entre la propia federación y los estados, en aquellas materias que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos considera concurrentes.

Se analizará en forma somera —dada la amplitud y autorizada doctrina que existe al respecto— el federalismo clásico, si es dable decirlo así, de “nacionalidad norteamericana”, mismo que se adoptó en México; se expondrán sus principales características, haciendo énfasis en la dualidad de jurisdicciones y la distribución de competencias y se concluirá con un análisis sobre descentralización y la realidad del federalismo mexicano actual.

Posteriormente, se expondrá el llamado “federalismo cooperativo” como la etapa final en el proceso de desarrollo del federalismo, cuyo pilar fundamental está en la *coordinación*, es decir, se deja a un lado

el sistema rígido de distribución de competencias, a fin de adoptar un sistema en el que tanto la federación como los estados concurren al desarrollo de una materia, que por su naturaleza específica requiere de este trato especial.

El presente trabajo se desarrolla a la luz del derecho comparado, concretamente sobre los casos de Alemania y Estados Unidos, dado lo reciente del tema y su desconocimiento por la doctrina mexicana.

Se enfoca el estudio a lo que se ha denominado "legislación marco", en razón de que, por reformas constitucionales, se ha adoptado en nuestra Constitución; ocasionando que en el mismo ordenamiento supremo coexistan normas jurídicas de tendencias contradictorias.

Finalmente, se abordan las implicaciones constitucionales de las leyes marco, los problemas de supremacía constitucional y de jerarquía de leyes; se propone un procedimiento especial de creación de este tipo de leyes; se adopta la teoría de las "leyes constitucionales"; se diseña un modelo normativo de ley; y se analizan someramente nuestras leyes marco vigentes.

Como aportación se proponen diversas reformas a preceptos constitucionales, a efecto de hacer congruente el sistema de federalismo dual con el modelo de federalismo cooperativo, y de esta forma proporcionar un fundamento jurídico sólido para la formulación de este tipo de ordenamientos *materialmente* constitucionales.

II. FEDERALISMO TRADICIONAL

1. Consideraciones generales

El federalismo surgió en Estados Unidos de América a finales del siglo XVIII, con la Constitución de 1787; es dable decir que se trata de una invención norteamericana, creada con la finalidad de unir lo que estaba desunido, para defender su independencia frente a Inglaterra, por lo que las trece colonias se unen dando vida a una federación, otorgándole las facultades necesarias para hacer un frente común de defensa, es decir, las facultades que implicarán materias de interés general.

En palabras de don Felipe Tena Ramírez: "...los norteamericanos dedujeron la consecuencias de que podían coexistir dentro de una misma organización constitucional dos o más legislaturas, coextensas

y coordinadas entre sí, con competencia distinta y suficiente cada una, ligadas todas por la Constitución, lo cual era el federalismo".¹

El propio maestro Tena Ramírez señala: "...se independizó el sistema federal del fenómeno histórico que lo hizo aparecer y conquistó vigencia autónoma en la doctrina y en la práctica constitucional";² por lo tanto, una vez que nació el federalismo se convirtió en la forma de estado compuesto por excelencia, el cual ha sido utilizado en diversos países de circunstancias históricas diversas.

En palabras de André Hariou, de esta dualidad de jurisdicciones es que "...el americano se siente, al mismo tiempo que ciudadano de los Estados Unidos, miembro de un Estado particular",³ es decir, el particular se convierte en "ciudadano" tanto de la federación como del Estado en el que reside.

En cuanto a los conceptos que doctrinalmente se han dado al federalismo, tenemos múltiples, algunos de los cuales se expondrán a continuación; sin embargo, considero fundamental para tener un concepto acertado de esta figura, precisar que se trata de una forma de Estado, en contraposición con una forma de gobierno, ya que estamos ante una forma de organización del Estado en su totalidad.

La distinción fundamental la encontramos en el ejercicio de la soberanía y resultan dos estructuras básicas del Estado: el simple o unitario y el complejo o compuesto.

En palabras de Hans Kelsen "...el Estado federal se define como un Estado soberano compuesto de varios estados..."⁴

Para el maestro Tena Ramírez: "El sistema federal no es sino una forma de gobierno [de Estado], una técnica para organizar los poderes públicos..."⁵

Al respecto, el maestro Elisur Arteaga observa: "Por virtud del sistema federal coexisten y tienen jurisdicción sobre las mismas personas y sobre el mismo territorio, dos fuentes de autoridad: una, la central, a la que tradicionalmente se ha llamado poderes federales; y

¹ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 27a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 104.

² *Ibidem*, p. 108.

³ HARIOU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1971, p. 436.

⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Ed. Nacional, 1948, p. 273.

⁵ *Op. cit.*, p. 124.

la otra, las locales, que son las que se dan a sí mismas las entidades y a las que la constitución general denomina estados libres y soberanos. Ambas fuentes de autoridad conforman la organización política del país y dan resultado eso que constitucionalmente se denomina Estados Unidos Mexicanos".⁶

El maestro Manuel García-Pelayo comenta: "...el Estado federal significa, por lo pronto, una forma de división del poder político no sólo desde el punto de vista funcional, sino sobre todo, desde el punto de vista territorial, y con arreglo a la cual hay un único poder para ciertas materias y una pluralidad de poderes (regionales) para otras".⁷

Resultan muy ejemplificativas las palabras de Bryce: "...este régimen es a la manera de una vasta iglesia que tuviera cobijada bajo sus bóvedas pequeñas capillas que antes eran independientes, pero se construyen sobre ellas, bóvedas, altares independientes de las capillas, resultando que cada capilla mantiene un estado propio, pero que por encima de ellas surge el vasto monumento de la Iglesia que correspondería a la Unión federal".⁸

Dados los anteriores conceptos, se expone el propio: el federalismo es una forma de Estado, adoptada por la Constitución, por el que surgen dos autoridades coextensas y coexistentes dentro de un mismo territorio, que actúan sobre el individuo, de acuerdo con la división constitucional de competencias, cuya finalidad es limitar el poder, ya que la propia Constitución lo divide.

Por tanto, hablar de federalismo implica hablar de pluralidad de ordenamientos dentro de un mismo orden jurídico.

Es de nuestro conocimiento que el federalismo en México fue adoptado por nuestro sistema jurídico en el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824. Desafortunadamente, dados los vaivenes políticos, doce años después fue desconocido al adoptar el centralismo en la Constitución de 1836, siendo apoyado y ratificado por las Bases Orgánicas de 1843. Pero, finalmente, fue con el Acta de Reformas de 1847 cuando

⁶ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional. Instituciones federales, estatales y municipales*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1994, vol. II, p. 3.

⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 217.

⁸ Citado por AZUELA, Salvador, en "Apuntes de derecho constitucional y cuestionario", versión taquigráfica tomada en la cátedra del Lic. Salvador Azuela por Juan González Torres, México, s/e, 1942, p. 105.

se reimplantó, y se afianzó la voluntad popular de mantener como forma de Estado el sistema federal en la Constitución de 1857, y se confirmó en el artículo 40 de la Constitución de 1917 vigente al día de hoy.

En el Diario de Debates del Congreso Constituyente se lee: "...el federalismo entre nosotros es una institución que por ser imitada del régimen político de los Estados Unidos de Norteamérica, es artificial; que como antecedente histórico, la colonia de la Nueva España formaba un régimen central sin entidades políticas independientes, las cuales fueron creadas por la Constitución Federal de 1824".⁹

Una de las características fundamentales del federalismo es la creación de dos jurisdicciones coexistentes: la federal y las locales, cada una de ellas con sus respectivas competencias constitucionales y su división de órganos: legislativo, ejecutivo y judicial. Cada una de ellas es instancia decisoria suprema dentro de su competencia; sin embargo, ambas están subordinadas a la Constitución general y ambas reciben de ella su valor como fuerza obligatoria.¹⁰ De esta manera los gobernados están sujetos a una doble autoridad ejercida dentro de los límites de su respectiva competencia.

Sobre el particular, el maestro Felipe Tena observa: "El sistema que instituye la Constitución en punto a distribución de facultades entre los órdenes central y regional, engendra la consecuencia de que ambos órdenes son coextensos, de idéntica jerarquía, por lo que el uno no puede prevalecer por sí mismo sobre el otro. Sobre los dos está la Constitución y en caso de conflicto entre uno y otro subsistirá como válido el que esté de acuerdo con aquella..."¹¹

Resulta dable precisar que de acuerdo con el texto constitucional, la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo, misma que se ejerce por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de su competencia y por los Poderes de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores; y es en este sentido que los estados son autónomos en lo concerniente a su régimen interior.

Se ha dicho y la propia Constitución declara que los estados son soberanos en lo concerniente a su régimen interior, lo cual es erró-

⁹ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, vol. I, p. 672.

¹⁰ REYES VERDUZCO, Raymundo, *Concepto de federalismo*, México, ELD, 1963, p. 42.

¹¹ *Op. cit.*, p. 124.

neo, ya que la soberanía la ejerce el Estado como unidad, como un todo. Si las entidades federativas fuesen soberanas se desnaturalizaría el concepto de Estado federal, puesto que cualquiera de ellas tendría representación internacional.

Nuestro artículo 40 constitucional adopta la teoría de la cosoberanía de Alexis de Tocqueville, según la cual los estados ceden parte de su soberanía a favor del Estado Central, conservando aquella que no hubieren cedido expresamente; esto implica que ambos, federación y estados son titulares de la soberanía, lo que daría lugar a que la soberanía es divisible y, por lo tanto, no se encuentran supeditados a nada. Es de todos sabido que la soberanía es una, única e indivisible y, por lo tanto, suprema, que reside en el pueblo y se deposita en la Constitución, norma jurídica suprema, encargada de distribuir competencias entre federación y estados.

Según Hermann Heller: "...se llama soberano al poder que crea al derecho, en su caso al constituyente, pero eso es la organización estatal como un todo... la totalidad del poder objetivo de la organización tampoco puede ser localizado en ningún miembro de la organización... El poder del Estado es soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo. La soberanía del Estado significa, pues, la soberanía de la organización estatal como poder de ordenación territorial supremo y exclusivo. El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas y tiene el monopolio del poder de coacción física legítima, la última ratio de todo poder..."¹²

El mecanismo que opera dentro de la estructura federal no es el de una división de la soberanía, sino una descentralización de poder con un gobierno doble o, mejor dicho, una descentralización política y administrativa mediante una distribución de competencias. De este modo, el Estado federal conserva su carácter unitario y su representación jurídica y política internacional, y los estados federados mantienen su autonomía interna.¹³

¹² HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1942, pp. 263-264.

¹³ *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones: antecedentes, origen y evolución del artículo constitucional*, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1985, vol. 6, pp. 40-44.

Al decir del maestro Felipe Tena, el Estado federal se caracteriza por la autonomía de los estados y por la participación de los mismos en las reformas de la Constitución general; esto en razón de que, siendo la Constitución la norma suprema distribuidora de competencias, cualquier reforma requiere de un procedimiento especial, a efecto de que los estados no vean mermadas sus facultades por la federación.

Continúa el maestro Tena: "Esta participación garantiza la persistencia del estatus federal, es decir, asegura por lo que toca a los estados miembros su existencia y sus competencias, en virtud de que precisa y exclusivamente al revisar la Constitución se puede alterar ese estatus..."¹⁴

Sobre el particular coinciden diversos autores como Miguel Lanz Duret, Jorge Carpizo, José Luis Soberanes, Fernando Floresgómez González, Gustavo Carvajal Moreno, entre otros.

2. Distribución de competencias

Es función de la Constitución crear y dotar de competencias a los órganos constituidos, de ahí su carácter de ley suprema, de "norma de normas", siendo que la dualidad de jurisdicciones a que nos hemos referido pudiera implicar interferencia, debe existir un principio cardinal sobre el cual se sustente el sistema, y nunca, en principio, pueden dotarse esos órganos constituidos dotarse de competencias.

Para el maestro Eliseo Aja: "La Constitución es... la norma principal del estado, que fija el sistema de producción del derecho y organiza la distribución de competencias entre los diversos órganos estatales... El principio de competencia ordena las normas según la materia atribuida a cada órgano de producción del derecho. Este principio resulta fundamental en los estados federales y regionales. Si una materia es competencia del Land, de la Comunidad Autónoma o de la región sólo puede ser regulada por un órgano de la región, de la Comunidad Autónoma o del Land, de forma que entre la ley federal y la ley regional no hay superioridad o inferioridad sino competencia o incompetencia. La norma que regula una materia que no le corresponde es nula".¹⁵

¹⁴ *Op. cit.*, TENA, p. 141.

¹⁵ Estudio preliminar de la obra de LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 49.

De lo anterior queda claro que corresponde única y exclusivamente a la Constitución hacer el reparto competencial entre dos órdenes de gobierno, adoptando al efecto el sistema que se ajuste a sus circunstancias históricas, políticas y sociales, tratando de ser lo más preciso, a fin de que no se dé lugar a ambigüedades, para de esta forma preservar el principio de seguridad jurídica y que los particulares puedan determinar cuál es la autoridad competente en cada caso.

Para distribuir competencias cada Estado puede adoptar un sistema distinto, partiendo de la premisa de que sería imposible enlistar las facultades que corresponden a la federación y las que corresponden a los estados, ya que se tiene el riesgo de omitir alguna facultad, por lo que se verían imposibilitados jurídicamente, tanto la federación como los estados, para ejercerla y se requeriría de una adición a la Constitución para facultar a cualquiera de ellos, debido al principio de legalidad que debe imperar en todo Estado.

Del cumplimiento del principio de distribución de competencias depende la existencia del sistema federal.

Existen diversos sistemas de distribución de competencias: a) el norteamericano, que consiste en la enumeración de las materias que son de competencia federal y las no enunciadas competen a los estados; b) el canadiense, que consiste en que la Constitución enumera las facultades de los estados y se deja a la federación las facultades remanentes; c) el de la doble enumeración, que consiste en enunciar de la forma más completa como sea posible, las atribuciones de la federación y las de los estados, con la desventaja de dejar materias fuera de la competencia de ambos órdenes de gobierno.

Nuestra Constitución ha adoptado el sistema norteamericano en el artículo 124, de facultades expresas y limitadas para la federación y las residuales para los estados, no obstante que la realidad nos muestra que la federación es la que se ha ido arrogando más facultades en detrimento de los estados.

Generalmente, a la federación se le otorgan las competencias idóneas para sus funciones de tipo general: relaciones exteriores, defensa nacional, cuestiones relativas a la integridad del Estado federal, entre otras; y a los estados se les dejan las competencias necesarias para el adecuado gobierno local.¹⁶

¹⁶ DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, Madrid, Instituto de Capacitación Política, 1982, p. 331.

La norma total del sistema de distribución de competencias parece sencilla pero no es absoluta, ni tajante, tiene excepciones y matices, que desde nuestro punto de vista la desnaturalizan, como son las facultades concurrentes, las facultades coincidentes, las facultades coexistentes, las facultades auxiliares, entre otras.

Para los fines de este trabajo nos ocuparemos de lo que la doctrina ha denominado facultades coincidentes, de acuerdo con la explicación que a este término ha dado el maestro Tena Ramírez, entendiéndolas como aquellas atribuciones que se ejercitan de manera simultánea tanto por la federación como por los estados, respecto de la misma materia, sobre las mismas personas, en el mismo ámbito espacial, en el mismo tiempo, en las dos jurisdicciones.

La problemática de este enramado de facultades y relaciones conduce a la inseguridad jurídica, dada la facilidad de la usurpación de competencias de los distintos órganos de gobierno; los gobernados no cuentan con un criterio objetivo y anticipado que les permita calcular los despliegues de las autoridades tanto federales como locales, a partir de situaciones predeterminadas.

3. Descentralización

Resulta indispensable distinguir el fenómeno de la descentralización del federalismo, ya que no toda descentralización implica la existencia de un sistema federal, ni toda centralización la de un Estado unitario; es más, tanto la centralización como la descentralización son fenómenos que no se pueden dar de forma total en un Estado, sino sólo en algunos aspectos puede calificarse a un Estado de centralizado o descentralizado.

Dentro de la descentralización, se distinguen, fundamentalmente, la descentralización administrativa y la jurídico-política.

La descentralización administrativa es aquella que de ordinario existe en los estados unitarios por razones de servicio público, también se conoce como desconcentración. Este tipo de descentralización simplemente delega ciertas atribuciones del gobierno central a favor de las entidades, departamentos o provincias, con el fin de que ellas presten a la sociedad determinados servicios públicos que el Estado, en razón de sus múltiples ocupaciones no podría conceder de mejor manera.

Respecto a la descentralización jurídico-política se funda el Estado federal, ya que importa un fraccionamiento horizontal de las competencias fundamentales del Estado y la correlativa distribución de ellas entre los órganos centrales y los locales, de modo que éstos poseen toda gama de competencias estatales. Es decir, otorga a las entidades regionales la facultad de dictar su propia Constitución, legislar sobre determinadas materias y ejercer la parte del poder ejecutivo no reservada a las autoridades centrales, todo esto dentro del ámbito de su circunscripción territorial.

De aquí la distinción entre ambas clases de descentralización. La jurídico-política comprende las tres funciones clásicas del Estado, mientras que la administrativa sólo comprende la función ejecutiva; la jurídico-política importa una ruptura de los vínculos jerárquicos entre los órganos federales y los locales.

4. Realidad del federalismo mexicano

Podemos afirmar que la mayoría de los autores que han escrito sobre federalismo mexicano, han manifestado su preocupación sobre la situación actual de nuestro federalismo; algunos lo han condenado por no corresponder a la realidad —centralista— y algunos otros votan por su manutención y evolución paulatina.

La mayoría de la doctrina expone que nuestra Constitución establece como forma de Estado el federalismo, cuando en la realidad opera un centralismo, ya que la federación ha acabado con los estados, ya sea *de facto* o por reforma constitucional.

Una de las principales manifestaciones de la crisis del federalismo mexicano la constituye el fenómeno de la federalización de competencias, entendido éste como el proceso de desapoderamiento de competencias de los estados a favor de la federación, creando de esta forma un centralismo *de facto*.

Constituye común denominador la incongruencia entre el texto constitucional federalista y la realidad centralista; independientemente de las razones históricas, políticas, económicas y sociales, reconocer en el texto constitucional un centralismo, implicaría agravar la situación actual, ya que es evidente que en nuestro país existen realidades diversas en cada Estado y aun en cada municipio; es necesario contar

con ese pluralismo, y no con una uniformidad que condene las diferencias regionales.

Por tanto, debemos afrontar el reto de compaginar el texto de la Constitución con la realidad, con un proceso descentralizador y, lo más importante, adoptando una nueva concepción del federalismo acorde con nuestras circunstancias actuales, adoptando normas de distribución de competencias acordes con el llamado federalismo cooperativo, el cual ha sido parcialmente adoptado por nuestra Constitución, volviendo incongruente nuestro sistema de distribución competencial, ya que coexisten disposiciones que sostienen un federalismo clásico o dual, con otras que sustentan el federalismo cooperativo.

III. FEDERALISMO COOPERATIVO

1. Consideraciones generales

Aunque existe muy poca doctrina mexicana respecto al federalismo cooperativo, se ha adoptado en nuestro sistema jurídico.

Sobre su origen, encontramos autores que lo consideran un proceso de evolución del federalismo norteamericano, y otros más que lo consideran desarrollado en la Constitución alemana.

Al respecto, Enoch Alberti Rovira observa que en Estados Unidos el "... 'nuevo federalismo' ... llegará con el New Deal... ha sido designado como el 'federalismo del New Deal'... el federalismo alemán ha estado caracterizado desde el primer momento por el signo de la interrelación y la colaboración entre las instancias federal y estatal".¹⁷

Léda Boechat, refiriéndose al federalismo norteamericano observa: "Encarado el federalismo como concepto dinámico y no estático y las líneas divisorias de las actividades de la Unión y de los estados como esencialmente móviles y flexibles, se pasó a una nueva concepción, conocida como federalismo cooperativo..."¹⁸

En opinión de Maurice Croizat: "...a lo largo del siglo XX este dualismo evoluciona, a partir de procesos de cooperación entre auto-

¹⁷ ALBERTI ROVIRA, Enoch, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 349 y 352.

¹⁸ BOECHAT RODRIGUES, Léda, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericanos*, México, Ed. Pormaca, 1965, p. 150.

tidades federales y federadas, y de coordinación de políticas públicas, hacia un federalismo intergubernamental, también llamado cooperativo... organización política común capaz de conciliar unidad y diversidad".¹⁹

Expuestas las anteriores opiniones consideramos que el federalismo cooperativo surgió como una respuesta a la necesidad de entender al federalismo como un sistema de distribución de competencias, que no puede ser tajante y definitivo, sino que en ocasiones requiere de la coordinación y cooperación entre los distintos órganos de gobierno, en determinadas materias. En Estados Unidos surgió como evolución del concepto federalismo dual y en Alemania como la opción federal entre el Bund —léase federación— y los Lander: Estados.

Respecto al concepto de federalismo cooperativo, tenemos diversas opiniones de doctrinarios que a continuación se exponen.

Para Maurice Croisat, el término federalismo cooperativo: "...puede utilizarse... para designar la búsqueda y aplicación de una cooperación intergubernamental para alcanzar fines comunes tanto en materia económica como social y cultural, a través de programas y financiación conjuntos..."²⁰

Ejemplificando la diferencia entre el federalismo dual y el cooperativo Maurice Croisat comenta: "El federalismo habría pasado del modelo de pastel de capas separadas (*layer cake model*) al del pastel de mármol (*marble cake model*). El primer tipo de pastel, un milhojas, representa los principios de separación y de autonomía por la superposición de capas de distinta composición. A diferencia de lo anterior, el pastel de mármol pervirtió los principios de separación y de autonomía dando origen a un modelo próximo de centralización y de la integración nacional, o quizá representa un nuevo tipo de federalismo más dinámico".²¹

Deil S. Wright denomina al federalismo cooperativo en Estados Unidos como relaciones intergubernamentales, diciendo: "...no son acontecimientos únicos, casuales u ocasionales. Las RIG comprenden, más bien, pautas de contacto, intercambio de información y es-

¹⁹ CROISAT, Maurice, *El federalismo en las democracias contemporáneas*, Barcelona, Hacer, 1995, p. 14.

²⁰ *Ibidem*, pp. 103-104.

²¹ *Op. cit.*, CROISAT, p. 128.

fuerzos para realizar misiones continuadas y diarias por parte de los funcionarios. Los participantes en las RIG se ocupan de "que se hagan las cosas"; tienen conciencia de las necesidades prácticas, dirigidas a un fin... A diferencia del federalismo, las RIG evitan subrayar en exceso las relaciones a nivel nacional-estatal, van más allá del legalismo, no presuponen relaciones jerárquicas, incorporan una extensa gama de intereses relacionados con la política y constituyen un concepto más neutral que el término a menudo politizado de federalismo".²²

Sobre el tema Carles Viver observa: "...Nadie puede negar la evidencia de que en el mundo actual existen constantes interrelaciones e influencias entre los distintos centros de poder... el modelo dual tampoco puede negar la necesidad de establecer mecanismos de cooperación... esos mecanismos se subordinan a las reglas competenciales: no las sustituyen, se refieren sólo a su ejercicio".²³

Eduardo García de Enterría expone: "...El federalismo, entendido como un muro que separa los niveles nacional y estatal de gobierno, está definitivamente muerto; el federalismo no es, en resumen, como el telón de acero o el muro de Berlín: no es algo que construye una alta barrera entre las acciones de los gobiernos nacional y estatal ni algo que haga de la esencia de estas diferentes acciones una relación competitiva. La diferencia entre el federalismo de viejo y nuevo estilo puede ser resumida así: el federalismo de viejo estilo describe una no-relación entre el gobierno nacional y los de los estados; el federalismo de nuevo estilo se refiere a una relación positiva entre esos dos niveles, polifacética, de acción anticipada".²⁴

En opinión de Arturo Lan Arredondo: "El nuevo federalismo es un concepto político y pragmático que pone mayor énfasis en la interdependencia existente entre el gobierno federal y los estatales, así como en la influencia que cada parte logra imponer sobre las otras".²⁵

²² WRIGHT, Deil S., "Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 14 y 27.

²³ VIVER I., PI-SUNYER, Carles, *Materias competenciales y tribunal constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 31-32.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La distribución de competencias económicas*, pp. 24-25.

²⁵ LAN ARREDONDO, Arturo, "Nuevos enfoques para el federalismo. Una visión comparada", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 19, 1988-1989, p. 161.

Desarrolladas las anteriores concepciones, podemos concluir que el federalismo cooperativo constituye una forma de Estado en la que el principio general consiste en la coordinación, en la participación de los distintos órdenes de gobierno —tanto locales como federales— en el desarrollo y ejecución de las distintas atribuciones del Estado, por medio de las diversas formas de cooperación que en el derecho comparado se han desarrollado, en razón de que hoy en día es imposible concebir un Estado en el que federación y estados tengan perfectamente delimitadas sus competencias, sin que existan usurpaciones, sino concurrencia entre ellas.

En México el federalismo cooperativo no ha sido expresamente adoptado en nuestro texto constitucional, sino que conservando la fórmula del federalismo clásico en el artículo 124, se han introducido reformas de características evidentemente cooperativas, en distintos preceptos, principalmente en el 73, creando una ambigüedad e incongruencia constitucional.

Es claro que sólo algunas materias son susceptibles de ser distribuidas en un esquema de federalismo cooperativo, derivado de su naturaleza, y hay otras que necesariamente deben ser distribuidas entre la federación y los estados en un esquema de federalismo clásico a dual; de ahí que no sea dable una adopción total del federalismo cooperativo, sino un esquema particular al caso de México.

En palabras del maestro Martín Díaz y Díaz: "...Resulta difícil hasta qué punto es posible armonizar los dos sistemas; en principio, se debe reconocer que tales mecanismos obedecen a procesos de curso histórico antitético: en el caso del federalismo dual, la base es un desarrollo de tipo pactista; en la hipótesis del sistema de concurrencias legislativas, se trata de un trayecto descentralizador a partir de poderes concentrados que se ejercen de forma unitaria..."²⁶

Ejemplos de la adopción del federalismo cooperativo en nuestro sistema se encuentran en los artículos 4o., párrafo cuarto, 73, fracciones XVI, XXV, XXIX-C, XXIX-G, XXIX-I, XXIX-J y 116, fracción VII de la Constitución general; disposiciones que excepcionan, derogan o relativizan el principio toral de distribución de competencias contenido en el artículo 124, las cuales serán materia de este trabajo.

²⁶ DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias", *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, BMA, 1997, p. 170.

Este nuevo sistema federal no implica la distribución tajante de competencias, sino la relación de tipo cooperativo de los distintos órdenes de gobierno, a fin de que por medio de su participación se llegue a una unidad concertada en el tratamiento de determinada materia, que por su propia naturaleza, no puede ser tratado únicamente por alguno de los órdenes de gobierno.

En este sistema, federación y estados no son extraños entre sí, no son independientes, sino interdependientes, ya que actúan en ámbitos de interés común que exigen su coparticipación, en virtud de que el problema supera la estricta distribución competencial. Es decir, hay problemas que no pueden ser tratados a nivel local, sino que requieren uniformidad, pero no de carácter centralizador, sino participativo; por lo que resulta indispensable crear canales de relación entre los dos órdenes de gobierno.

Sobre cómo se puede establecer la cooperación, establece Enoch Alberti: "...la cooperación, como régimen competencial, sólo puede ser establecida con carácter obligatorio por la Constitución... [porque] rompe el principio ordinario de alternatividad... Fuera de la Constitución, semejante régimen sólo puede ser establecido de mutuo acuerdo y, además, no puede vincular a las partes obligatoriamente, pues ello significaría que éstas renuncian a sus propias competencias, cuestión prohibida por el carácter indisponible de los poderes recibidos de la Constitución... fuera de los casos previstos en la norma fundamental, la acción conjunta de las partes sólo se puede producir mediante el libre acuerdo de las mismas en cada caso".²⁷

De esta forma, diversos autores exponen el funcionamiento básico del federalismo cooperativo como una concurrencia de las esferas de gobierno en las competencias que requieran un tratamiento conjunto; para lo cual se han desarrollado distintas formas de participación.

2. Mecanismos de cooperación

Existen distintas clases de relación cooperativa, la existencia en un Estado de alguna de ellas implica su adhesión a la técnica del federalismo cooperativo; cabe aclarar que para que un Estado se califique de cooperativo no forzosamente debe presentar todas las formas de

²⁷ *Op. cit.*, ROVIRA, Alberti, p. 60.

cooperación, ya que depende de cada Estado el conciliar este sistema con su forma particular de entender el federalismo.

Sobre los mecanismos, técnicas o formas de cooperación no existe uniformidad en la doctrina, ya que al ser tan reciente esta concepción, los distintos autores expresan su personal clasificación.

Adoptando la división genérica de mecanismos de cooperación, en cooperación vertical y horizontal.

La cooperación vertical consiste en la concurrencia de la autoridad central y las locales en el desarrollo de una atribución. Son este tipo de formas de cooperación las que propiamente constituyen una excepción al principio de separación tajante de atribuciones entre la autoridad federal y las locales.

Entre las formas de cooperación vertical tenemos: la legislación marco, y los convenios o acuerdos formales entre el gobierno federal y el de los estados.

Las formas de cooperación horizontal son las que se presentan entre Estados miembros del Estado federal para formar un frente común ante la federación, a fin de que ésta no adquiera poder de intervención en campos locales.

Ejemplo de formas de cooperación horizontal son los arreglos y convenios entre regiones a fin de asumir obligaciones en determinada actividad de carácter local, de carácter ejecutivo, respetando siempre la distribución competencial.

Para efectos de este estudio, destaca la importancia de la legislación marco como forma de cooperación horizontal. En el sistema alemán el Bund tiene la potestad para establecer el marco al que habrá de referirse el ejercicio de los poderes de los Länder en la materia, dibujando los límites dentro de los cuales éstos podrán o deberán actuar. El Bund actúa libremente en la determinación de dicho marco, sin otra sujeción que la norma constitucional, y en su caso, la aprobación del Bundesrat [en nuestro sistema: el Congreso de la Unión], como órgano parlamentario federal, y los Länder se mueven libremente en su interior, optando por el desarrollo que más les convenga. Cada parte, Bund y Länder, actúan con plena discrecionalidad en su propio ámbito competencial, independientemente de la amplitud que éste tenga (menor, evidentemente, el de los Länder). Dentro de su respectiva esfera, cada parte toma por sí sola sus propias decisiones competenciales, por separado y con independencia

de las demás. No existe sujeción intrínseca a la libertad de tomar las decisiones que corresponden a cada instancia..."²⁸

En apariencia los Länder han perdido su capacidad legislativa, ya que es el Bund el que tiene la potestad para establecer la legislación marco, pero en realidad se ha sustituido por su participación en la legislación federal, ya que determinadas leyes requieren necesariamente de su consentimiento.

Sobre el particular, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández expresan: "Lo característico del sistema radica en el concurso de dos centros territoriales de poder para la regulación de una misma materia... que ha de nutrirse, pues, con normas de las dos procedencias... El problema específico es cómo han de articularse esos dos frentes, articulación que se organiza sobre la atribución respectiva a los dos centros políticos de un contenido diverso de la regulación global de que se trata: al Estado, lo "básico", a la Comunidad Autónoma el "desarrollo de tal regulación básica". De este modo la idea esencial se ordena como sigue:

- 1o. La formación básica ha de establecer "el marco de una política global" sobre la materia de que se trate...
- 2o. La regulación básica estatal se expresa en una regulación general o nacional unitaria...
- 3o. ...esa regulación nacional no ha de ser completa, no ha de agotar toda la formación mediante un unitarismo completo; por el contrario, la Constitución ha querido que esa uniformidad se reduzca a lo "básico" y que tras ese nivel pueda y deba jugar el particularismo.
- 4o. ...con las normas de las dos procedencias ha de constituirse "un mismo sistema normativo... un sistema global..."²⁹

De esta forma, consideran que el Estado emitirá la regulación básica, es decir, el conjunto de principios abstractos de interés general que constituirán una "ley marco" y los estados dictarán las normas de desarrollo de su respectivo interés.

²⁸ *Op. cit.*, ROVIRA, Alberti, p. 366.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, 8a. ed., Madrid, Civitas, pp. 289-291.

La pregunta que de inmediato surge es: ¿qué constituye la estructura de formación básica? En opinión de los maestros García de Enterría y Fernández la integran tres círculos concéntricos de mayor a menor, a saber:

- 1o. El círculo interior sería el núcleo materia de interés general, respecto del cual la competencia de regulación será íntegra del Estado.
- 2o. El siguiente círculo podría llamarse de encuadramiento, y su función sería articular con el círculo primero la competencia normativa de los estados.
- 3o. Finalmente, el círculo más amplio, ya de carácter normalmente facultativo, pero técnicamente necesario, podría calificarse como círculo de suplencia y su función sería ofrecer, por sí mismo o por remisión, una regulación mínima capaz de suplir un defecto, total o parcial, de la regulación propia de los estados.³⁰

De este modo, la regla general es el principio de separación por el cual coexisten distintos ordenamientos en sus respectivos campos, lo cual no implica que en determinadas materias no pueda existir colaboración entre los niveles de gobierno, pero deben existir los cauces para lograr esta coordinación, siendo en este caso las llamadas "leyes marco".

3. Cooperación mexicana

Desde nuestro punto de vista, el problema constitucional más serio lo constituye el hecho de que es la Constitución la que debe distribuir competencias y no un ordenamiento emanado de un órgano federal, ya que el Congreso de la Unión se convierte en juez y parte en el proceso de distribución de competencias. En palabras del maestro Martín Díaz: "...la distribución de competencias la realiza el legislador secundario a través de una ley general o ley marco, como también se les conoce, con la consecuente 'desconstitucionalización' del proceso distributivo".³¹

³⁰ *Ibidem*, pp. 293-294.

³¹ *Op. cit.*, pp. 155-156.

El propio maestro Díaz y Díaz hace una triple distinción de las "conurrencias mexicanas" de la siguiente forma:

- a) Concurrencia de jurisdicciones... artículo 104 constitucional... fracción I... los tribunales federales y los locales no convergen simultáneamente en el conocimiento del caso; lo que sucede es que en determinado momento ambas jurisdicciones son elegibles de manera disyuntiva por el actor.
- b) Concurrencia de tipo ejecutivo... artículo 120...: "Los gobernadores de los estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales"... orilla a confundir los ámbitos materiales de acción ejecutiva entre la federación y los estados, porque según el sentido del precepto, los gobernadores actuarían como agentes de la federación dentro de su propio territorio... Según este criterio, el 120 constitucional estaría apoyando la descentralización ejecutiva sin propiciar la descubertura federal.
- c) Concurrencias de tipo legislativo... las que derivan de la atribución combinada, segmentaria y hasta compartida que efectúa el constituyente a favor de los distintos órdenes de gobierno, en relación con una materia competencial específica, a través de la distribución que se establece en una ley del Congreso llamada Ley General..."³²

Ateniéndonos para los fines de este trabajo en las conurrencias legislativas, y específicamente en las leyes marco, tenemos que las materias en las que el Constituyente Permanente ha establecido concurrencia entre federación y estados, y ha facultado al Congreso de la Unión para distribuir competencias en una ley marco son: salud, educación, asentamientos humanos, protección al ambiente, protección civil y deporte.

En el caso de salud, el Congreso de la Unión tiene facultad para determinar qué constituye la "salubridad general de la República", misma que será competencia de la federación, y por exclusión será la "salubridad local" competencia de los estados —en aplicación del 124—, en términos del cuarto párrafo del artículo 4o. y la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución general.

³² *Ibidem*, pp. 156-157.

En tratándose de educación, por reformas constitucionales de 1934 y 1946, se facultó al Congreso de la Unión para dictar leyes que distribuyan competencias entre la federación, estados y municipios, en términos de la fracción VIII del artículo 3o. y la fracción XXV del artículo 73. Resulta sorprendente la adición de los municipios dentro de la distribución de competencias, ya que es competencia de los órdenes locales determinarlo, por lo que, al hacerlo, la ley marco vulnera la autonomía de los estados.

Sobre la materia de asentamientos humanos, que en principio era local, es facultad del Congreso la distribución de competencias entre federación, estados y municipios, con fundamento en el párrafo tercero del artículo 27 y fracción XXIX-C del 73. El objeto lo constituye la planeación urbanística en los asentamientos humanos, de ahí la intervención de los municipios en esta distribución competencial.

En protección al ambiente, el fundamento lo constituyen el párrafo tercero del artículo 27 y la fracción XXIX-G del 73.

Haciendo referencia a la materia de protección civil, se fundamenta en la fracción XXIX-I del mismo artículo 73. La materia de deporte encuentra su fundamento en la fracción XXIX-J del 73. En estas dos materias se facultó al Congreso de la Unión para dictar leyes que establezcan las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios.

Constituyen también excepciones al federalismo dual, la materia tributaria, aunque no se ha canalizado vía ley marco, ya que en voz del maestro Martín Díaz: "...no se trata de distribuir competencias fragmentarias en torno a una misma materia, sino de coordinar un ejercicio simultáneo sobre ámbitos recaudatorios parcialmente coincidentes. La solución... se ha concretado en dos leyes sucesivas de Coordinación Fiscal... no es una ley marco, pero sí un instrumento jurídico que participa de la tendencia cooperativa del federalismo y que apunta a la consolidación de los poderes periféricos a partir de un proceso paulatino de descentralización arbitrado desde el centro".³³

De igual manera, los convenios de coordinación han sido adoptados en el sistema jurídico mexicano, como una forma de manifesta-

³³ *Op. cit.*, p. 162.

ción del federalismo cooperativo, los cuales no serán materia de análisis en este trabajo.

Dados los problemas que implican las diversas manifestaciones del federalismo cooperativo debe limitarse a aquellos ámbitos que por su naturaleza forzosamente lo requieran, es decir, no puede extenderse a todos los campos de gobierno.

La instauración de un régimen de cooperación integral, además de impracticable es indeseable a la vista del alto costo que supone en cuanto rompe también algunos equilibrios constitucionales básicos. Al final, parece que la línea de solución adecuada es establecer una cooperación flexible, que se proyecte en aquellas materias donde las distintas partes sientan la necesidad de actuar conjuntamente, y que éstas lo hagan a través de instrumentos expresamente habilitados y previstos en normas de rango suficiente, con el objeto de que tal actuación revista con la regularidad y transparencia que es exigible.

En esencia debe permanecer un núcleo como división vertical del poder, y sólo en las materias que requieran uniformidad participativa se deben adoptar las formas de cooperación, de acuerdo con el mandato constitucional.

4. Futuro del federalismo

Entendido el federalismo como un proceso, no podemos aceptar que constituya un sistema de distribución de competencias perfectamente delimitado y acotado, ya que dada la complejidad de las sociedades modernas, cada vez es más apremiante dar unidad a determinadas materias, no vía centralización, sino con la participación de las distintas instancias de gobierno.

No podemos considerar al federalismo como un concepto acabado, sino que, dependiendo de las condiciones de cada sociedad se diseñarán distintos sistemas de concurrencia y participación.

Ya no es posible estudiar el federalismo desde un enfoque estrictamente legalista y conceptual, sino con las implicaciones sociales, económicas, psicológicas, además de las jurídicas que abarca; debemos estar abiertos a toda forma de distribución del poder que satisfaga de mejor manera las necesidades públicas.

En México hemos comenzado por adoptar algunas formas de cooperación que solucionan eficazmente nuestros problemas de cen-

tralización; para nosotros el federalismo cooperativo es una forma de reivindicar la autonomía de los estados, dándoles participación en distintas competencias; es decir, es una forma de descentralizar y unificar a la vez, pero nunca más por procesos unilaterales y autoritarios, sino bilaterales y participativos.

IV. LEYES MARCO

En este apartado partiremos del principio general ya expuesto de que compete a la Constitución distribuir competencias a los órganos constituidos, llámense federales o locales; pero en determinadas materias, dada su naturaleza, el Constituyente delega su función distribuidora de competencias en el Congreso de la Unión —órgano legislativo de carácter federal—, para que sea éste el que determine qué compete a la federación y qué a los estados, en un ordenamiento jurídico que se ha denominado doctrinalmente “ley general o marco”, mismo que en nuestro sistema jerárquico de normas tiene el rango de ley ordinaria.

1. Concepto

El maestro Martín Díaz define a las leyes marco como: “...las que elabora el Congreso de la Unión para cumplir con dos propósitos simultáneos: primero, distribuir competencias entre la federación y los estados, otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas y, segundo, establecer en su propio cuerpo normativo el régimen federal para regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate. El objeto de una ley-marco puede consistir en la regulación de un sistema nacional de servicios, como sucede con la educación y la salubridad general, o bien puede enfocarse al establecimiento de un sistema nacional de planeación, como en la hipótesis de los asentamientos humanos. En todo caso estas leyes ordenan verdaderos complejos de actividades cuya naturaleza transversal impide que sean atendidas desde un solo nivel de gobierno”.³⁴

Para Roberto Ortega las leyes marco son las que “...se caracterizan por distribuir competencias entre las esferas de gobierno”.³⁵

Para nosotros, ley marco es aquella formalmente secundaria —ya que emana del Congreso de la Unión—, pero materialmente suprema o constitucional, ya que contiene normas que distribuyen facultades entre los distintos niveles de gobierno —función típicamente constitucional—, en cumplimiento a un mandato de la norma suprema.

2. Supremacía constitucional

La cúspide de la pirámide normativa es la Constitución, “norma suprema”, ordenamiento al cual se deben apegar todos los órganos constituidos, de ella deriva la validez de toda norma jurídica secundaria.

Para Mario de la Cueva: “La Constitución es la norma que organiza los poderes y determina las competencias, por lo que necesariamente es superior a las autoridades investidas por ella de atribuciones... Las autoridades no son propietarias de sus competencias, ya que sólo tienen el ejercicio de una función determinada. Si la Constitución es la suma de los principios políticos y jurídicos fundamentales que rigen y que son vividos por la comunidad, entonces... es por su naturaleza un ordenamiento supremo...”³⁶

Continúa diciendo: “...la supremacía de la Constitución es, ante todo, de naturaleza material o sustancial, porque en esa norma se hallan instalados los principios políticos y jurídicos fundamentales...”³⁷

Siendo así, la Constitución delega en aquellas materias que considera necesario hacerlo, su función distribuidora de competencias a un órgano constituido de carácter federal, llamado Congreso de la Unión, mismo que al ejercer esta función se convierte materialmente en un órgano constituyente, al tener la facultad de definir qué compete a la federación y qué a los estados. En suma, de la norma suprema deben derivar todas las demás normas del Estado, ya sean federales o locales, para que puedan ser calificadas de constitucionales; de ahí se desprende la jerarquía constitucional.

³⁵ ORTEGA LOMELÍN, Roberto, *El nuevo federalismo. La descentralización*, México, Porrúa, 1988, p. 92.

³⁶ CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 94.

³⁷ *Op. cit.*, CUEVA, p. 112.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 162-163.

3. Jerarquía de leyes

De la Constitución emanan distintas leyes, mismas que si son conformes a la propia Constitución, adquieren la calidad de supremas, según el texto del artículo 133.

De la lectura del artículo 133 constitucional no se distingue jerarquía entre las leyes, sin embargo, la doctrina ha elaborado clasificaciones para determinar esta jerarquía.

El maestro Arteaga Nava se pronuncia en contra de cualquier distinción en las leyes del Congreso diciendo que de la Constitución y concretamente del artículo 72, inciso f, se desprende que las leyes que emite el Congreso tienen entre sí idéntico valor jerárquico, que ni por su contenido, ni por su nombre puede desprenderse que una sea superior a otra; en virtud de que no hay elementos que hagan suponer que las leyes orgánicas o reglamentarias sean superiores a las ordinarias; para que esto se dé, se requiere una declaración expresa y terminante en la propia Constitución.³⁸ En congruencia con esta opinión, los problemas de contradicción entre una ley orgánica o reglamentaria y una ley ordinaria se resolverán con la prevalencia de aquella que esté de acuerdo con la Constitución, y en el caso de que lo estén ambas prevalecerá la ley posterior.

Es el sistema francés el que diferencia las leyes constitucionales de las leyes ordinarias o de derecho común, pues las primeras forman o integran la Constitución misma, y se inician y sancionan por un procedimiento especial, a diferencia de las segundas, que se sancionan por el procedimiento ordinario, y que son de derecho común. Las leyes constitucionales tienen por objeto reglar la organización política del país, la organización de los poderes políticos y las relaciones entre ellos.³⁹

En nuestra opinión, si bien es cierto que de la Constitución no se desprende criterio alguno que permita distinguir las leyes que emanan del Congreso, debiera adoptarse en nuestro sistema la teoría de las leyes constitucionales, creando un procedimiento especial para la creación y reforma de las leyes constitucionales.

³⁸ *Op. cit.*, p. 28.

³⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, 1959, pp. 54-55.

Al respecto, Carl Schmitt comenta: "Ley fundamental es toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades estatales políticamente más importantes; y también, en una federación, la delimitación de los derechos de ésta respecto de los Estados miembros".⁴⁰

En esta acepción de ley fundamental encuadra perfectamente el concepto de ley marco como distribuidora de competencias, por lo que, tiene el carácter de ley fundamental y no el de una ley ordinaria.

El maestro De la Cueva señala: "...Todas las normas que emanan materialmente de la norma fundamental son derecho constitucional; para decirlo con las palabras que ya conocemos de Santi Romano y de García de Oviedo, son la rama central y más alta del tronco que sirve de sustento a todo el orden jurídico, o recogiendo las ideas de Carlos Schmitt, son las leyes que se elevan sobre las decisiones políticas y jurídicas fundamentales; convirtiéndolas en preceptos constitucionales concretos, fácilmente practicables; en resumen, esas normas son la Constitución misma en movimiento y en acción, con su vida diaria, su actuar constante sobre las realidades sociales..."⁴¹

Por lo que distingue "...las leyes que emanan de la Constitución, aun expedidas por el mismo órgano legislativo, se dividen en dos categorías de rango distinto: a) Las leyes constitucionales... que son las que emanan material y formalmente de la Constitución, ocupan un grado superior inmediatamente después de la Carta Magna. b) Las leyes ordinarias, que son las que sólo formalmente emanan de la Constitución, son un tercer grado, inferior a las leyes constitucionales".⁴²

El investigador Jorge Carpizo comulga con el maestro De la Cueva cuando señala: "...si bien todas las leyes emanadas del Congreso federal son formalmente idénticas, materialmente no lo son, pues algunas de ellas son la Constitución que se desarrolla, que se extiende y que se vivifica. Y estas leyes constitucionales son a las que se refiere el artículo 133 como supremas".⁴³

⁴⁰ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934, pp. 47-48.

⁴¹ *Op. cit.*, CUEVA, pp. 113-114.

⁴² *Op. cit.*, CUEVA, p. 117.

⁴³ CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 5a. ed., México, Porrúa, UNAM, 1996, p. 19.

Consideramos la opinión del maestro De la Cueva acertada, pero además de referirse a leyes reglamentarias y orgánicas, opinamos que se encuentran dentro del rango de leyes constitucionales, las leyes marco, ya que al realizar una función propiamente constituyente, no deben estar en la misma jerarquía que las leyes ordinarias.

Hablando de leyes marco o generales, Eduardo Vázquez afirma: "Los ordenamientos que regulan estas materias no se pueden catalogar como leyes federales ordinarias, pues llamar federal a una ley implica que ésta dará tratamiento a una materia federal, cuya aplicación y regulación es exclusiva de las autoridades federales. Se les ha llamado leyes generales o leyes marco a aquellas leyes con alcance nacional que distribuyen una materia entre la federación, los estados y los municipios. Una ley general establece normas que exceden el ámbito de competencia estrictamente federal, ya que, sin dejar de aplicarse a este ámbito, también afecta a los órdenes de gobierno estatales y municipales. En este sentido, la ley general por excelencia es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".⁴⁴

Expuestas las anteriores opiniones consideramos que debe distinguirse entre los ordenamientos que emanan del Congreso de la Unión de acuerdo con su materia, en el caso particular de las leyes marco, que se encuentran en jerarquía superior a las leyes ordinarias aunque emanen del mismo órgano legislativo federal.

Por lo anterior, se propone la siguiente jerarquía de leyes:

- 1o. Constitución General;
- 2o. Leyes constitucionales, dentro de las que se encuentran:
 - a) Leyes reglamentarias;
 - b) Leyes orgánicas; y
 - c) Leyes marco;
- 3o. Leyes ordinarias.

Para hacer congruente la adopción de esta jerarquía de leyes y la teoría de las leyes constitucionales, en el siguiente apartado proponemos un sistema especial de creación de las leyes marco.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 89.

4. Procedimiento de creación

Por ser materialmente superior las leyes marco a las leyes ordinarias, no pueden ser elaboradas por el Congreso con el mismo procedimiento que el de las leyes ordinarias, dada la importancia de su contenido.

Al delegar el Constituyente en el Congreso de la Unión, la facultad de distribuir competencias entre los órganos federales y los locales, en determinadas materias, que por su naturaleza requieren de concurrencia, se convierte el Congreso en juez y parte en el proceso de distribución, ya que la balanza puede inclinarse hacia la federación, al ser el Congreso un órgano de carácter federal y, en consecuencia, verse los estados mermados en sus facultades, o incluso anulados.

De lo anterior que sea indispensable un procedimiento especial de formación de una ley marco, en el que los estados participen de forma activa, ya que la autonomía estatal no puede quedar a expensas del capricho del Congreso Federal.

En el artículo 72 de la Constitución general se prevé el procedimiento de creación o reforma de las leyes ordinarias, procedimiento que no distingue entre leyes constitucionales y propiamente ordinarias; por lo que para hacer congruente la adopción de la teoría de las leyes constitucionales es necesario adoptar un sistema especial de formación y reforma de las mismas, adicionando un apartado al propio artículo 72 constitucional, que a la letra señale:

- k) En tratándose de la formación o reforma de las leyes constitucionales, se requiere la aprobación de una mayoría calificada de las dos terceras partes de los individuos presentes que integran el Congreso de la Unión, y que sean también aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

Nótese que se propone un procedimiento de formación o reforma de leyes constitucionales —para efectos de este trabajo, leyes marco—, idéntico al de reforma a la Constitución; lo anterior, dado el carácter materialmente constitucional de las leyes marco.

Si como se analizó en el apartado de Federalismo tradicional, la participación de los estados en la reforma a la Constitución es garantía de su existencia y característica fundamental del propio federalismo, es impensable que las leyes marco sean elaboradas unilateral-

mente por el Congreso de la Unión; de lo contrario, nuestro federalismo devendría en una forma vacía de contenido.

El contar con un procedimiento en el que concurren tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas estatales va acorde con la tendencia del federalismo cooperativo y el objetivo descentralizador de facultades federales a los ámbitos locales.

Para hacer congruente el procedimiento que se propone, diversas fracciones del artículo 73 requerirán una adición en el siguiente sentido:

XVI. Para dictar sobre... salubridad general de la República, estableciendo la concurrencia de la federación y las entidades federativas, de acuerdo al procedimiento contenido en el inciso k) del artículo 72 de esta Constitución;

XXV. ...así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la federación, los estados y los municipios el ejercicio de la función educativa, en términos del inciso k) del artículo 72 de esta Constitución...

XXIX-C. Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27, y el procedimiento especial establecido en el inciso k) del artículo 72 de esta Constitución;

XXIX-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico, de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso k) del artículo 72 de este ordenamiento;

XXIX-I. Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la federación, los estados, el Distrito Federal, y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de protección civil, en los términos del procedimiento establecido en el inciso k) del artículo 72 de esta Constitución;

XXIX-J. Para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado; de acuerdo con el procedimiento establecido en el inciso k) del artículo 72 de esta Constitución.

De igual modo, el artículo 133 constitucional requerirá de una adición en su texto para quedar como sigue:

Esta Constitución, las leyes constitucionales que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren

por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

De esta forma considero que se adopta constitucionalmente la distinción doctrinal de leyes constitucionales y leyes ordinarias, enfocada principalmente a las leyes marco; y se protege la autonomía de los estados, dándoles participación en el procedimiento de reforma.

5. Materias

Como se ha dicho con anterioridad en este trabajo, el federalismo cooperativo es una respuesta a la regulación de materias que por su naturaleza específica no pueden ser atribuidas de forma tajante a la federación o a los estados, sino que deviene necesaria una concurrencia para su regulación específica, en la que participen tanto la federación como los estados.

En nuestro sistema jurídico se han considerado materias concurrentes: salubridad, educación, asentamientos humanos, protección al ambiente, protección civil y deporte.

En palabras de Marc Carrillo: "...Un amplio sector de la doctrina, quizás como expresión... de un irremediable realismo jurídico, ha rechazado la posibilidad de delimitar las materias competenciales como ámbitos excluyentes, considerando que las mismas, directa o indirectamente, se refieren a realidades sociales que en el mundo físico-natural forman un verdadero *continuum*, por lo que los solapamientos e interferencias serán inevitables, de tal manera que es inviable un poder que puede disponer de forma exclusiva sobre una materia. Así, la opción habrá de ser admitir esta realidad o bien abogar por la necesaria separación funcional a fin de delimitar el ejercicio de las competencias".⁴⁵

A pesar de la dificultad en la delimitación competencial, por seguridad jurídica debe hacerse, si no en el texto de la Constitución, sí en

⁴⁵ CARRILLO, Marc, "La noción de "Materia" y el reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, España, núm. 36, II, mayo-agosto 1993, p. 107.

una ley secundaria, siempre dando oportunidad a la participación de los estados, ya que pueden verse vulnerados en su competencia y absorbidos por la federación.

Para el licenciado Martín Díaz: “La dificultad mayor al construir legislativamente los ámbitos competenciales estriba en el carácter complejo de la realidad social y, por lo tanto, en las interconexiones que engloban los procesos sociales. Cortar la realidad en aspectos materiales de carácter convencional aparece siempre un ejercicio relativamente artificioso... Para construir los ámbitos competenciales... deben partir de la tipificación de actividades, bienes y, en menor medida, fines. Suelen preferirse en lo posible los criterios de tipo objetivo que atienden al género específico de ejercicio... o bien a clases de bienes... Sin embargo, se suscitan casos de actividades que presentan un carácter de naturaleza transversal y que involucran bienes o acciones que pueden estar considerados bajo otros criterios de clasificación...”⁴⁶

En conclusión, dada la complejidad de las materias que requieren regulación en una sociedad compleja, es de reconocerse la necesidad de la existencia de ordenamientos jurídicos emanados de la Constitución, que distribuyan, en concreto, las funciones entre la federación y los estados, en tanto sea físicamente posible, y en determinados aspectos regular una concurrencia entre los niveles gobierno, a efecto de que el derecho se apegue a una realidad social que se impone.

6. Contenido

En nuestro país, las leyes marco no han sido elaboradas con técnica constitucional depurada, ya que no contamos doctrinalmente, con un modelo normativo que describa el contenido de una ley de esta naturaleza; independientemente de ello, podemos encontrar un contenido mínimo que tienen en común las leyes marco vigentes.

El maestro Díaz y Díaz ha aportado a la doctrina mexicana un modelo de ley marco, el cual consta de los siguientes elementos:

- a) El apartado teleológico, donde se enumeran los criterios rectores y las finalidades del sistema competencial que regula la ley;

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 136.

- b) La definición de su objeto, que puede consistir en la organización de un sistema nacional de servicios, de un sistema nacional de planeación o en la simple distribución de actos de autoridad dentro de una determinada materia;
- c) El mecanismo distribuidor de competencias...
- d) La atribución específica a la autoridad federal para la aplicación de la ley...
- e) Los mecanismos de coordinación...
- f) Los mecanismos de concertación...⁴⁷

De las leyes marco que existen en nuestro sistema —a pesar de sus divergencias técnicas—, podemos obtener un modelo normativo que unifique el contenido mínimo de toda ley marco:

Título Primero: Disposiciones Generales

- Fundamento constitucional para la expedición de la ley;
- Objeto de la ley;
- Secretaría de Estado encargada de la aplicación de la ley;
- Definiciones de los términos que se utilizan en la ley;

Título Segundo: Distribución de competencias

- Sistema de distribución competencial que se utilizará en la ley;
- Competencia de la federación;
- Competencia de los estados;
- Competencia concurrente;
- Posibilidad de celebración de convenios de coordinación entre los distintos niveles de gobierno.

7. Leyes generales mexicanas

En nuestro sistema jurídico se les ha denominado leyes generales para distinguirlas de las ordinarias o propiamente federales; nosotros preferimos adoptar el término de “ley marco” dada la confusión que podría darse al entender en una connotación distinta el término general, como característica esencial de toda ley, en contraposición de las leyes especiales, mismas que están prohibidas por la Constitución.

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 164-166.

Dadas las consideraciones que se han hecho en este trabajo, podemos afirmar que si bien este tipo de leyes han venido a desnaturalizar el sistema de federalismo dual, contenido en el artículo 124 constitucional, debemos aceptar que responden a una realidad social de nuestro tiempo y nuestro país, por lo que tenemos que matizar nuestra concepción federal, y ver con buenos ojos esta solución, que entre nosotros aún prueba resultados, y que con el tiempo y la interpretación de nuestro máximo tribunal se va a ir arraigando y constituyendo con matices específicamente mexicanos.

A fin de hacer congruente nuestro sistema federal proponemos que el primer párrafo del artículo 41 constitucional quede como sigue:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal, las particulares de los estados, y en los casos establecidos por las fracciones XVI, XXV, XXIX-C, XXIX-G, XXIX-I y XXIX-J del artículo 73 de este ordenamiento, por las leyes constitucionales, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

A efecto de que no coexistan más disposiciones contradictorias en la Constitución, una que se basa en una aceptación total del diseño del federalismo dual contenido en el artículo 124 y otra que tiende a la descentralización vía el federalismo cooperativo contenida en las fracciones XVI, XXV, XXIX-C, XXIX-G, XXIX-I y XXIX-J del artículo 73, proponemos la adición de un párrafo al artículo 124 constitucional en los siguientes términos:

Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados.

En los casos contenidos en las fracciones XVI, XXV, XXIX-C, XXIX-G, XXIX-I y XXIX-J del artículo 73, compete a una ley constitucional emanada del Congreso de la Unión de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso k) del artículo 72 de este ordenamiento, distribuir las competencias entre la federación y los estados.

Esto implica la adopción formal del federalismo cooperativo como una forma de descentralizar y reivindicar la autonomía de los esta-

dos en ciertas facultades, y entender al federalismo, no como un sistema rígido y ortodoxo, sino como un proceso que se debe ir ajustando a las realidades que se presenten.

De ninguna manera está dicho todo sobre el federalismo mexicano. El tiempo probará su acierto y desacierto, y quizá nuevas formas del mismo; es un concepto en constante evolución, que no puede ser detenido por el rigorismo constitucional. Constituye un reto despojarnos de criterios exclusivamente formalistas para tratar de entender un fenómeno en sus distintas implicaciones, y no limitarnos al análisis exclusivamente jurídico, sino encontrar el equilibrio entre el derecho y la realidad.

V. CONCLUSIONES

1. El federalismo es una forma de Estado adoptada por la Constitución; de esta forma surgen dos autoridades coextensas y coexistentes dentro de un mismo territorio, que actúan sobre el individuo, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias.
2. Constituyen elementos esenciales del Estado federal, la autonomía de los estados y la participación de los mismos en las reformas a la Constitución general.
3. Columna vertebral de nuestro federalismo es la distribución de competencias cuya sede se encuentra en la Constitución, la cual es la única facultada para hacerlo.
4. El federalismo cooperativo constituye una forma de Estado, en la que el principio general consiste en la coordinación, en la participación de los distintos órdenes de gobierno —tanto locales como federales— en el desarrollo y ejecución de las distintas atribuciones del Estado, por medio de las diversas formas de cooperación que en el derecho comparado se han desarrollado, en razón de que hoy en día es imposible concebir un Estado en el que federación y estados tengan perfectamente delimitadas sus competencias, sin que existan usurpaciones, sino concurrencia entre ellas.
5. Ley marco es aquella formalmente secundaria —ya que emana del Congreso de la Unión—, pero materialmente suprema o constitucional, ya que contiene normas que distribuyen fa-

cultades entre los distintos niveles de gobierno —función típicamente constitucional—, en cumplimiento a un mandato de la norma suprema.

6. Al ser jerárquicamente superiores las leyes marco a las ordinarias requieren de un especial procedimiento de creación y reforma, por lo que se propone la adición de un inciso k) al artículo 72 constitucional, así como adiciones a las distintas fracciones del artículo 73 que se han citado, al artículo 133, al 124, y al 41 constitucionales.
7. Las leyes marco deben tener un contenido mínimo como el que se ha propuesto en este trabajo.
8. Votar por el federalismo cooperativo implica apostarle al pluralismo y a la participación y no a un sistema unitario, autoritario y hasta dictatorial.

DISCORDIA CONSTITUCIONAL: BENITO JUÁREZ Y LA CONSTITUCIÓN DE 1857

Eber Omar BETANZOS TORRES

Al ocupar Juárez un lugar privilegiado en la historia de México su figura se ha agigantado, no porque él mismo así lo hubiera deseado, sino por efecto del tiempo: se ha convertido en un símbolo del patriotismo.

José Manuel Villalpando

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *1857: El año de la República.* 1. *Apuntes sobre Juárez.* 2. *México tiene una nueva Constitución.* 3. *Todo parece inaplicable.* III. *Legalidad de la primera presidencia juarista (1858-1861): una simple respuesta acarrea complejas consecuencias.* 1. *Dos cargos: Ministro de Gobernación y Presidente de la Suprema Corte de Justicia.* 2. *La renuncia de Comonfort.* 3. *Juárez asume la Presidencia de la República.* 4. *Algunos estados reasumen su soberanía.* 5. *El abandono de la sede de los Poderes de la Unión.* 6. *Juárez sale del país.* IV. *Entre elecciones, reelecciones, invasiones y una Constitución: años de gobierno en uso de facultades extraordinarias.* 1. *Paréntesis obligado: acerca del Poder Ejecutivo y sus facultades en la Constitución de 1857.* 2. *Leyes de Reforma.* 3. *El Tratado McLane Ocampo.* 4. *Las elecciones de 1861.* 5. *"...en uso de las amplias facultades con que me hallo investido...": Ley del 25 de enero de 1862.* 6. *Reelección y autogolpe de Estado (1865).* V. *Proyecto de reformas de 1867.* 1. *La elección presidencial de 1867.* 2. *¿Cómo reformar?: la vía del referéndum.* 3. *Ironías: resplandores del Plan de Tacubaya diez años después.* VI. *Corolarios.* 1. *La última elección.* 2. *El Plan de la Noria.* VII. *A manera de conclusión. La Presidencia así cuestionada: tejiendo en el derecho con hilambre de historia.* 1. *Espejos de la Constitución de 1857.* 2. *El Estado de Derecho constitucional.*

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es estudiar los problemas jurídico-constitucionales de mayor importancia en la vida y obra de Benito Juárez: la asunción de su primera presidencia, las Leyes de Reforma, los años que gobierna en uso de facultades extraordinarias, las elecciones y reelecciones, el proyecto de reformas de 1867, sus debates con Jesús González Ortega y otros tópicos conexos a los anteriores. Todos con simples respuestas: son constitucionales o inconstitucionales; por tanto, el instrumento de estudio se concentra en la Constitución de 1857, aquel documento fundamental alabado y criticado.¹

Por tanto, no desvelan demasiado aquellas memorias probables de la medianoche del once de enero de 1858, cuando el presidente Benito Pablo Juárez García huía de la Ciudad de México o, en un paso borrascoso del tiempo, cuando se disponía en el puerto de Mazatlán a abandonar el país a bordo del *Johan Stiffers*... Quizá ahí, en ese momento, un texto empolvado de la Constitución de 1857 lo acompañó; en él, páginas adentro, el artículo 84 contenía en sus frases un mensaje lapidario: "El Presidente no puede separarse del lugar de la residencia de los poderes federales, ni del ejercicio de sus funciones, sin motivo grave calificado por el Congreso, y en sus recesos por la diputación permanente"... porque entonces el derecho cuestionará si en las condiciones en que se encontraba era posible que abandonara México sin perder su carácter de Presidente y, obtener esa respuesta, será lo que nos importe.

II. 1857: EL AÑO DE LA REPÚBLICA²

1. Apuntes sobre Juárez

Corría el mes de octubre de 1857. En el Congreso del Estado de Oaxaca, Benito Juárez solicitaba licencia para dejar el cargo de go-

¹ COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 4a. ed., FCE, México, 1998.

² Fuentes en general: HENESTROSA, Andrés, *Los caminos de Juárez*, FCE, Colección popular 119, 1a. ed. (6a. reimp.), 1996. p. 141; ROJAS PÉREZ PALACIOS, Antonio, *Centena-*

bernador. En su mente corrieron ese día multitud de recuerdos: sin la fecha exacta, pero con alegría, recordó las primeras imágenes de su infancia en San Pablo Guelatao, pueblo de la jurisdicción de Santo Tomás Ixtlán, su llegada a la capital oaxaqueña, el Seminario de la Santa Cruz... Con paso firme cruzó la Plaza de Armas y, por un momento, recordó sus años de estudiante de derecho en el Instituto de Ciencias y Artes, allá por 1834.³

En este momento de su vida, su carrera política, aun siendo brillante para un pobre indio zapoteca, se opacaba en comparación con otros personajes. En Oaxaca fue regidor del ayuntamiento capitalino, diputado, magistrado del Tribunal Superior de Justicia, juez civil y de hacienda. Ahora nuevamente era gobernador; pero la causa liberal, la misma por la que Santa Anna lo había hecho exiliarse en Nueva Orleans y que lo unió al Plan de Ayutla de 1854 con Juan Álvarez e Ignacio Comonfort, le ofrecía una propuesta que no dudó demasiado en aceptar: irse a México al ministerio de Gobernación.

Ya antes había participado en el gobierno federal. Como Ministro de Justicia e Instrucción Pública durante el gobierno de Juan Álvarez fue el artífice de la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación del Distrito y Territorios, de

rio de la restauración de la República, Ed. Botas, México, 1968, pp. 27 a 68; *Benito Juárez. documentos, discursos, correspondencia*. Selección y notas de Jorge L. Tamayo, Secretaría del Patrimonio Nacional, México, 1971, t. I, p. 413 y t. II, pp. 261 a 286; ALLEN SMART, Charles, *Juárez*, tr. Ángel Amaid, Grijalbo-Biografía Gandesa, México, 1965, p. 185; COSÍO VILLEGAS, Daniel *et al.*, *Historia general de México*, 3a. ed., t. II, El Colegio de México, México, 1981, pp. 825 a 842; KRAUZE, Enrique, *Siglo de caudillos*, 19a. ed., Tusquets, México, 2001; TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 21a. ed., Porrúa, México, 1998, pp. 595 a 606; VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *Benito Juárez*, Planeta De Agostini, Barcelona, 2002; GÓMEZ CÉSAR, Iván, *La batalla de Juárez*, Nuestro Tiempo, 1992, pp. 34 a 36; FOIX, Pere, *Juárez*, 9a. ed., Trillas, México, 1979, pp. 91 a 108; ROEDER, Ralph, *Juárez y su México*, 2a. ed., FCE, México, 1984, pp. 212 y sig.; SCHOLLES, Walter V., *Política mexicana durante el régimen de Juárez 1855-1857*, 1a. ed. en español, tr. Rafael Quijano, FCE, México, 1957, pp. 45 a 48.

³ Para datos biográficos sobre Juárez se sugiere: JUÁREZ, Benito, *Apuntes para mis hijos*, Centro Mexicano de Estudios Culturales, México, 1981; ALLEN SMART, Charles, *op. cit.*; BULNES, Francisco, *El verdadero Juárez y la verdad sobre la intervención y el Imperio*, Edinal, México, 1960 y *Juárez y las revoluciones de Ayutla y de Reforma*, 2a. ed., H. T. Milenario, México, 1967; FUENTES MARES, José, *Juárez: el Imperio y la República*, Grijalbo, México, 1982 y *Juárez: los Estados Unidos y Europa*, Grijalbo, México, 1983; VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*; FOIX, Pere, *op. cit.*; ROEDER, Ralph, *op. cit.*

23 de noviembre de 1855, más conocida como Ley Juárez. De muchas maneras esa Ley, que suprimió los fueros eclesiásticos y militares, sería la primera manifestación legal importante de los principios de la causa liberal.

Quizá la multitud de imágenes que se dibujaron en su mente ese día, cuando la pluma de ganso se enjugó sin vacilación en tinta negra para dar los últimos trazos a su firma en su solicitud de licencia, fueron un preludio de lo que sucedería.

Salió de Oaxaca el 27 de octubre. El 3 de noviembre tomó posesión del cargo que le había ofrecido Comonfort. Las elecciones para el siguiente cuatrienio, que iniciaba el 1 de diciembre, estaban en puerta y con gusto aceptó la proposición del Presidente para competir junto con él —Juárez presidiría la Corte—. La voluntad de la República,⁴ como presentían en ese momento, estaba con ellos, por lo que no extrañó que cuando el Congreso hiciera el cómputo de los votos, de conformidad con el artículo 51 de la Ley Electoral del 12 de febrero de 1857, declarara Presidente de la República al general Ignacio Comonfort.

En el caso del Presidente de la Suprema Corte de Justicia ya que ninguno de los candidatos, los licenciados Benito Juárez García y José María Lacunza, obtuvieron la mayoría exigida, la decisión correspondió entonces al Congreso, el cual, en Decreto de 20 de noviembre de 1857 favoreció a Juárez.

Cuidando las formas, Juárez asumió sus funciones como Presidente del Alto Tribunal, al que reúne apenas horas después de haber rendido protesta ante el Congreso el mismo 1 de diciembre, sesión en la que el Ministerio de Justicia solicita al Pleno de la Corte le conceda licencia y así pueda reasumir su cargo en Gobernación. Lo obtiene por mayoría.

Fue una maniobra hábil: Comonfort sabía que Juárez era querido por los electores liberales y, en una elección indirecta⁵ se facilitaban las cosas.

⁴ No distaba mucho de la alquimia electoral priista.

⁵ Se designaban electores, uno por cada 500 habitantes. Éstos a su vez se reunían en cada distrito electoral de 40,000 habitantes o fracciones mayores de 20,000, y designaban por mayoría absoluta de votos al candidato ganador en el Distrito Electoral.

Sin embargo, había un obstáculo que el mismo Juárez ya había vislumbrado cuando, siendo gobernador, promulgó en Oaxaca la Constitución de 1857: amplios sectores de la sociedad rechazaban el nuevo documento fundamental.

2. México tiene una nueva Constitución

Inicialmente el Congreso había sido convocado por el presidente Juan Álvarez para reunirse en Dolores, Hidalgo el 14 de febrero de 1856. Fue hasta el día 17, en Palacio Nacional, cuando el Congreso Constituyente lo pudo hacer. Fueron sesiones apasionantes las que ambientaron su creación.

Los genios de Olvera, Zarco, Arriaga, Ramírez, Ocampo, Prieto y Guzmán aportaron lucidez y la riqueza que otorga el discrepar. Un tema los conmovió más que ninguno: ¿México necesitaba una nueva Constitución o era suficiente con restablecer la de 1824?

El gobierno de Comonfort, Presidente sustituto, con el apoyo de los “moderados” impulsó firmemente y sin ocultarse la Constitución de 1824, a fin de cuentas, nadie parecía cuestionar que era una verdadera y legítima expresión de la voluntad nacional. Sin embargo, la nueva Constitución estaba en camino.

El 5 de febrero de 1857, los noventa y siete diputados que quedaron en aquel Congreso Constituyente juraron la nueva Constitución; también lo hizo el presidente Comonfort. Depositaron en sus manos el documento y lo juró. Gómez Farías presidió la función arrodillado ante la Biblia jurando fidelidad al unísono con los diputados. A partir de ese momento nuestra nación jurídicamente (no olvidemos el contraste de la realidad) fue diferente.

Los poderes se integraron con alguna parsimonia: el nuevo Congreso se debía reunir el 16 de septiembre,⁶ pero fue hasta el 8 de octubre cuando tuvo el número de diputados suficiente para integrar el quórum mínimo.

Comonfort *presto* solicitó facultades extraordinarias, pero los diputados no iban a estar muy convencidos hasta que estuviera in-

⁶ Artículo 62 constitucional.

tegrado su gabinete. El 20 de octubre lo anunció y el Congreso se las otorgó tiempo después, en los primeros días de noviembre.

La nueva Constitución disponía que comenzaría a regir hasta el 16 de septiembre, quedando entretanto el ejecutivo investido por el Congreso de amplísimas facultades para facilitarle la conservación del orden y la paz de la nación —tal como había sucedido desde el triunfo de la Revolución de Ayutla—. Luego, la fecha de su entrada en vigor se cambió al 1 de diciembre. La vida con la nueva Constitución no sería fácil: Comonfort recelaba de las amplias facultades del Congreso y, el pueblo, instigado por la Iglesia, estaba disgustado por las reformas en materia religiosa.

3. Todo parece inaplicable

La Constitución fue recibida con júbilos opacados. Juárez escribió, estando aún en Oaxaca, en *Apuntes para mis hijos*:⁷

En 1857 se publicó la Constitución política de la Nación y desde luego me apresuré a ponerla en práctica principalmente en lo relativo a la organización del Estado. Era mi opinión que los Estados se constituyesen sin pérdida de tiempo, porque temía que por algunos principios de libertad y progreso que se habían consignado en la Constitución General estallase o formase pronto un motín en la Capital de la República que disolviese a los poderes supremos de la Nación; era conveniente que los Estados se encontrasen ya organizados para contrariarlo, destruirlo y restablecer las autoridades legítimas que la Constitución había establecido. La mayoría de los estados comprendió la necesidad de su pronta organización y procedió a realizarla conforme a las bases fijadas en la Carta Fundamental de la República.

Los rumores rasgaban en todo costado los ánimos de la nación. Juárez también conocía, seguramente junto con sus más cercanos colaboradores, las dudas de Comonfort sobre la Constitución y los rumores de un golpe de Estado.

El 1 de diciembre de 1857, al rendir protesta como Presidente de la República, Ignacio Comonfort adelantó al Congreso su idea de ha-

⁷ JUÁREZ, Benito, *op. cit.*, p. 39.

cer “saludables” reformas a la Constitución. Manifestó que él debía hacer nuevos sacrificios en obsequio de la nación y apurar todos los remedios para su salvación:

El más eficaz de éstos será hacer al Código Fundamental saludables y convenientes reformas. A este fin, el gobierno os dirigirá muy en breve las iniciativas que estimamos necesarias; y esperará confiadamente que serán resueltas por vuestra sabiduría, con la prontitud y acierto que demandan los caros intereses de la sociedad.⁸

Una mañana, relata Manuel Payno,⁹ entonces Ministro de Hacienda, Comonfort llamó a Juárez y se encerró con ellos en alguna habitación de Palacio Nacional. El Presidente le dijo: “Es necesario que cambiemos de política y yo desearía que tú tomaras parte y me acompañaras”. Juárez contestó: “Te deseo muy buen éxito y muchas felicidades en el camino que vas a seguir; pero yo no te acompaño en él”.

La iniciativa de reformas planteada por Comonfort nunca se presentó y los rumores de un golpe de Estado subieron de tono, al punto de llegar al Congreso. El diputado Sierra presentó una carta de Payno y de Félix Zuloaga dirigida al general Eпитacio Huerta invitándolo a sublevarse para suspender la vigencia de la Constitución de 1857, convocar a un nuevo Congreso para reformarla o hacer una nueva y, por lo pronto, nombrar a Ignacio Comonfort dictador. Las reacciones no se hicieron esperar, al punto que el mismo Benito Juárez tuvo que dirigirse al Congreso.

La Cámara de Diputados citó al conspirador Manuel Payno, pero él no fue, por lo que se le pidió al presidente Comonfort que lo hiciera concurrir. En esa tensa situación, el Congreso se reunió el dieciséis. En la noche de ese día de diciembre, la premonitoria predicación del diputado Juan Baz hizo eco en las 12 columnas del Salón de Sesiones: “será la última sesión”.¹⁰

⁸ GUZMÁN GALARZA, Mario, *Documentos básicos de la Reforma (1854-1875)*, t. II, 2a. ed., México, PRI, 1982.

⁹ PAYNO, Manuel, *Memorias sobre la revolución: de diciembre de 1857 a enero de 1858*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987.

¹⁰ GALINDO Y GALINDO, Miguel, *La gran década nacional o relación histórica de la Guerra de Reforma, intervención extranjera y gobierno del archiduque Maximiliano. 1857-1867*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1987, vol. I, p. 40.

Efectivamente, en el atardecer del 17 de diciembre de 1857, 10 meses después de promulgada la Constitución de 1857 y a diecisiete días de entrar en vigor, en sus cuarteles de Tacubaya, la brigada encargada de guarecer a la Ciudad de México, comandada por Felix Zuloaga se sublevó. Horas más tarde se detuvo a Benito Juárez y a Isidoro Olvera, Presidente del Congreso.

Aquellos días prisionero en el salón de embajadores de Palacio Nacional, fueron especialmente difíciles. Comonfort se unió al Plan de Tacubaya, disolvió al Congreso e intentó gobernar un país en bancarrota a punto de la guerra civil.

En el interior de la República las primeras reacciones fueron más bien contradictorias: México, Puebla, Tlaxcala, San Luis Potosí y Veracruz¹¹ expresaron su beneplácito. Querétaro, Michoacán y Guanajuato su desagrado. Sesenta diputados firmaron un manifiesto protestando contra el crimen constitucional que se cometía con el Plan de Tacubaya e invitando a los gobernadores y legislaturas de los estados a oponerse. De hecho, Guanajuato dio una respuesta organizada. Manuel Doblado, su influyente gobernador, formó la Liga de Estados Opuestos al Plan de Tacubaya. Pronto se les sumó Jalisco. Oaxaca y Veracruz, en franca oposición al Plan de Tacubaya, reasumieron su soberanía.

Pasada la navidad la situación era igual de indecisa: Puebla, Tlaxcala, México, Tamaulipas, San Luis Potosí y Aguascalientes secundaban el Plan, mientras que Jalisco, Colima, Guanajuato, Oaxaca, Querétaro, Michoacán, Guerrero y Veracruz lo repudiaban. Era 1857, el año de la República.

III. LEGALIDAD DE LA PRIMERA PRESIDENCIA JUARISTA (1858-1861): UNA SIMPLE RESPUESTA ACARREA COMPLEJAS CONSECUENCIAS¹²

Comonfort, indeciso como lo retrata la historia, acabó por exasperar a Zuloaga, quien el 11 de enero de 1858 anunció la reforma al Plan

¹¹ Sólo inicialmente; después este estado cambiaría de parecer.

¹² Sobre estos sucesos históricos se sugiere, sin dejar de recomendar las monografías sobre Juárez antes citadas: VILLASEÑOR Y VILLASEÑOR, Alejandro, *Antón Lizardo. El Tra-*

de Tacubaya desconociéndolo como Presidente y esperando la nueva designación de una junta de representantes. Ese mismo día Comonfort liberó a Juárez, resistió algunos días en la capital y luego abandonó el país.

Pero, desde el momento en que Comonfort desconoció la Constitución de 1857, ¿a quién correspondía la presidencia?, ¿a Juárez, a Comonfort, o a quien designara la junta de representantes tacubayista?

1. Dos cargos: Ministro de Gobernación y Presidente de la Suprema Corte de Justicia¹³

Nos interesa el tema de Juárez, pero es necesario tocar un antecedente. Para evitar confusiones desafortunadas debemos preguntarnos si era posible que una misma persona ostentara simultáneamente dos cargos a la luz de la Constitución de 1857. La respuesta es categórica: no. En ninguna parte de dicho documento se permite esta situación.

La historia nos presenta el siguiente supuesto: recordemos que el Congreso decretó el 20 de noviembre de 1857 que Benito Juárez, quien entonces se desempeñaba como Ministro de Gobernación, era el Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Luego, el 1 de diciembre, después de prestar juramento a su cargo en la Corte, durante la primera reunión plenaria fue solicitada licencia para Juárez por el ministerio de Justicia y así pudiera seguir desempeñándose en su encargo en Gobernación. El Tribunal en Pleno discutió la petición y decidió, por mayoría, otorgarla.

La opinión de la minoría consideró que la Corte carecía de facultades para otorgar dicho permiso dado que el cargo se ocupaba por decisión del voto ciudadano. Recordemos que de acuerdo con el artículo 51 de la Ley Electoral del 12 de febrero de 1857, con base en

tado McLane Ocampo. El brindis del desierto, Jus, México, 1962, pp. 59 a 64; COSÍO VILLEGAS, Daniel, *et al.*, *op. cit.*, pp. 841 a 844; TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 595 a 629; FUENTES MARES, José, *Juárez y los Estados Unidos*, Libro Mex editores, México, 1960, pp. 89 a 92; CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano (1899)*, Oxford, México, 1999; ROEDER, Ralph, *op. cit.*

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ministros 1815-1914. Semblanzas*, vol. II, SCJN, México, 2001, pp. 427 y 428; Lucio Cabrera A., *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX*, t. I, pp. 240-241.

la Constitución,¹⁴ la elección de los 11 ministros, incluyendo al que fungiría como Presidente de la Corte, era indirecta en primer grado, a diferencia de la designación de Secretario de Despacho,¹⁵ la cual era totalmente libre para el Presidente.¹⁶ Esta permisión a primera vista no significaba gran inconveniente, pero la minoría consideró que al ser el cargo de Presidente de la Corte de elección popular la voluntad general estaba en que fungiera en ese encargo y no en que la Corte, no obstante ser también él Ministro de la Corte, le otorgara licencia como a un ministro común y corriente. En su caso se trataba de su mismo Presidente, cuyo cargo era de elección popular en este específico sentido.

Es ilustrativo, para no caer en confusiones, citar el contenido de la primera parte del artículo 46 de la Ley de 14 de febrero de 1826,¹⁷ reglamentaria de los artículos constitucionales que establecen la jurisdicción federal:

Ningún magistrado¹⁸ podrá tener comisión ninguna de la clase que fuere, a excepción del Presidente en los casos comprendidos en la Constitución...

Citamos esta disposición para hacer un distingo más, a Juárez, Presidente de la Corte, no le estaba asignando el Alto Tribunal la misión de fungir en la cartera de Gobernación, se trataba de una simple licencia.

No tiene caso profundizar más en la discusión formal. La Corte sí tenía facultades para otorgarle licencia al Presidente de la Corte al ser también Ministro de este órgano. Juárez pidió licencia, se la dieron, e hizo lo que quiso con ella, además, como mencionamos arriba: Juárez no ostentaba simultáneamente dos cargos. En uno gozaba de licencia y en otro fungía en activo.

¹⁴ Artículo 92.

¹⁵ Terminología utilizada por la Constitución de 1857.

¹⁶ Artículo 84 constitucional.

¹⁷ PALLARES, Jacinto, *El poder judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los Tribunales de la República Mexicana*, Imprenta del Comercio, México, 1874, p. 503. Se acude a este cuerpo legal, en lo aplicable, porque a esa fecha no se había expedido una nueva Ley. Es la base del posterior Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de 29 de julio de 1862.

¹⁸ En la Constitución de 1824 el cargo de Ministro correspondía al de Magistrado.

Es oportuno comentar que cuando Benito Juárez es puesto en prisión por Comonfort, se entiende que cesa su encargo en el ministerio de Gobernación, no así en la Corte, donde gozaba de licencia y, sólo ella, la Corte regida por la Constitución de 1857, podría revocársela, cosa que era imposible pues fue disuelta por el movimiento golpista.

2. La renuncia de Comonfort

A partir de la proclamación del Plan de Tacubaya y el “golpe de Estado” de Comonfort todo es un desastre: no había Congreso, todo estaba al margen y en juego la interpretación constitucional que permite el 128. La única posible. Pero aún no nos adelantemos con este artículo.

Comonfort no renunció a la presidencia al aparecer el Plan de Tacubaya, al contrario, se sumó a él. En su artículo segundo¹⁹ dicho Plan menciona:

Acatando el voto unánime de los pueblos, expresado en la libre elección que hicieron del Excmo. Sr. Presidente don Ignacio Comonfort, para Presidente de la República, continuará encargado del mando supremo con facultades omnímodas, para pacificar a la Nación, promover sus adelantos y progreso y arreglar los diversos ramos de la administración pública.

Pero Comonfort desde el momento que violentó el orden constitucional dejó de ser Presidente. La razón es que al ser electo con base en la Constitución de 1857 y desconocerla quedó fuera de este marco constitucional. Era imposible que pudiera seguir encabezando su poder Ejecutivo.

Un punto curioso se presenta cuando Comonfort libera a Juárez el 11 de enero: renuncia a su encargo. Renuncia imposible, no sólo porque ya no era Presidente, sino también porque acorde con el artículo 81 constitucional esto únicamente era posible hacerlo ante el Congreso y, no había Congreso. Comonfort lo había disuelto.

¹⁹ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 2, p. 279.

3. Juárez asume la Presidencia de la República

Después de que Comonfort rompió su título²⁰ la persona llamada por la Constitución era el Presidente de la Suprema Corte de Justicia: Juárez. Pero se encontraba preso en Palacio Nacional y, aunque las autoridades legítimas de varios estados no vacilaron en desconocer al gobierno golpista y en protestar por la prisión de Juárez, era imposible que hubiera un gobierno en la República ya que faltaba la persona que conforme a la Constitución debía organizarlo. Hubo que esperar algunas semanas más.

Aclaremos unos puntos sobre el cargo de Juárez en este momento. Hasta el 17 de diciembre fue Ministro de Gobernación y Presidente de la Suprema Corte de Justicia, con licencia en su ministerio jurisdiccional otorgado en virtud de ser también Ministro de ese Alto Tribunal. Al Comonfort encarcelarlo y luego defeccionar en su encargo en el Ejecutivo tácitamente removió a Juárez de su gabinete, luego entonces sólo conservó su función en la Corte, a la que regresó inmediatamente, ya que el motivo por el que se había solicitado licencia había concluido. Nuevamente era Presidente de la Suprema Corte y, de ese cargo no lo podía remover Comonfort ni los golpistas pues era resultado de la voluntad soberana del pueblo expresada en una elección.

Ahora bien, los estados integrantes de la Liga de Estados Opuestos al Plan de Tacubaya se obligaron a que tan luego se presentara en cualquiera de ellos (Jalisco, Colima, Guanajuato, Querétaro, Michoacán, Guerrero, más las adiciones de Nuevo León, Coahuila y Tamaulipas) Benito Juárez sería reconocido como Presidente Interino de la República, ya que reconocían que al ser Presidente de la Corte en él recaía tal carácter.

El 11 de enero, una vez en libertad, se dirigió a un estado de la Liga: Querétaro, a donde llegó el 16. De ahí se trasladó a Guanajuato y el día 19 declaró establecido su gobierno. Decían los primeros párrafos de la Circular de esa fecha que fue enviada a los gobernadores

²⁰ Tiempo más tarde el Congreso, por Decreto de 13 de mayo de 1861, declararía que "desde el día 17 de diciembre de 1857, dejó de ser Presidente de la República el ciudadano Ignacio Comonfort, que atentó a la soberanía del pueblo por medio del Plan de Tacubaya". TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 4, p. 425.

de los estados por la Secretaría de Estado y del Despacho de Gobernación, a cargo de Manuel Ruiz:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de la Constitución General y a la expresa voluntad de la inmensa mayoría de los Estados que conforman la Confederación Mexicana, se ha encargado interinamente del Supremo Poder Ejecutivo Nacional, el Excmo. Sr. Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Lic. Don Benito Juárez.²¹

El texto de dicho artículo 79 es el siguiente:

En las faltas temporales del Presidente de la República, y en la absoluta mientras se presenta el nuevamente electo entrará a ejercer el poder, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

4. Algunos estados reasumen su soberanía

Haremos un pequeño paréntesis para analizar la reasunción de soberanía que hicieron los estados de Oaxaca²² y Veracruz en resistencia al Plan de Tacubaya.

Esto era imposible a la luz del Pacto Federal contenido en la Constitución de 1857: no podían. Si ellos defendían a esta Constitución y postulaban su total superioridad, no podían reasumir su soberanía. México seguía siendo uno, sólo que en una situación complicada, en donde un movimiento armado como el de Tacubaya lesionaba el orden constitucional. Los estados seguían siendo parte de la República Mexicana que tenía como norma suprema a una Constitución que no les permitía reasumir su soberanía. Otra cosa es que se opusieran al régimen constitucionalmente espurio de los tacubayistas.

5. El abandono de la sede de los Poderes de la Unión

Juárez huyó de la capital el 12 de enero y viajó al centro del país; su seguridad y la de la República estaban en juego. Primer tropiezo: el artículo 84 de la Constitución establece:

²¹ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 2, p. 294.

²² Decreto del Honorable Congreso del Estado de Oaxaca de 21 de diciembre de 1857, TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 1, p. 280.

El Presidente no puede separarse del lugar de la residencia de los poderes federales, ni del ejercicio de sus funciones, sin motivo grave calificado por el Congreso, y en sus recesos de la diputación permanente.

Es claro que la sede de los poderes es el Distrito Federal. La interpretación se extrae del siguiente artículo:

Artículo 46. El Estado del Valle de México se formará del territorio que en la actualidad comprende el Distrito Federal; pero la erección sólo tendrá efecto, cuando los supremos poderes federales se trasladen a otro lugar.

La fracción V del artículo 72 constitucional establece la facultad del Congreso para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación. Por tanto, la interpretación que basamos en los artículos anteriores conduce a concluir que la Ciudad de México era la residencia de los poderes federales y, no como Mata, enviado de Juárez en Washington, interpreta, en el sentido de que esto sólo había sido *de facto* y no *de iure* ya que el Congreso desde la promulgación de la Constitución de 1857 nunca había declarado a la Ciudad de México tal carácter.²³

Ahora bien, en el Decreto del Congreso de 3 de noviembre de 1857²⁴ se le concedió a Comonfort la posibilidad de mantenerse “en lugar diverso al en que residieran los otros poderes federales”, es decir, en cualquier lugar distinto a la Ciudad de México, sede de los poderes de la Unión. El Ejecutivo podía moverse con libertad dentro de la República. Juárez, al tener el carácter de Presidente Interino, tenía también esta facultad.

Comentemos algo más: al no haber más poderes, tampoco tienen sede. Los “otros poderes” eran el Judicial y el Legislativo, pero ¿qué Congreso, qué Suprema Corte y Tribunales, si Comonfort y los conservadores los habían disuelto o impedido sus trabajos? Y no es que Comonfort haya tenido facultades para hacer esto, pero *de facto* era imposible que se reuniera en una ciudad gobernada por los golpistas.

²³ Carta de José María Mata a Lewis Cass, Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, explicándole que la legitimidad del gobierno juarista no radica en la sede, fechada en Washington el 14 de julio de 1858, TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, Jorge L., vol. 3, pp. 456 y 457.

²⁴ BRAVO UGARTE, José, *Historia de México*, t. III, Jus, México, 1944, pp. 245 y 246.

No es que despreciemos las normas, pero la realidad rebasó sus cánones ordinarios.

Supongamos, para comentar lo siguiente, que el Congreso no hubiese otorgado la facultad de maniobra en su residencia al Ejecutivo y todo se conservase en los límites del 89. En cuanto al motivo grave está claro que existía: nada más una revuelta que amenazaba a la propia Constitución. Segundo supuesto, lo debería calificar el Congreso; pero como vimos no había y no podía haberlo por la situación del país. ¿Qué pasaba si el Presidente violaba esta disposición? En ningún lugar hay sanción expresa; lo cual es acorde al artículo 103 de la Constitución, relativo a la responsabilidad de los servidores públicos, que indica que durante el tiempo de su encargo el Presidente de la República sólo puede ser juzgado por traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataque a la libertad electoral y delitos graves del orden común. Evidentemente “darse una escapadita” sin permiso, además, sin contar con la calificación de gravedad del motivo hecho por el Congreso, es una violación expresa de la Constitución; pero ¿quién lo acusa si no hay Congreso? En dado caso había que esperar a que se volviera a reunir para formular la acusación.

En la presente situación no es necesario buscar la autorización expresa del Congreso porque se contaba con la opción del Decreto de 3 de noviembre y, especialmente en este momento, cuando peligraba la vida del Primer Mandatario. Tenía que salir y lo más rápido posible.

6. Juárez sale del país

Juárez estableció su gobierno en Guanajuato el 19 de enero y se propuso permanecer ahí en tanto se recuperaba la capital. En el bando conservador, una junta de representantes designó como Presidente el 22 de ese mismo mes a Félix Zuloaga tomando posesión el día siguiente. Políticamente era vital eliminar cualquier vestigio del régimen que se fundaba en el documento del 57, por lo que los conservadores se empeñaron en destruirlo con voracidad. Y casi lo consiguen.

Pronto Guanajuato quedaría al margen de la lucha. El 12 de marzo cayó en manos conservadoras y con su capitulación se acompañó el compromiso de Doblado de mantenerse neutral en la lucha. Juárez apenas tuvo tiempo para huir a Jalisco. Ahí, el día 13 de marzo, se reveló la guarnición de Guadalajara —en donde ahora se había esta-

blecido el gobierno— y a pesar de lo peligroso de los acontecimientos Juárez salió con vida.²⁵ Es liberado el día quince y ante los peligros ya comprobados de esa ciudad y su insostenible defensa resuelve trasladar el gobierno a Colima.

Perdidos Jalisco y Guanajuato, perseguidos de cerca, se hace urgente buscar una plaza segura para el gobierno constitucional. Veracruz es la elegida por sus recursos, ser una plaza fortificada y expresar simpatía a la causa liberal. Pero trasladarse al puerto por territorio nacional hubiera sido muy peligroso, todo el camino a cruzar era conservador y para ese momento de la lucha era irresponsable intentar esa vía. Por lo que Juárez y su gabinete se embarcaron en Manzanillo rumbo a Panamá, no sin antes dejar encargado al general Santos Degollado el mando del ejército federal dotado de amplias facultades.

En compañía de Melchor Ocampo, Manuel Ruiz, Guillermo Prieto, León Guzmán y Matías Romero, salieron de territorio continental mexicano en el vapor *Johan Stiffers* el 11 de abril. Hicieron escala en el puerto de Acapulco y el 18 desembarcaron en Panamá, Colombia, con el objetivo de cruzar el Istmo. Emplearon un día en el recorrido y el 19 de abril abordaron en Colón el vapor *Granada* rumbo a La Habana. De ahí salieron el día 25 para Nueva Orleans, en donde permanecieron hasta el día 1 de mayo, misma fecha en que se embarcaron rumbo a Veracruz a bordo del *Tennessee*. Juárez regresó a territorio mexicano el día 4. Estuvo tres semanas fuera del país.

La argumentación esgrimida en el punto anterior nos ayuda a sustentar la constitucionalidad de la salida de Juárez del territorio de la sede de los poderes federales y luego, del territorio nacional, pero presenta obstáculos, toda vez que difícilmente se entiende que la autorización extraordinaria concedida al Presidente el 3 de noviembre de 1857 comprenda la posibilidad de abandonar México. No olvidemos la interpretación estricta que se debe observar en este tipo de disposiciones. En todo caso, habría que solicitar autorización al Congreso para abandonar el territorio de la República, sólo que no había Congreso. Eso no quiere decir que Juárez, por las circunstancias, no hubiera podido salir sin romper su investidura presidencial.

²⁵ Recordemos aquel épico suceso que protagoniza Guillermo Prieto en pos de la vida del Presidente: “Los valientes no asesinan”.

Hemos reservado para el final un argumento que demuestra con gran fidelidad la continuidad de la constitucionalidad del régimen juarista, aun habiendo abandonado la República Mexicana.

El artículo 128 de la Constitución de 1857²⁶ establece:

Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y, con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Tengamos presentes dos situaciones: a) por una rebelión se interrumpió en buena medida la observancia de la Constitución de 1857 y, b) se estableció un gobierno contrario a los principios que ella sanciona. Sin embargo, la Constitución no perdió nunca su fuerza y vigor y, tan luego se retomó el control, se restableció su observancia.

La Constitución tenía que manejarse dentro de los extremos que la realidad le exigía y no por ello dejaba de existir su imperio sobre todas las situaciones y, precisamente con la flexibilidad constitucional que la misma Ley Fundamental permite en estos casos, el presidente Juárez podía tomar todas las medidas necesarias para garantizar la supervivencia nacional y no habiendo posibilidad de ampliar a lo imposible las facultades extraordinarias²⁷ el esquema era aún más importante. En ese momento de la historia tenía que abandonar territorio conservador para dirigirse a un lugar seguro y óptimo para dirigir las labores de defensa de la Constitución de 1857.

IV. ENTRE ELECCIONES, REELECCIONES, INVASIONES Y UNA CONSTITUCIÓN: AÑOS DE GOBIERNO EN USO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS

La guerra continuó en 1858 con la bandera conservadora mientras la resistencia liberal se concentró en Veracruz. Todavía hubo sorpre-

²⁶ Ubicado en el título VIII: “De la inviolabilidad de la Constitución”.

²⁷ En el próximo párrafo las estudiaremos con alguna amplitud.

sas, como la del Plan de la Navidad, a finales de ese año, que tuvo como consecuencia el ascenso a la presidencia de Miramón en febrero de 1859. Su primera tarea lógica consistió en destruir el último bastión liberal, pero ante una serie de sucesos motivados por el activo general liberal, no por eso con fortuna militar, Santos Degollado tuvo que desistir del sitio de la "capital" constitucionalista. A su vez, la historia jurídica de México daría un giro más profundo que el de la propia Constitución de 1857 con la promulgación de las Leyes de Reforma. También fue el tiempo de dos tratados que si se hubiesen concretado sólo Dios sabe qué habría pasado con México: el Tratado McLane Ocampo y el Tratado Mon Almonte. Por lo que toca a Juárez, sus disposiciones fueron justificadas por su gobierno dentro del marco que le proporcionaban sus facultades extraordinarias y, es precisamente ese ingrediente el que va a acompañar a la Constitución de 1857 en las discusiones jurídicas venideras: la extensión de las citadas facultades extraordinarias, ¿hasta dónde autorizaban a legislar? ¿incluían la posibilidad de celebrar tratados internacionales?

1. Paréntesis obligado: acerca del Poder Ejecutivo y sus facultades en la Constitución de 1857²⁸

Normado en la Sección Segunda, Del Poder Ejecutivo, Título III, De la división de poderes, en las quince fracciones del artículo 85 se establecen de manera limitativa las facultades y obligaciones del Presidente (promulgar y ejecutar las leyes, nombrar y remover a los secretarios de despacho, a los agentes diplomáticos con aprobación del Congreso, etcétera); sin embargo, desde tiempo atrás el catálogo fue más amplio con base en las facultades extraordinarias que el mismo Congreso concedía recurrentemente al Presidente para atender la inestable situación del país, como era el caso de Comonfort por el Decreto de 3 de noviembre de 1857 y de las cuales gozó Juárez al sucederlo en el cargo. Dicho Decreto establece a la letra:

²⁸ CORONADO, Mariano, *op. cit.*, pp. 60 a 62; VÁZQUEZ CASTELLANOS, Raymundo, *Notas sobre las facultades legislativas del Presidente de la República*, tesis, ELD, México, 1976.

El Congreso Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con lo que previene el artículo 29 de la Constitución, ha tenido a bien decretar lo siguiente: Artículo Único. Se aprueba el Decreto presentado por el Ejecutivo de la Unión... Para proveer el restablecimiento del orden público, a la defensa de la independencia y de las instituciones se suspenden, desde la publicación de la presente ley hasta el 30 de abril próximo venidero, las garantías consignadas en los artículos 7, 9, 10, 11, 1a. parte del 13, 16, 1a. y 2a. parte del 19, 21 y 26 de la Constitución. El ejecutivo dictará los reglamentos y órdenes relativos a dicha suspensión en todos los casos en que deba tener efecto. Lo tendrá entendido el Ejecutivo y cuidará tenga su más exacto cumplimiento. Dado en el salón de sesiones del Congreso de la Unión a 3 de noviembre de 1857.²⁹

El artículo 29 dispone:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Diputación Permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificare en tiempo de receso, la diputación Permanente convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Se discute con fuerza si la autorización puede extenderse hasta facultar al Presidente a dar leyes,³⁰ tomando en cuenta que el Congreso en determinados supuestos puede estar imposibilitado para funcionar. Al respecto, es natural que en especiales circunstancias también esté autorizado para legislar y así lo entendió la primera legislatura que optó por facultar al Presidente para dar normas.

Otro problema: las facultades extraordinarias literalmente finalizaban el 30 de abril de 1858 pero se prorrogaron por bastante tiempo más. ¿Eran válidos esos actos?

²⁹ CABRERA A., Lucio, *op. cit.*, t. I, p. 241; TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 2, pp. 273 y 274.

³⁰ Vid. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, pp. 231 a 238.

2. Leyes de Reforma³¹

Mientras la guerra derramaba el rojo color de la bandera mexicana por los campos de batalla, en Veracruz, se jugaba con fuego jurídico: unas nuevas leyes de corte reformista podrían convulsionar aún más al país y la balanza de la guerra podría tambalearse sin control.

El 7 de julio de 1859, expiradas en fecha las facultades extraordinarias que el Congreso había dado al ejecutivo, el presidente Juárez y sus ministros Ocampo, Ruiz y Lerdo de Tejada expidieron el Manifiesto del Gobierno Constitucional a la Nación conteniendo el programa reformista. A los pocos días, el 12 de julio, se expidió la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, el 23 la Ley del Matrimonio Civil, el 28 la Ley Orgánica del Registro Civil y la Ley sobre el Estado Civil de las Personas, el 31 el Decreto del gobierno que declara que cesa toda intervención del clero en los cementerios y camposantos, el 11 de agosto el Decreto del gobierno que declara qué días deben tenerse como festivos y prohíbe la asistencia oficial a las funciones de la Iglesia, el 4 de diciembre la Ley sobre Libertad de Cultos; y ya en la Ciudad de México, el 2 de febrero de 1861, el Decreto del gobierno por el que quedan secularizados los hospitales y establecimientos de beneficencia, así como el 26 del mismo mes el Decreto del gobierno por el que se extinguen en toda la República las comunidades religiosas.

Como se sabe, se llevó a regla general invariable la independencia entre los asuntos del Estado y los eclesiásticos, así como la propiedad de la nación de todos los bienes que administraba el clero secular y regular. Además de la creación del Registro Civil se llevó a cabo la secularización de los cementerios, la libertad de cultos y la supresión de las órdenes monásticas.

¿Juárez tenía facultades para emitir dichos ordenamientos? Desde luego no era el órgano idóneo.

Recordemos el Decreto de 3 de noviembre de 1857 en donde, con base en el artículo 29 constitucional, se suspendieron garantías individuales³² y se otorgaron facultades extraordinarias³³ al ejecutivo,

³¹ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 630 a 667.

³² En los términos de los reglamentos y órdenes emitidos con base en ese Decreto.

³³ BRAVO UGARTE, José, *op. cit.*, pp. 245 y 246.

mismas que vencían el 30 de abril de 1858. Estaban destinadas a proporcionar al Presidente los medios para hacerse de recursos, arreglar la deuda, disponer de guardias nacionales en los estados, situar fuerzas en las diversas poblaciones del país y mantener al ejecutivo en lugar diverso al lugar en que residieran los poderes federales.

No hace falta leer y releer: en estricto apego a dicho Decreto el presidente Juárez no tenía facultades de emitir normas que variaran las situaciones civiles de los habitantes de la República, esa era una tarea reservada al Congreso. No así en el caso de la nacionalización de bienes del clero, que a fin de cuentas fue un medio para hacerse de recursos. No obstante ser las Leyes de Reforma, como dice Fuentes Mares, medidas de guerra para un gobierno en guerra, estaban limitadas en su creación por la Constitución de 1857.

Es conveniente precisar su duración. Si bien expiraban el 30 de abril de 1858, en primer lugar no había Congreso al cual darle cuentas y, en segundo lugar, era vital para la subsistencia de la misma Constitución que siguieran existiendo. Si el presidente tenía posibilidad de pedir prórroga y el Congreso de otorgarla y, por situaciones apremiantes no podía reunirse, únicamente existe una salida para justificar su prórroga: el 128.

En pocas frases, las facultades extraordinarias continuaban en estos términos y, sin dejar de vivir constantemente amenazados por la anarquía: el 128 permitía actuar con márgenes más amplios, que no por eso lesionan a la misma Constitución, pero con la obligación de volver al curso constitucional los contenidos de las Leyes de Reforma, a través del acto respectivo del Congreso. Sólo que eso ocurrió más de una década después. Concluyendo para ese tiempo: terminada la Guerra de Reforma fueron inconstitucionales, salvo la nacionalización de bienes del clero.

Es imposible pretender fijar términos exactos para determinar a partir de qué día se debía reencauzar constitucionalmente a las Leyes de Reforma; prudentemente el Congreso y el Presidente debieron haber apresurado su constitucionalización una vez integrada la Segunda Legislatura y es que, seamos muy enfáticos en esto, mientras el Congreso de la Unión no introdujera, mediante el proceso de reformas a la Constitución los principios contenidos en las citadas leyes, desconocidos por el Documento Fundamental de 1857, éstas serían absolutamente inconstitucionales, salvo, como mencionamos

líneas adelante, la de nacionalización de bienes. ¿Por qué ésta no? La razón radica en que con fundamento en las facultades extraordinarias con las que estaba investido el presidente Juárez podía emitir leyes que le permitieran obtener ingresos para las necesidades del país y, una de esas maneras era nacionalizar los bienes del clero para convertirlos en recursos al servicio de la nación.

Curiosamente los principios de esas Leyes de Reforma, sin mayores debates, fueron incorporadas a la Constitución hasta el 25 de septiembre de 1873,³⁴ bajo la presidencia de Sebastián Lerdo de Tejada.

4. El Tratado McLane Ocampo³⁵

Corría el año de 1859 cuando en los periódicos de México se anunciaba en sus planas la firma de un nuevo tratado entre los Estados Unidos de Norteamérica y México. Tiempo atrás, en 1848, nuestra patria había sido despojada de más de la mitad de su territorio por el Tratado de Guadalupe Hidalgo y, unos cuantos años adelante, se había llevado a cabo la venta del territorio chihuahuense de La Mesilla.

El 1 de marzo de 1842 se otorgó concesión al ciudadano mexicano José de Garay para que construyera una comunicación de ferrocarril o camino por el istmo. Tenía 28 meses improrrogables para el inicio de las obras, pero nunca las comenzó. Curiosamente la concesión se ratificaría, prorrogaría y ampliaría durante las presidencias de Nicolás Bravo y Valentín Canalizo. A mediados de 1844, transcu-

³⁴ Se reformaron los artículos 1o. a 5o. de la Constitución. Vid. Decreto de adiciones y reformas correspondiente al 25 de septiembre de 1873, en TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 697 y 698.

³⁵ JUNCO, Alfonso, *Juárez intervencionista*, Jus, México, 1972; Archivo General de la Nación. Documentos varios; CUÉ CÁNOVAS, Agustín, *El Tratado McLane Ocampo*, 3a. ed., Libros Económicos, México, 1968; SOBARZO, Alejandro, *Deber y conciencia. Nicolas Trist, el negociador norteamericano en la Guerra del 47*, FCE, México, 1996; VILLASEÑOR Y VILLASEÑOR, Alejandro, *op. cit.*; COSÍO VILLEGAS, Daniel *et al.*, *op. cit.*; BULNES, Francisco, *Juárez y las revoluciones de Ayutla y de Reforma*; GONZÁLEZ, Luis, *Galería de la reforma. Una remembranza y 45 testimonios de Juárez y su México*, SEP, México, 1986; MÁRQUEZ MONTIEL, Joaquín, *Historia de México*, 4a. ed., Jus, México, 1969; FUENTES MARES, José, *Juárez y los Estados Unidos. En torno a un tratado famoso*, Libro Mex, México, 1960; TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 1, pp. 704 y 705; vol. 2, pp. 111 a 846; vol. 4, pp. 1 a 95; YSUNZA UZETA, Salvador, *Juárez y el Tratado McLane-Ocampo*, selección de estudios y conferencias de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, México, 1964.

rridos los iniciales 28 meses, el Congreso canceló la concesión; pero haciendo caso omiso de este acto el 5 de noviembre de 1846 fue ampliada por dos años más por el gobierno provisional de José Mariano Salas. De Garay cedió sus derechos a la firma inglesa Manning, Makintosh & Schneider el 21 de agosto de 1846.

Mientras tanto, durante la guerra de 1847 con los Estados Unidos se negoció, sin éxito, además de la cesión territorial por todos conocida la obtención de un paso a perpetuidad por el istmo. Pero a fin de cuentas el asunto volvió a estar en manos norteamericanas cuando la compañía inglesa cedió sus derechos a la norteamericana Peter A. Hargous & Bross de Nueva York el 27 de octubre de 1848. En 1850 Estados Unidos firmó con Inglaterra el tratado Clayton Bulwer concediéndose derechos iguales en la construcción de una ruta interoceánica por Centroamérica,³⁶ incluyendo nuestro istmo.

El 22 de mayo de 1851 el Congreso mexicano confirmó la caducidad de la concesión hecha a De Garay haciendo evidentemente nulas todas las cesiones anteriores, lo que motivó que en marzo de 1852 el presidente Millard Fillmore escribiera al presidente Mariano Arista amenazándolo con un nuevo conflicto armado si no se suspendía o modificaba dicha caducidad. Ante tal presión, heredada al presidente interino Juan Bautista Ceballos, se extiende una nueva concesión a A. G. Sloo el 5 de febrero de 1853. El nuevo presidente Manuel María Lombardini celebró con el gobierno estadounidense un acuerdo en donde se estableció la obligación de ambos países para proteger a las personas que hicieran el camino y sus propiedades empleadas en la construcción de la obra, permitiendo además el tránsito de tropas norteamericanas por el istmo. El acuerdo fue ratificado por México el 29 de marzo de 1853 pero rechazado por los Estados Unidos. En diciembre de ese mismo año, bajo los gobiernos de Santa Anna y Franklyn Pierce, después de un mes exacto de negociación se suscribió el Tratado de La Mesilla³⁷ y, aprovechando la ocasión, se incluyó un artículo que será parte importante de la descripción del McLane. Dice el artículo octavo, en lo conducente:

³⁶ Ya en diciembre de 1846 los Estados Unidos de Norteamérica habían iniciado tratos con el gobierno colombiano para abrir un camino por el istmo de Panamá.

³⁷ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 3, pp. 310 a 315.

Habiendo autorizado el Gobierno Mexicano, en 5 de febrero de 1853, la pronta construcción de un camino de madera y un ferrocarril en el Istmo de Tehuantepec, para asegurar de una manera estable los beneficios de dicha vía de comunicación a las personas y mercancías de los ciudadanos de México y de los Estados Unidos, se estipula que ninguno de los dos Gobiernos pondrá obstáculo al tránsito de mercancías y personas de ambas naciones y que, en ningún tiempo, se impondrán cargas por el tránsito de personas y propiedades de los ciudadanos de los Estados Unidos, mayores que las que se impongan a las personas y propiedades de otras naciones extranjeras, ni ningún interés en dicha vía de comunicación o en sus productos se transferirá a un Gobierno extranjero.

Vino la revolución de Ayutla³⁸ y llegó al gobierno Comonfort, quien recibió en octubre de 1856 la propuesta del enviado americano John Forsyth para que mediante el pago de 12 millones de pesos adquirieran Baja California, gran parte de Sonora, el norte de Chihuahua y respaldados por el artículo octavo citado, se iniciaran de inmediato los trámites para el convenio de libre tránsito por el istmo de Tehuantepec en favor de la renovada compañía de A. G. Sloo: The Louisiana Tehuantepec Co.

México nuevamente se vio envuelto en una revuelta, la de Tacubaya, que significó la existencia simultánea de dos gobiernos: el liberal y el conservador. Forsyth, aprovechando la atractivísima promesa del reconocimiento estadounidense, acudió a los conservadores, pero Zuloaga se negó a aceptar sus pretensiones. En diciembre de 1858 llegó el agente extraordinario William Churchwell quien recomienda llevar la negociación a la mesa del gobierno liberal. Se reunió con ellos en una heroica Veracruz a punto de ser atacada por las fuerzas de Miramón. Envió a Washington carta confidencial al presidente Buchanan describiéndole un protocolo convenido con Ocampo y Miguel Lerdo, en representación del gobierno constitucional, en donde se acepta establecer el paso a perpetuidad por el istmo y la cesión de Baja California. En otros detalles, que las líneas de tránsito fue-

³⁸ Entre otras cosas provocada por la venta de La Mesilla. Reza aquel párrafo del Plan de Ayutla: "Que debiendo conservar la integridad de la República ha vendido una parte considerable de ella, sacrificando a nuestros hermanos de la frontera del Norte, que en adelante serán extranjeros en su propia patria, para ser lanzados después, como sucedió a los californios", TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, p. 493.

ran protegidas de las depredaciones de indios hostiles por medio de guarniciones militares compuestas ya sea de tropas mexicanas o de los Estados Unidos.

Dice con ingenuidad política algún escritor que en cuanto el presidente Juárez supo del contenido de este protocolo efectuado por sus enviados y Forsyth, le desconoció toda validez en la parte relativa a la cesión de la Baja California y retiró de la negociación a Lerdo de Tejada. En realidad fue la maximización de lo que provocaría en sí este tratado si se le agregaba la cesión territorial; eso era algo que el pueblo no toleraría y tampoco los principios de la causa liberal.

Robert Milligan McLane llegó a Veracruz el 1 de abril de 1859 con el reconocimiento de Estados Unidos al gobierno juarista en una mano y con la definitiva tarea de obtener la venta de Baja California y el paso por el istmo en la otra. Ocampo a los primeros tratos le pide que se trate separadamente la cesión de Baja California y luego le presenta un proyecto que no incluía su cesión³⁹ y sí un tratado de alianza ofensiva y defensiva. La discusión fue ardua para forzar la venta de territorio mexicano. Para ejercer presión McLane recomendó a su gobierno impedir los préstamos a los liberales y así forzar la negociación a su favor.

En la causa conservadora, el 26 de septiembre de 1859 obtuvieron el reconocimiento de España con la firma del Tratado Mon Almonte,⁴⁰ donde nuestro país se obligaba a pagar una muy alta indemnización derivada de asesinatos, daños, perjuicios y despojos cometidos en contra de ciudadanos españoles. Golpe muy duro para la diplomacia juarista. Para agriar el asunto en estos tiempos, Vidaurri, jefe militar del Ejército Liberal del Norte se distanció de Juárez, además Buchanan en mensaje al Congreso estadounidense volvió a plantear la necesidad de ocupar y anexar México en defensa de los intereses americanos.

En este difícil entorno, tras 11 meses de negociación, se firmó en la ciudad de Veracruz el 14 de diciembre de 1859 por Robert Milligan

³⁹ De poco sirve para purgar este grave cuestionamiento histórico, pero citemos a FUENTES MARES, José, *Juárez y los Estados Unidos*, p. 141: "Juárez ni antes ni después estuvo resuelto a llevar a cabo esta venta, según lo prueba la negociación del Tratado, y sobre todo la confesión de McLane en un pequeño volumen de memorias —que tituló *Reminiscencias*— publicado a fines de siglo".

⁴⁰ GONZÁLEZ, Luis, *op. cit.*, pp. 187 a 192; TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 1, pp. 587 a 589.

McLane y Melchor Ocampo el "Tratado de Tránsitos y Comercio entre los Estados Unidos y México",⁴¹ que en resumen establece:

- a) Cesión a perpetuidad del derecho de paso por el istmo de Tehuantepec.
- b) Cesión a perpetuidad del "derecho de vía o tránsito al través del territorio de la República de México, desde las ciudades de Camargo y Matamoros, o cualesquiera punto conveniente del Río Grande, en el estado de Tamaulipas, por la vía de Monterrey, hasta el puerto de Mazatlán, a la entrada del golfo de California, en el estado de Sinaloa; y desde el rancho de Nogales o cualquier punto conveniente de la línea fronteriza entre la República de México y los Estados Unidos cerca del 111° de longitud oeste de Greenwich, por la vía de Magdalena y Hermosillo, hasta la ciudad de Guaymas en el golfo de California, en el estado de Sonora, por cualquier ferrocarril o ruta de comunicación natural o artificial, que exista actualmente y existiera o fuere construido en lo sucesivo".
- c) Conceder protección a las concesiones otorgadas a fuerzas norteamericanas, mediante el acuerdo de nuestro gobierno, o bien prescindiendo de tal en casos de emergencia.
- d) México se reservaba la soberanía sobre los lugares de tránsito.
- e) Se llegaba a un acuerdo para el intercambio libre de determinadas mercancías.
- f) México recibiría el pago de cuatro millones de duros como retribución por los derechos consentidos.
- g) El tratado sería ratificado en uso de facultades extraordinarias por el presidente Juárez y, por el Presidente y el Senado estadounidense.

Se suscribió una Convención cuyos puntos principales son:

- a) Obligación para ambos gobiernos de concederse ayuda mutua para restablecer el orden en sus países.
- b) Permiso mutuo para el empleo de sus fuerzas militares en la protección de la frontera, trabajando recíprocamente para tal fin.

⁴¹ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 3, pp. 751 a 756.

En el Senado americano la discusión inició desde el 28 de febrero de 1860 con un amplio debate⁴² entre el grupo esclavista y el antiesclavista. El Tratado no se aprobó alegando que se contravenían los intereses generales de los Estados Unidos. La votación quedó así: 27 votos a favor y 18 en contra. México se salvó por cinco votos; aunque en realidad se buscaba evitar fortalecer los intereses sureños. La Comisión de Relaciones del Senado hizo un proyecto de reformas al Tratado, mismo que se presentó en sesión extraordinaria el 31 de mayo siguiente. Tampoco fue aprobado.

La causa liberal mejoraba y en noviembre de 1860, unos cuantos meses antes de la Guerra de Secesión, Juárez pudo rechazar la ampliación de los plazos para la ratificación del Tratado solicitada por Buchanan y una posterior pedida ya en plena guerra entre federados y confederados.

Soy partidario de la idea que las circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas influyen gravemente en las decisiones de los hombres. La administración juarista estaba amenazada con las victorias conservadoras; además tenía la temible preocupación de una nueva invasión⁴³ si no cedía en la venta de Baja California y el tránsito por el istmo. Se optó por comprometer peligrosamente al país. Fue una maniobra política que en palabras de Fuentes Mares significó un "crimen en grado de tentativa",⁴⁴ sin ningún sustento constitucional y muy, pero muy arriesgada y que sólo la rueda de la vida podía definir a favor de Juárez. Y así fue, la competencia entre esclavistas y antiesclavistas dio pique al tratado y, de paso, cargó la balanza en la escaramuza de Antón Lizardo a favor de los liberales.⁴⁵

Para iniciar el estudio jurídico, el mismo que se dio por la opinión pública mexicana y los senadores americanos al discutir su ratifica-

⁴² El gobierno de Juárez cabildeó en Estados Unidos a favor del Tratado apoyado de dinero y de las notas de algunos periodistas, JUNCO, Alfonso, *op. cit.*, pp. 66 a 68.

⁴³ "I hope the President, 'wrote our present minister in August last', will feel authorized to ask from Congress the power to enter Mexico with the military forces of the United States at the call of the constitutional authorities, in order to protect the citizens and the treaty rights of the United States" (Third Annual Message, BUCHANAN, James, President of the United States of America). BULNES, Francisco, *Juárez y las revoluciones de Ayutla y de Reforma*, p. 351.

⁴⁴ FUENTES MARES, José, *Juárez y los Estados Unidos*, p. 173.

⁴⁵ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 3, pp. 310 a 315.

ción, empecemos por citar el artículo 72 constitucional que claramente establece las competencias en materia internacional:

El Congreso tiene facultad:

...

XIII. Para aprobar los tratados, convenios o convenciones diplomáticas que celebre el ejecutivo.

XVI. Para conceder o negar la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la federación, y consentir la estación de escuadras de otra potencia, por más de un mes, en las aguas de la República.

Tengamos presentes los siguientes artículos:

85. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

...

X. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados con potencias extranjeras, sometiéndolas a la ratificación del Congreso Federal.

126. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

El contenido de estos preceptos es muy claro: sólo los tratados realizados de acuerdo con el proceso constitucional son válidos y, en el momento de su suscripción no había Congreso, por tanto, la nulidad que le provoca al Tratado McLane Ocampo su inconstitucionalidad es fulminante.

Ahora bien, Mata argumenta, con base en las famosas facultades extraordinarias que “no hay violencia ninguna en deducir que autorizado el Presidente para expedir las medidas necesarias para el establecimiento de la paz pública y para proveerse de los fondos suficientes a este objeto, lo está para negociar el Tratado, si éste satisface las condiciones anteriores... y aun persistiendo la duda constitucional es imposible que en las actuales condiciones sea aplicada en todos sus pormenores en circunstancias anormales y extraordinarias”.⁴⁶

⁴⁶ Carta de José María Mata al senador John Slidell fechada en Washington el 3 de febrero de 1860; TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 4, p. 32.

Pero Mata se equivoca: las facultades extraordinarias⁴⁷ concedidas el 3 de noviembre de 1857 estaban destinadas a proporcionar al Presidente los medios para hacerse de recursos, arreglar la deuda, disponer de guardias nacionales en los estados, situar fuerzas en las diversas poblaciones del país y mantener al ejecutivo en lugar diverso al lugar en que residieran los poderes federales y, el contenido de estas disposiciones es absolutamente específico, por tanto, no autorizan a celebrar tratados y, menos uno como el que se pretendía.

Los Estados Unidos de Norteamérica le restaron valor a la presencia de estos artículos ya que consideraron que no tenía “importancia práctica” dado que siempre se consideró al gobierno de Benito Juárez un gobierno *de facto* “con funciones y poderes extraordinarios”. Argumento inaceptable, el gobierno de Juárez era un régimen *de iure* y, por tanto, debía ceñirse al marco normativo de la Constitución que le daba existencia y legalidad y si bien contaba con facultades extraordinarias, éstas tenían un límite muy notorio: nunca debían atentar contra los principios básicos de la Constitución, y más aún, las facultades tenían que ceñirse a los límites dictados en el Decreto que las otorgó: básicamente guerra y hacienda. En repetición forzosa, a efecto de ser muy claros: fuera de las disquisiciones de política histórica, en el plano jurídico Juárez no tenía facultades para celebrar este tipo de tratados, podría discutirse en otros casos, pero no usar las facultades extraordinarias para separar al país, eso era imposible, completamente contrario a los intereses de la nación, definitivamente era un delito de alta traición a la patria que significó una tremenda ofensa a la soberanía nacional.⁴⁸

Continuando con otros temas de la historia de estos días, Miramón fue derrotado por González Ortega en Silao y luego definitivamente para la guerra en Calpulalpan.

⁴⁷ BRAVO UGARTE, José, *op. cit.*, pp. 245 y 246.

⁴⁸ La impresión fue honda. Cuando el 13 de diciembre de 1861, en el umbral de la Guerra con Francia, se otorgaron nuevas facultades a Juárez incluyendo la facultad de celebrar tratados y ponerlos en vía de ejecución sin necesidad de aprobación del Congreso se le limitó expresamente a que salvara la independencia nacional e integridad del territorio. Eso para evitarle tentaciones al Ejecutivo. *Vid.* decretos respectivos en TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 5, pp. 339 a 347.

5. Las elecciones de 1861⁴⁹

Hacia exactamente tres años que el gobierno conservador se había hecho del poder. Tres años después, el 11 de enero de 1861, Juárez entró victorioso a la capital. Nombró un nuevo gabinete, bien aceptado por todos, pero que pronto tuvo que modificarse por la intranquilidad existente.

El 6 de noviembre de 1860 se convocó a elecciones extraordinarias de Presidente y de diputados al Congreso General, suscitándose una ardua discusión, ya que existía la sensación de que se debería de llamar al Congreso disuelto por el motín de Tacubaya.⁵⁰ La interpretación constitucional es definitiva: no se debía llamar para concluir su periodo al Congreso disuelto, toda vez que éste ya había concluido el último día de mayo de 1859.⁵¹ En el caso de Juárez él tenía el cargo de Presidente Interino y su función duraría hasta que se presentara el nuevo Presidente electo.⁵²

El 9 de mayo de 1861 se instaló el nuevo Congreso de la Unión,⁵³ discutiéndose entre otras cosas el acusar al presidente Juárez de crimen de alta traición por haber aprobado el Tratado McLane Ocampo⁵⁴ y el otorgar nuevas facultades extraordinarias para el Ejecutivo, incluyendo una suspensión de garantías tan amplia que incluyó profundas limitaciones a la libertad de prensa.⁵⁵ En esos tiempos ocu-

⁴⁹ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 2 y vol. 3, pp. 33 y 34, 60 y 61; FUENTES MARES, José, *El Imperio y la República*, pp. 191 a 202; Suprema Corte de Justicia, *op. cit.*, pp. 379 y 380.

⁵⁰ Respalda por liberales muy influyentes como Juan Álvarez. Curiosamente diputado del Congreso electo en 1857.

⁵¹ Recordemos que en términos del artículo 52 constitucional la renovación del Congreso de la Unión era cada dos años. De acuerdo con el artículo 62 del mismo documento, los periodos correspondían de septiembre de 1857 a mayo de 1859.

⁵² Artículo 79 constitucional.

⁵³ Uno de los diputados que lo integraron fue Porfirio Díaz.

⁵⁴ En sesión del día 29 de mayo de 1861, José María Aguirre, Presidente del Congreso, acusó a Juárez de "olvidar el decoro nacional hasta el punto de ponerlo a los pies de los norteamericanos por medio del Tratado McLane". TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 4, pp. 449 y 450. *Vid.* 450 a 467.

En caso de haber prosperado la acusación y se hubiese iniciado juicio en contra del presidente Juárez, con base en el artículo 103 de la Constitución, seguramente se hubiese centrado en dos causales: delitos de traición a la patria y violación expresa de la Constitución.

⁵⁵ *Vid.* Decreto de suspensión de garantías de 7 de junio de 1861. TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 4, pp. 501 a 503.

rrieron los asesinatos de Melchor Ocampo, Santos Degollado y Leandro Valle, lo que motivó, entre otras cosas, la creación de un Comité de Salud Pública que adoptaría las medidas necesarias para dar fin a la guerrilla. Afortunadamente pronto desapareció.

Tras la elección para Presidente de la República, el 11 de junio se declaró ganador a Benito Juárez y el 15 prestó juramento. Ante el problema de la falta de integración de la Suprema Corte de Justicia, el Congreso decidió el 2 de julio nombrar a Jesús González Ortega Presidente Interino de ese Alto Tribunal, luego, tras llevar a cabo la elección correspondiente, el 30 de mayo del año siguiente fue declarado Presidente de la Corte. Ahí permaneció hasta 1865.

Nuevamente la estabilidad del país se vio en dificultades: cincuenta y un diputados le solicitaron su renuncia a Juárez en un documento dirigido a la nación y a los gobernadores de fecha 7 de septiembre de 1861. No prosperó.

Uno de los grandes problemas para pacificar al país, específicamente en el campo de las armas, fue la falta de recursos provocada por la bancarrota del mismo la que obligó al Congreso a emitir el 17 de julio de 1861 un Decreto por el que se suspendía por dos años el pago de la deuda pública incluyendo la externa. Esto motivo que Inglaterra, España y Francia desembarcaran en diciembre de 1861 y los primeros días de enero de 1862 en defensa de sus intereses. Los mexicanos de Europa: José María Gutiérrez de Estrada, José Manuel Hidalgo, Juan Nepomuceno Almonte y el padre Francisco Javier Miranda aprovecharon la coyuntura para intentar establecer una monarquía. Mientras se cabildeaba lo de la Corona entre los príncipes de Europa, escogiendo al archiduque Fernando Maximiliano de Habsburgo, el 31 de octubre de 1861 se suscribía en Londres la Convención por la que las tres potencias harían sus reclamaciones.

Desde Veracruz Prim, Wyke y Dubois de Saligny, representantes de estos tres países, enviaron al gobierno juarista un ultimátum. En La Soledad se iniciaron las pláticas a mediados de febrero de 1862, para luego continuarlas en Orizaba y trasladar la fuerza expedicionaria a Córdoba y Tehuacán. El resultado de estas negociaciones es conocido: Inglaterra y España llegaron a un acuerdo y se retiraron; Francia no. El 12 de abril, al conocerse el rompimiento de la alianza, Juárez llamó a las armas. Francia se negó a regresar a Veracruz y el conde de Lorencez, jefe del ejército francés, ordenó el avance a Puebla.

6. "...en uso de las amplias facultades con que me hallo investido...": Ley del 25 de enero de 1862⁵⁶

En vista de la amenaza tan negra que se cernía sobre el país se emitieron medidas importantes: en noviembre de 1861 el Congreso expidió una amplia amnistía⁵⁷ que abarcaba todos los delitos políticos que se hubiesen cometido desde el 17 de diciembre de 1857 y el gobierno fue facultado para dictar todas las providencias necesarias,⁵⁸ incluyendo renovar la vigencia de la suspensión de garantías decretada el 7 de junio anterior, con el único límite de "salvar la independencia e integridad del territorio nacional, la forma de gobierno establecida en la Constitución y los principios y leyes de reforma", autorizándosele además para "celebrar tratados y convenciones y ponerlos en vía de ejecución sin necesidad de la aprobación del Congreso".⁵⁹ La duración de este régimen excepcional sería hasta 30 días después de reunido el Congreso, al que daría cuenta el Presidente del uso dado a las facultades.

Precisamente en este marco Juárez mandó publicar la Ley de 25 de enero,⁶⁰ en donde catalogaba todos los delitos contra la independencia y la seguridad de la nación y los sancionaba con pena de muerte. En suma muy apretada: servicio voluntario al lado de fuerzas extranjeras enemigas, invitación a súbditos de otras potencias para invadir el territorio nacional o cambiar la forma de gobierno, complicidad para el logro de esos fines, colaboración para establecer simulacros de gobierno, para los que sirvan como soldados, favorezcan la invasión, asistan a juntas, manifiesten adhesiones, voten o colaboren de cualquier forma con el enemigo.

Dentro de las garantías que se suspendían en la Ley de 7 de junio,⁶¹ ahora nuevamente vigente, se incluye la primera parte del artículo 13, que dispone:

⁵⁶ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 5, pp. 505 a 519.

⁵⁷ Decreto del Congreso, por el que se concede amnistía general por delitos políticos, dado el 29 de noviembre de 1861. *Ibidem*, pp. 339 y 340; VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *Maximiliano frente a sus jueces*, ELD, México, 1993.

⁵⁸ Decreto del Congreso de 11 de diciembre de 1861, *ibidem*, pp. 346 y 347.

⁵⁹ Decreto de 13 de diciembre de 1861, *ibidem*, pp. 352 y 353.

⁶⁰ Dado en Palacio Nacional el 25 de enero de 1862. TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 5, pp. 605 a 611.

⁶¹ Decreto de 7 de junio de 1861, TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 4, pp. 501 a 503.

En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales.

Atendiendo a lo expuesto y siguiendo la categórica exposición de Villalpando:⁶² en cuanto a su forma es constitucional pues se emitió con base en las facultades extraordinarias que el Congreso le dio. Además no se sitúa fuera de sus límites: guarda de la independencia, el territorio, la forma de gobierno y las Leyes de Reforma. En cuanto a su fondo, con apoyo a la suspensión de la garantía contenida en la primera parte del 13 constitucional, los tribunales previstos por dicha Ley quedaban perfectamente libres de cualquier duda de constitucionalidad, si bien la misma ley preveía su organización a través de Consejos de Guerra.

7. Reección y autogolpe de Estado (1865)⁶³

La guerra continuó: "Las armas de la República se cubrieron de gloria"⁶⁴ el 5 de mayo de 1862, aunque un año más tarde fueron destrozadas en el mismo lugar y, casi se pierde la guerra. Vinieron Forey y Bazaine. La ciudad de México cayó en junio de 1863 y el gobierno de Juárez se trasladó a San Luis Potosí.⁶⁵ De ahí se fue a Saltillo en diciembre de 1863, luego a los dominios de Vidaurry en Monterrey y, después a Chihuahua, para instalarse en agosto de 1865 en Paso del Norte.⁶⁶

También en Saltillo una comisión a nombre de varios gobernadores le pidió su renuncia. En esos tiempos el general Forey, al mando

⁶² VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*, pp. 93 a 103.

⁶³ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 7 y vol. 8, pp. 521 a 536; vol. 10, pp. 531 a 358; FUENTES MARES, José, *Juárez. El Imperio y la República*, pp. 95 a 106.

⁶⁴ Parte del general Ignacio Zaragoza al Ministro de Guerra sobre la batalla del 5 de mayo. Cuartel General en Puebla, a 9 de mayo de 1862, TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 4, p. 442.

⁶⁵ Al respecto del cambio del gobierno a San Luis Potosí, el presidente Juárez decretó el 29 de mayo de ese 1863 el traslado de la sede de los Poderes de la Unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a dicha ciudad. Esta situación se menciona para contrastar la oportunidad de actuar conforme a la Constitución cuando hay un mínimo de tiempo, en estas circunstancias, para tomar una decisión y, no cuando una revuelta armada amenaza la vida de diputados y Presidente, como ocurrió en los días del golpe tacubayista. Iluminado por una luna que quizá no existió, a la medianoche del día 31 de mayo, Juárez dejó la capital.

⁶⁶ Hoy Ciudad Juárez, Chihuahua.

del ejército francés, convocó a una junta de notables en la que participaron liberales moderados y conservadores para organizar un partido y gobierno monárquico. Con el respaldo de los Tratados de Miramar desembarcó Maximiliano en Veracruz el 28 de mayo de 1864 dando así inicio al llamado Segundo Imperio. En la realidad del país la coexistencia de dos formas de gobierno: la República y el Imperio. Maximiliano intentó gobernar a su manera y también emuló la sangría de la Ley de 25 de enero, de Juárez, con la suya de 3 de octubre de 1865.⁶⁷

Por esos tiempos, Jesús González Ortega, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, considerando que el 30 de noviembre de 1864 terminaba el mandato presidencial de Juárez presentó un documento,⁶⁸ fundado en los artículos 75, 78, 79, 80 y 82 constitucionales, reclamando la entrega del poder. Sólo que le fallaron las cuentas: el periodo presidencial no concluía sino hasta el 30 de noviembre de 1865.⁶⁹

Los artículos citados por González Ortega disponen:

75. Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

78. El presidente entrará a ejercer sus funciones el primero de diciembre y durará en su encargo cuatro años.

79. En las faltas temporales del Presidente de la República, y en la absoluta mientras se presenta el nuevamente electo entrará a ejercer el poder, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

80. Si la falta del Presidente fuere absoluta, se procederá a nueva elección con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76, y el nuevamente electo, ejercerá sus funciones hasta el día último de noviembre del cuarto año siguiente al de su elección.

82. Si por cualquier motivo la elección de presidente no estuviere hecha y publicada para el 1 de diciembre en que debe verificarse el reemplazo, o el electo no estuviere pronto a entrar en el ejercicio de sus funciones, cesará sin embargo el antiguo y el Supremo Poder Ejecutivo se depositará interinamente en el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

⁶⁷ Decreto de Maximiliano, Emperador de México, dado en el Palacio de México el 3 de octubre de 1865, TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 10, pp. 242 a 245.

⁶⁸ En TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 9, pp. 525 a 527.

⁶⁹ Ver respuesta de Sebastián Lerdo de Tejada a la comunicación de González Ortega. *Ibidem*, pp. 527 a 532.

Si bien el mandato presidencial de acuerdo con el artículo 78 es de cuatro años, se especifica indirectamente que se refiere al que entra en ejercicio de sus funciones en diciembre, en otras palabras, los cuatro años son a partir de ese diciembre. En el artículo 80 se establece la duración del periodo del recién electo en caso de ausencia absoluta del anterior Presidente: "ejercerá sus funciones hasta el día último de noviembre del cuarto año siguiente a su elección". Lo que significa que su periodo puede prolongarse un poco más de cuatro años pero no menos de cuatro, ya que una solución contraria contravendría el sentido del artículo 80: "del cuarto año siguiente a su elección". En el caso de Juárez su periodo presidencial transcurrió así:

15 de junio de 1861 a 15 de junio de 1862 (primer año)

15 de junio de 1862 a 15 de junio de 1863 (segundo año)

15 de junio de 1863 a 15 de junio de 1864 (tercer año)

15 de junio de 1864 a 15 de junio de 1865 (cuarto año)

30 de noviembre de 1865⁷⁰

—fin del periodo presidencial—

En esta última fecha, como muestra el estudio que desarrollamos en los párrafos anteriores, terminó el periodo presidencial de Benito Juárez, ya que 30 de noviembre del cuarto año siguiente a su elección, efectuada en 1861, es de 1865 y no de 1864 como pretendía González Ortega, quien contó 1861, 1862, 1863 y 1864 completando así, erróneamente, los cuatro años, para luego entonces pensar que el periodo de Juárez concluía el 30 de noviembre de 1864.

González Ortega pensaba equivocadamente que el cuarto año siguiente a la elección de 1861 era precisamente 1864, fundado en que el artículo 80 establece que el Presidente que ha sido electo para sustituir por falta absoluta a su antecesor (Comonfort) debe ejercer sus funciones hasta el último día de noviembre del cuarto año siguiente al de su elección: 1861 (1o.), 1862 (2o.), 1863 (3o.) y 1864 (4o.) y, no durar cuatro años completos como el que ha comenzado a ejercerlas desde el día 1 de diciembre.

⁷⁰ Artículo 80. Si la falta del Presidente fuere absoluta, se procederá a nueva elección con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76, y el nuevamente electo, ejercerá sus funciones hasta el día último de noviembre del cuarto año siguiente al de su elección.

Pasado el bochorno matemático, González Ortega el 28 de diciembre de ese año le pidió a Juárez se le extendiera un pasaporte para dirigirse al interior de la República o a cualquier punto de ella, incluso pasando por territorio extranjero y, se le concediera licencia como Presidente de la Suprema Corte.⁷¹ Salió rumbo a Estados Unidos a fines de febrero de 1865.

El 28 de octubre Lerdo de Tejada dirigió una circular a los gobernadores y jefes militares informándoles que los generales, jefes y oficiales que vengan del extranjero sin prestar licencia o teniéndola con el objeto de pasar de tránsito por el exterior y hayan permanecido en el extranjero después de cuatro meses de haber salido de México, deberían ser reducidos a prisión. "Curiosamente" es el caso del general González Ortega. El 8 de noviembre de ese año Benito Juárez prorrogó sus funciones como Presidente y ordenó someter a juicio a González Ortega tan luego regresara a México por el delito de abandono voluntario del cargo de Presidente de la Corte. González Ortega protestó desde Eagle Pass, y quiso entrar al país por Matamoros, pero fue aprehendido por los norteamericanos. En unos años más se le quitarían las ganas de dedicarse a la política.

El 8 de noviembre, apoyándose en las amplias facultades que el Congreso le concedió en diciembre de 1861, Benito Juárez prorrogó su mandato como Presidente de la República y también el periodo del Presidente de la Corte.⁷² Para evitar dudas sobre la situación de González Ortega en la presidencia de la Suprema Corte de Justicia, ese día lo declaró culpable del delito de abandono voluntario del cargo de Presidente de la Corte y ordenó su detención en cuanto regresara a México.⁷³

¿La prórroga de Juárez es constitucional? Conforme a los artículos antes vistos, el cargo de Presidente debe durar cuatro años o, en el caso de Presidente Sustituto, hasta el 30 de noviembre del cuarto año siguiente al día de su elección. Tratándose del Presidente Interino, ante el silencio de la Constitución, la duración de su encargo, si bien es innegable que está pensado para periodos muy breves, no está circunscrita a un periodo definido, en este caso su función en la

presidencia dura "mientras se presenta el nuevamente electo", sólo que en situaciones en donde no se puede celebrar la elección, como ocurrió con Juárez en la Guerra de Reforma, puede prolongarse sin fechas precisas. Un supuesto más en relación con el mandato del Presidente Interino también lo será: "si por cualquier motivo la elección de presidente no estuviere hecha y publicada para el 1 de diciembre en que debe verificarse el reemplazo, o el electo no estuviere pronto a entrar en el ejercicio de sus funciones". Evidentemente está limitado su ejercicio a que se efectúe la elección y entre en ejercicio de sus funciones el Presidente electo. Citemos los siguientes artículos constitucionales:

79. En las faltas temporales del Presidente de la República, y en la absoluta mientras se presenta el nuevamente electo entrará a ejercer el poder, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

82. Si por cualquier motivo la elección de presidente no estuviere hecha y publicada para el 1 de diciembre en que debe verificarse el reemplazo, o el electo no estuviere pronto a entrar en el ejercicio de sus funciones, cesará sin embargo el antiguo y el Supremo Poder Ejecutivo se depositará interinamente en el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Benito Juárez no era Presidente Interino, ahora era Presidente por haber ganado las elecciones de 1861 y su periodo concluía el 30 de noviembre de 1865. Por la invasión francesa, que para esos tiempos dominaba más de la mitad del país, era imposible que las elecciones estuvieran hechas y publicadas para el 1 de diciembre, por tanto el cargo debería corresponder al Presidente de la Suprema Corte. Efectivamente, de acuerdo con la Constitución de 1857 la "vicepresidencia" radicaba en este funcionario y precisamente por ello el voto soberano del pueblo lo había investido de esta confianza. La Presidencia correspondía al general Jesús González Ortega, solamente que al haber abandonado el país había perdido el carácter de Presidente de la Corte, si bien por una treta política, al cometer delito de abandono del cargo, ya que su licencia únicamente era para dirigirse al interior de la República o a cualquier punto de ella, incluso pasando por territorio extranjero, pero no para residir varios meses en Nueva York, como sucedió, aunque según sus notas pretendiera preparar una fuerza expedicionaria para combatir al invasor.

⁷¹ Carta de González Ortega a Juárez de 28 de diciembre de 1864. *Ibidem*, p. 533.

⁷² TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 10, pp. 359 y 360.

⁷³ *Ibidem*, pp. 361 y 362.

Juárez no sólo prorrogó⁷⁴ su propio mandato, sino también prorrogó el del Presidente de la Suprema Corte de Justicia. De discutidísima constitucionalidad, el argumento de Juárez se basa en las amplias facultades que le dio el Congreso por los Decretos de 11 de diciembre de 1861, 3 de mayo y 27 de octubre de 1862 y 27 de mayo de 1863. Además el régimen de Juárez se justificó diciendo que se establece el ejercicio de la Presidencia Interina para el Presidente de la Corte únicamente en el caso de que se pudiera prever desde luego a la elección y, siendo imposible llevarla a cabo por causa de guerra, el hecho de darle el ejercicio del poder Ejecutivo al Presidente de la Corte por tiempo indefinido sería prorrogar y extender sus poderes “fuera de las prescripciones literales de la Constitución”.

Tenemos problemas, porque los artículos que tratan de la sustitución del Presidente⁷⁵ no prevén el caso de guerra, aunque sí dejan en claro que no se permite, bajo ninguna circunstancia, la acefalía presidencial. No es necesario dar demasiadas vueltas: el cargo correspondía al Presidente de la Corte, sin tomar en cuenta la Constitución la incertidumbre en cuanto a la duración de su encargo, pero como no había Presidente de la Corte ni legal (por el delito de abandono de su encargo) ni fácticamente (estaba en Estados Unidos por Nueva York) y tomando en cuenta que precisamente lo que se busca evitar es la falta de presidente: Juárez, legitimado tiempo atrás por una elección, con base en las especialísimas circunstancias, que incluso habían motivado al Congreso a dotarlo de amplias facultades extraordinarias y, acompañado del artículo 128 que lo ayudaba a conservar el orden constitucional, podía prorrogar él su mandato, no el de Presidente de la Corte porque ya no había.

Acerca de las citadas facultades extraordinarias, recordemos que con base en ellas podía dictar las medidas que juzgara convenientes sin afectar la independencia, integridad del territorio, forma de gobierno y los principios y Leyes de Reforma. Precisamente para preservar la forma de gobierno tenía que tomar la determinación de continuar en el Ejecutivo ante la falta del Presidente de la Corte. Había que evitar la acefalía presidencial, pero no prorrogar ambos mandatos.

⁷⁴ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 10, pp. 359 y 360.

⁷⁵ Artículos 78, 79, 80 y 82 constitucionales.

En el país surgieron más problemas porque a Manuel Ruiz, Ministro de la Corte que había seguido al gobierno republicano hasta Chihuahua y actuaba entonces como su Presidente Accidental,⁷⁶ figura prevista por el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia, se le ocurrió reclamar para sí la Presidencia de la República. La respuesta de Sebastián Lerdo de Tejada en nota de 7 de diciembre de ese 1865⁷⁷ es inobjetable: de acuerdo con los artículos 79 y 82 constitucionales la Presidencia Interina corresponde al Presidente de la Suprema Corte de Justicia no a los otros ministros: “se quiso uno, no quince vicepresidentes”.⁷⁸ Además, la iniciativa presentada al Congreso para que se tomara en cuenta al Presidente Accidental de la Corte fue desechada.

Existía una única salida: el 128 y las facultades extraordinarias que se le habían concedido.⁷⁹ Era una solución fáctica, dio golpe de Estado: sí, al prorrogar juntos los encargos del Ejecutivo y del Presidente de la Corte y no haber fundado su prórroga en la falta del Presidente de la Corte. Si hubiera hecho esto último el término que acuña Justo Sierra hubiera sido más acertado de lo que ya es: una “dictadura legal”.

IV. PROYECTO DE REFORMAS DE 1867

Napoleón III le retiró su apoyo a Maximiliano y embarcó sus tropas en febrero de 1867. El “Emperador” terminó concentrando sus fuerzas en Querétaro y, ante su derrota, fue fusilado con base en la Ley de 25 de enero de 1862 junto con Miguel Miramón y Tomás Mejía en el Cerro de las Campanas,⁸⁰ Querétaro, el 19 de junio de 1867.

Juárez entró triunfalmente a la República el 15 de julio de 1867.

⁷⁶ PALLARES, Jacinto, *op. cit.*, v. 510; CABRERA A., Lucio, *Presidentes de la Suprema Corte de Justicia, 1825-1996*, p. 8; FUENTES MARES, José, *Juárez. El Imperio y la República*, p. 101; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, vol. II, pp. 693 y 694.

⁷⁷ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 10, pp. 380 a 382.

⁷⁸ Habla de 15 porque incluye a los ministros suplentes y supernumerarios.

⁷⁹ Sobre este tema BULNES, Francisco, el más recio crítico de Juárez, dice: “Desde el momento en que tenía que cesar por tiempo indefinido el régimen constitucional, no podía haber periodo constitucional y la dictadura de Juárez tenía que ser necesariamente indefinida, como lo era el estado de Guerra que la había causado... Juárez pues, no dio golpe de Estado; obró correctamente”. *El verdadero Juárez*, p. 678.

⁸⁰ Donde hoy hay una bella capilla.

1. La elección presidencial de 1867⁸¹

Aguardaba el nuevo comienzo de un México pobre y desorganizado; un México en el que se había luchado enérgicamente por la Constitución de 1857, durante diez años y que, sin embargo, se gobernó durante todo ese tiempo sin la Constitución. Ahora había que acostumbrarse a gobernar sólo con ella, sin facultades extraordinarias.

Se efectuaron las elecciones para el periodo 1867-1871. Ganó Juárez y quedó como Presidente de la Suprema Corte de Justicia Sebastián Lerdo de Tejada. En este nuevo periodo presidencial, que concluyó el 30 de noviembre de 1871, el gobierno de Juárez expidió el Código Civil y el de Procedimientos Civiles, así como las normas del juicio de amparo y una Ley de Instrucción Pública que consideraba obligatoria la escuela primaria y gratuita la educación superior que impartía el Estado.

La opinión pública exigía que se restableciera el orden constitucional, se terminara el poder discrecional del Presidente y se diera fin a la "dictadura" a través de la elección de los poderes y la entrega de las facultades extraordinarias.

El 14 de agosto de ese 1867 Juárez emitió la convocatoria⁸² para la elección de los Supremos Poderes Federales, acompañándola de una circular⁸³ expedida por el ministro Sebastián Lerdo de Tejada en donde justificaba, ampliamente, la necesidad de reformar la Constitución y el procedimiento que se proponía emplear para llevarla a cabo, con base en que el pueblo es el "único y verdadero soberano".

El justificativo Cuarto y artículo 9o. de la Convocatoria explotaron en la República. El justificativo dice, en lo relativo:

...parece oportuno hacer una especial apelación al pueblo para que en el acto de elegir a sus representantes exprese su libre y soberana voluntad, sobre si quiere autorizar al próximo Congreso de la Unión, para que pueda adicionar o reformar la Constitución Federal, en algunos puntos determinados, que pueden ser muy urgentes intereses para afianzar la paz y consolidar

⁸¹ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 12, pp. 319 a 324 y 407 a 412; FUENTES MARES, José, *Juárez. El Imperio y la República*, pp. 229 a 266; TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 681 y 682.

⁸² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 682 a 689.

⁸³ *Ibidem*, pp. 689 a 696.

las instituciones por referirse al equilibrio de los Poderes Supremos de la Unión y al ejercicio normal de sus funciones, después de consumada la reforma social.⁸⁴

Por su parte, el artículo 9o. establece:

En el acto de votar los ciudadanos pueden nombrar electores en las elecciones primarias, expresarán además su voluntad, acerca de si podrá el próximo Congreso de la Unión, sin necesidad de observar los requisitos establecidos en el artículo 127 de la Constitución Federal, reformarla o adicionarla sobre los puntos siguientes:

Primero. Que el poder legislativo de la Federación se deposite en dos cámaras, fijándose y distribuyéndose entre ellas las atribuciones del poder legislativo.

Segundo. Que el Presidente de la República tenga facultad de poner veto suspensivo a las primeras resoluciones del poder legislativo, para que no se puedan reproducir, sino por dos tercios de votos de la cámara o cámaras en que se deposite el poder legislativo.

Tercero. Que las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, o los informes que el segundo tenga que dar al primero, no sean verbales, sino por escrito: fijándose si serán directamente del Presidente de la República, o de las secretarías del despacho.

Cuarto. Que la diputación o fracción del Congreso que quede funcionando en sus recesos, tenga restricciones para convocar al Congreso a sesiones extraordinarias.

Quinto. Que se determine el modo de proveer a la sustitución provisional del poder ejecutivo, en caso de faltar a la vez el Presidente de la República y el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Algo llama la atención: las reformas que propone el presidente Juárez en este 1867, son las mismas "saludables y convenientes reformas" que, diez años antes, el presidente Comonfort tenía en mente llevar a cabo. En esa época, Comonfort pretendió remediar que el Ejecutivo quedara desarmado ante la acción del Congreso al ser unitario. En suma: que el legislativo fuera más poder que el ejecutivo, rompiendo toda idea de equilibrio de poderes. La manera de pensar de la gente evoluciona o, quizá las conveniencias cambien, pero el hecho es que

⁸⁴ También se les pide que se expresen en el mismo sentido de reformar en las constituciones de los estados.

Juárez en 1857 se opuso y ahora, ya gobernando, se dio cuenta de la necesidad de esas mismas reformas.

La circular expedida por Lerdo es realmente contradictoria, en una parte dice: "con muy justos títulos ha sido la Constitución de 1857 la bandera del pueblo, cuando ha derramado su sangre por conquistar la Reforma, por defender la Independencia y por consolidar la República... pero no se rebaja ninguno de estos títulos, porque en algo se crea conveniente, y aun necesario, adiccionarla o reformarla". Luego justifica la apelación directa e inmediata al pueblo porque los medios ordinarios de reforma establecidos en la Constitución serían "lentos, tardíos e inoportunos, para resolver el conjunto de reformas que comprenden los cinco puntos mencionados, con el carácter que tienen de urgentes, para arreglar la marcha normal de los poderes públicos". Después menciona: "si la mayoría del pueblo no votase por las reformas, nada se haría, y ningún mal se habría causado. Si al contrario, la mayoría del pueblo votase por las reformas, habría sido un absurdo promover antes la cuestión de legalidad constitucional, porque la libre voluntad de la mayoría del pueblo es superior a toda Constitución". Concluye refiriéndose al artículo 39 constitucional: "Si la misma Constitución reconoce, como no podía menos de reconocer, que la libre voluntad del pueblo puede siempre cambiar esencialmente aun la forma de su gobierno, sería absurdo que algunos afectasen tanto celo por no modificar en nada la Constitución, que pretendieran negar al pueblo el derecho de autorizar al próximo Congreso para que sobre algunos puntos determinados pueda reformarla". Luego se refiere a casos en los que la nación ha aprobado que se hagan reformas a la Constitución sin seguir los requisitos establecidos en ella, en especial las Leyes de Reforma.

En este punto estamos de acuerdo, no se rebaja ninguno de los títulos de la Constitución si se reforma o adiciona, pero como ella misma marca y no por la vía inconstitucional del referéndum.

Había un punto más en el artículo 15 de dicha Convocatoria:⁸⁵

Según la reforma sancionada por el artículo 3o. del Decreto de 16 de julio de 1864 en las elecciones de diputados al Congreso de la Unión, no subsisten las restricciones puestas a la libertad del derecho electoral; y en conse-

⁸⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 682 a 689.

cuencia, no se exigirá el requisito de vecindad en el Estado, Distrito Federal o Territorio en que se hace la elección, y podrán ser electos diputados tanto los ciudadanos que pertenezcan al estado eclesiástico, como también los funcionarios a quienes excluía el artículo 34 de la ley orgánica electoral.

Grave que eclesiásticos y funcionarios participaran en el Congreso. Eso implicaba una influencia directa de dos fuertes factores de poder: la Iglesia y el Poder Ejecutivo. ¿Dónde quedaba el equilibrio de poderes con esta incursión del Ejecutivo en el Legislativo?

2. ¿Cómo reformar?: la vía del referéndum

La convocatoria fue justificada por el gobierno con base en las facultades extraordinarias de que estaba investido. Pero la guerra había concluido, por lo que no había más margen de maniobra legal que la misma Constitución.

El referéndum no estaba previsto por la Constitución de 1857, por lo que implementarlo significaba una flagrante violación a la Constitución, que incluso ameritaba responsabilidad en contra del presidente Juárez.⁸⁶

La Constitución prevé en su artículo 127 el siguiente proceso de reforma, el único posible:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de sus individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Por tanto, era inconstitucional que el Presidente quisiera seguir otra vía cuando la Constitución ya tenía un cauce bien establecido. La interpretación contraria nos conduciría a que "la Constitución misma sería reformada por el hecho mismo de aceptar un medio de re-

⁸⁶ Artículo 103 constitucional.

forma que ella no prescribe".⁸⁷ Se cita en la Circular anexa a la Convocatoria el artículo 39 constitucional.

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo, y se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Es ilustrativo comparar la alocución anterior con la siguiente cita del Manifiesto a la Nación que dirigió el Congreso Constituyente de 1857 al proclamar la nueva Constitución federal:⁸⁸

El Congreso proclamó altamente el dogma de la soberanía del pueblo y quiso que todo el sistema Constitucional fuese consecuencia lógica de esta verdad luminosa e incontrovertible. Todos los poderes se derivan del mismo pueblo. El pueblo se gobierna por el pueblo. El pueblo legisla. Al pueblo corresponde reformar, varias de sus instituciones. Pero, siendo preciso por la organización, por la extensión de las sociedades modernas recurrir al sistema representativo, en México no habrá quien ejerza autoridad sino por el voto, por la confianza, por el consentimiento explícito del pueblo.

El Congreso... ha dejado expedito el camino a la reforma del Código político, sin más precaución que la seguridad que los cambios sean reclamados y aceptados por el pueblo. Siendo tan fácil la reforma para satisfacer las necesidades del país ¿para qué recurrir a nuevos trastornos, para qué devorarnos en la guerra civil, si los medios legales no cuestan sangre, ni aniquilan a la República, ni la deshonran, ni ponen en peligro sus libertades y su existencia de nación soberana?

El sentido que el Congreso Constituyente dio a la soberanía es claro. No hagamos más comentarios.

3. Ironías: resplandores del Plan de Tacubaya diez años después⁸⁹

Como se sabe, ante el enorme rechazo a su propuesta el presidente Juárez terminó por aceptar su derrota y en comunicación de 8 de

⁸⁷ Carta firmada por Juan N. Méndez, gobernador de Puebla, fechada el 30 de agosto de 1867, TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 12, pp. 426 a 428.

⁸⁸ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 1, pp. 234 y 235.

⁸⁹ BRANDING, David, *Orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1897*, FCE, México, 1993.

diciembre al Congreso, aceptó someter ante él los puntos propuestos conforme a las reglas establecidas por la Constitución; además que el gobierno no pediría que se hiciera el escrutinio de los votos de la consulta popular.⁹⁰ Aun contando con este ofrecimiento del Ejecutivo, días más tarde, el 13, se pidió en el Congreso aprobar una declaración en el sentido de que no se procedería al escrutinio de votos emitidos en la apelación al pueblo que contempló la convocatoria.

Ese mismo 8 de diciembre en la ceremonia de apertura del Congreso, después de seis meses de grandes reclamos para que Juárez entregara las facultades extraordinarias que se le habían concedido, ya que la guerra con los franceses había terminado, por fin lo hizo. El "idólatra de la ley",⁹¹ al dirigirse al Congreso dijo:⁹²

Por ley de 25 de mayo de 1863 se prorrogó la concesión de facultades al ejecutivo hasta treinta días después de reunido nuevamente el Congreso o antes si terminaba la guerra con Francia.

No se podría declarar por México el término del estado de guerra, aunque de hecho no existan hostilidades con aquella Nación. Ella fue la que trajo la guerra, sin haber hecho hasta ahora declaración expresa de no continuarla.

Así, pues, debería durar, conforme a la ley, 30 días más, contados desde hoy, las facultades concedidas al Ejecutivo.

Sin embargo, he creído que obraba mejor, declarando, como declaro en este acto solemne, que no haré uso de ellas.

Y tenía algo de razón, por absurdo que suene, oficialmente no había terminado la guerra con Francia, aunque nadie sensato pudiera pensar que los franceses, que ya no tenían ningún motivo para estar en México y, además en ese momento batiéndose contra los austriacos, continuaran en guerra con nuestro país; además en la república se vivía una paz general. De todas formas, Juárez se esperó a que el Congreso se reuniera y prolongó en ese lapso un gobierno al margen de la Constitución de 1857.

En cuanto a las reformas que se intentaron hacer a la Constitución, no importa lo benéficas que eran, el punto se centra en la mane-

⁹⁰ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 12, p. 814; FUENTES MARES, José, *Juárez. El Imperio y la República*, pp. 258 y 259.

⁹¹ KRAUZE, Enrique, *op. cit.*

⁹² TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 12, p. 815.

ra en que se pretendió destruir la bandera por la que el pueblo luchó tantos años: la Constitución de 1857; romper su supremacía. La vía que el presidente Juárez intentó fue paralela a la del movimiento tacubayista porque pretendió introducir cambios en la vida constitucional nacional, si bien sin desconocer toda la Constitución, sin tomar en cuenta el procedimiento ya establecido por dicho documento fundamental. Es una ironía: o la respetamos o no la respetamos, no hay más.

En el bicameralismo, el veto presidencial y, de muchas maneras, el actual equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo, se dibujan las figuras de tres importantes liberales en tres momentos históricos: las reformas planteadas por el presidente Juárez en la Convocatoria del 14 de agosto de 1867, que le costaron una de sus más importantes crisis políticas; anunciadas por Comonfort en su discurso del 1 de diciembre de 1857, que le costaron al país tres años de guerra civil, las pudo llevar a cabo sin mayores contratiempos Sebastián Lerdo de Tejada, siguiendo los cauces constitucionales y el respaldo de un congreso afín al proyecto lerdista, por la Ley de adiciones y reformas del 13 de noviembre de 1874.⁹³

VI. COROLARIOS

La vida del país continuó medio pintada por las diversas revueltas y con algunos visos de prosperidad. El 16 de septiembre de 1869 se inauguró el tramo de ferrocarril México-Puebla, se amplió la red telegráfica y se eliminaron los derechos de tránsito, medida que impulsó vigorosamente al comercio.

1. La última elección⁹⁴

Al terminar el periodo presidencial, se presentaron a la campaña electoral para el periodo 1871-1875 tres candidatos: Porfirio Díaz, Sebastián Lerdo de Tejada y Benito Juárez. Como ninguno obtuvo

⁹³ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales...*, pp. 698 a 705.

⁹⁴ FUENTES MARES, José, *Juárez. El Imperio y la República*, pp. 299 a 330.

mayoría absoluta el Congreso designó a Juárez Presidente en la sesión del 12 de octubre de 1871. Un par de meses adelante, en la sesión del 10 de diciembre,⁹⁵ el diputado Alcalde lo acusó de cometer altos crímenes a la nación al haber otorgado en marzo de 1864 concesión a Jacobo P. Leese para colonizar con familias americanas los terrenos baldíos de Baja California con el riesgo que en la historia se repitiera la lección de Texas. No pasó a mayores porque el Presidente tenía facultades para eso, aunque no fuera una decisión prudente.

Se consideró la determinación del Congreso que reeligió a Juárez como un fraude; ante esto, García de la Cadena, Treviño y Donato Guerra, partidarios de Porfirio Díaz, se sublevaron en Zacatecas, Nuevo León, Sinaloa, Sonora y Durango. Pronto serían aplacados.

Efectivamente, tuvo amplios visos de fraude,⁹⁶ pero contra eso la Constitución sola, sin apoyo de los hombres que aplicaran su régimen, no se pudo luchar.

2. El Plan de la Noria⁹⁷

Mientras esto sucedía, en la zona conurbada de la ciudad de Oaxaca, al sur, en la Hacienda de la Noria, se conspiraba contra el gobierno. El 8 de noviembre de 1871 se proclamó el Plan de la Noria,⁹⁸ desde las páginas de *La Victoria*. La principal consigna: "Combatiremos pues, por la causa del pueblo, y el pueblo será el único dueño de su victoria. 'Constitución de 1857 y libertad electoral' serán nuestras bandera; 'Menos gobierno y más libertades' nuestro programa". Terminaba: "Que ningún ciudadano se imponga y perpetúe en el ejercicio del poder, y ésta será la última revolución. Porfirio Díaz". Aunque provocó revueltas de alguna consideración las tropas del gobierno, al mando de los generales Sóstenes Rocha e Ignacio Mejía, lograron sofocarlas.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 394 a 396.

⁹⁶ COSÍO VILLEGAS, Daniel, *Historia moderna de México*, 4a. ed., Hermes, México, 1984.

⁹⁷ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 15, pp. 432 a 496; FUENTES MARES, José, *Juárez. El Imperio y la República*, pp. 333 a 357.

⁹⁸ GONZÁLEZ, Luis, *op. cit.*, pp. 165 a 170.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN. LA PRESIDENCIA
ASÍ CUESTIONADA: TEJIENDO EN EL DERECHO
CON HILAMBRE DE HISTORIA

La muerte terminó con esta historia. El 18 de julio de 1872 Benito Pablo Juárez García murió en sus habitaciones de Palacio Nacional. Se acabaron de momento las rebeldías, ya no tenían razón de lucha. Sebastián Lerdo de Tejada, Presidente de la Suprema Corte de Justicia ocupó la presidencia interina. Luego vendría Porfirio Díaz, transcurridos cuatro años y dos elecciones, a hacer triunfar el Plan de Tuxtepec y facilitar el camino para que a partir del 5 de mayo de 1877 quedara legalmente afianzado él en la presidencia de la República al triunfar en la elección.

1. Espejos de la Constitución de 1857

Benito Juárez y la Constitución de 1857 significaron un régimen que vivió en el límite de la constitucionalidad.⁹⁹ Que enarboló un documento como corazón de un proyecto de nación y que, sin embargo, no lo respetó, pero gracias a él pudo subsistir hasta ser reemplazado por la Constitución de 1917.

Curiosamente varias de las disposiciones constitucionales que la historia ha sometido a agrias discusiones continúan, casi sin modificación, aún vigentes, tales como la suspensión de garantías y las facultades extraordinarias, las facultades del ejecutivo en la celebración de tratados, la inviolabilidad de la Constitución, entre otros. Y es uno de los puntos que brinda singular actualidad a esta labor.

2. El Estado de Derecho constitucional

Pero la conclusión ineludible y, obvia, consiste en que toda vez que la realidad siempre rebasa lo pensado y previsto, la interpretación que se haga de la Constitución debe tener siempre presente su papel

⁹⁹ En palabras de Branding: "Su conservación del poder sólo fue posible por el apoyo que le dieron los gobernadores de los estados, el ejército y los principales políticos". Habrá que agregar, en su correspondiente medida, la simpatía del pueblo: lo querían.

de garante del Estado de Derecho en las condiciones jurídicamente más apegadas a la misma Constitución.

Y la pregunta final, la discordia constitucional, ¿Juárez respetó o no la Constitución de 1857? La respuesta se expresa por sí misma: jurídicamente a veces; políticamente, también a veces. Cuando ostentó dos cargos (Ministro de Gobernación y Presidente de la Suprema Corte de Justicia) ambos fueron constitucionales, en uno tenía licencia y en otro fungía en activo; cuando asumió la Presidencia de la República su mandato fue constitucional al ser el Presidente de la Corte; al abandonar la sede de los Poderes de la Unión obró con base en una autorización del Congreso; al salir del país el 128 constitucional le extendió su autorización; expidió inconstitucionalmente las Leyes de Reforma, salvo la de nacionalización de bienes del clero; suscribió contra la Constitución, traicionando sus más elementales principios, el tratado McLane Ocampo; expidió conforme a la Constitución la Ley del 25 de enero de 1862; prorrogó inconstitucionalmente su mandato en 1865, si bien era necesario evitar la acefalia presidencial, al prorrogar también el cargo del presidente de la Corte y destrozó toda idea de orden constitucional con su propuesta de referéndum en la convocatoria de 1867. Fue un gobernante que enarboló como estandarte de lucha la Constitución y que, sin embargo, no la cumplió al pie de la letra. Las circunstancias políticas fueron moldeando su actuación constitucional, a veces bien, a veces mal, pero a fin de cuentas dirigidas siempre por su conveniencia en el proyecto de nación por el que él había luchado y que parece, no estaba dispuesto a compartir.

Pensando en Juárez y la Constitución de 1857, me convierto en un espectador de aquel 15 de julio de 1867, cuando se festejaba el triunfo de la República sobre los invasores franceses y monárquicos. Porfirio Díaz le entregó la bandera nacional, que lentamente el presidente Juárez izó en la Plaza de la Constitución. Recordando su primera presidencia, el McLane Ocampo, las Leyes de Reforma, el "golpe de Estado" de Paso del Norte, la Circular y Convocatoria de agosto de 1867 escuché su discurso, del que luego la historia inmortalizaría una frase: "Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz".¹⁰⁰

¹⁰⁰ TAMAYO, Jorge L., *op. cit.*, vol. 12, p. 249.

...procuró el gobierno cumplir sus deberes, sin concebir jamás un solo pensamiento que le fuera lícito menoscabar ninguno de los derechos de la Nación. Ha cumplido el Gobierno el primero de sus deberes, no contrayendo ningún compromiso en el exterior ni en el interior, que pudiera perjudicar en nada la independencia y soberanía de la República, la integridad de su territorio o el respeto debido a la Constitución y a las leyes. Sus enemigos pretendieron establecer otro Gobierno y otras leyes, sin haber podido consumar su intento criminal. Después de cuatro años, vuelve el Gobierno a la ciudad de México, con la bandera de la Constitución y con las mismas leyes, sin haber dejado de existir un solo instante dentro del territorio nacional.

SIGNIFICADO Y FUNCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Ángela FIGUERUELO

I

Actualmente presenciamos la existencia de un Estado que se esfuma de forma progresiva, de una sociedad civil que se descompone paulatinamente y de una ciudadanía que poco a poco ve eliminados los espacios políticos donde, en nombre de la justicia, puede reivindicar sus derechos. Estos factores que nos acompañan en la realidad cotidiana son los que nos han llevado a reflexionar sobre el significado y las funciones actuales del derecho constitucional.

Para entender *qué es el derecho constitucional* debemos, previamente, obtener un concepto de Constitución y conocer la función que realiza el derecho constitucional dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. El ordenamiento jurídico que se compone de la totalidad de las normas jurídicas de un Estado, dispone de normas de conducta y de normas de organización. Estas últimas nos dicen cuáles de las normas de conducta deben valer, deben ejecutarse y deben aplicarse, y son las que determinan a qué hombres, bajo qué métodos y en qué condiciones se fija en última instancia lo que ha de ser el derecho. Estas normas forman parte, sin agotarlo, del derecho constitucional, disciplina que podemos definir como *la ordenación de las competencias supremas de un Estado*.

Esta definición necesariamente conlleva una idea de *Estado*, entendiendo por tal *toda organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano*. Para conseguir este objetivo no se requiere el consentimiento general sino

que es suficiente la eliminación de la violencia en las relaciones entre los individuos y los grupos que forman la población de un Estado.

En consecuencia, el Estado se manifiesta como una unidad de poder que necesita ser ejercido por alguien y que para ser eficaz debe organizarse conforme a las reglas siguientes:

- 1) Conocer quiénes están llamados a ejercer este poder.
- 2) Saber cuáles son los principios que sirven de base a dicho ejercicio del poder.
- 3) Analizar los métodos con que el poder se ejercita.
- 4) Establecer los límites que debe tener el ejercicio del poder.

El conjunto de todas estas reglas forma parte de la disciplina del derecho constitucional. Pero esta materia, en la actualidad, no queda reducida al análisis de las normas —letra de la ley— sino que es el resultado de la síntesis entre la norma y la realidad con la que se enfrenta.

II

Las normas que conforman el derecho constitucional aparecen recogidas en un documento, normalmente escrito, denominado Constitución. En su sentido moderno el concepto de Constitución (y por ello el derecho constitucional) nace a fines del siglo XVIII, con las revoluciones francesa y americana, se desarrolla a lo largo del siglo XIX y culmina, sobre todo en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial. Por Constitución, *entendemos generalmente, una forma más —la última— de ordenación jurídica del poder entre aquellas que la historia nos ofrece*. La característica esencial de esta forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad que, por no corresponder al orden natural del mundo, dificulta la construcción jurídica de un orden político. Así las cosas, resulta obligada la pregunta: ¿en qué consiste la fórmula para conseguir una construcción política basada en la igualdad y en la libertad? Serán imprescindibles las pautas siguientes:

- a) La sociedad civil tiene que expresarse políticamente y ello requiere que se trate de una sociedad ordenada y no de una sociedad anárquica.

- b) A diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen no puede haber órdenes políticos distintos en función de los distintos tipos de individuos. El orden político de la sociedad debe ser el mismo para todos sus miembros.
- c) El Estado es el representante político de la sociedad y por ello no puede tener una voluntad propia al margen de la voluntad de dicha sociedad representada.

Si esto se cumple, el individuo, cuando obedece las leyes —mandatos estatales— no obedece a nadie más que a sí mismo y continuará siendo tan libre como lo era antes de pertenecer a la organización estatal.

Todos estos requisitos deben encontrar su realización material en el contenido de las constituciones normativas (Loewenstein) que obedece a una serie de criterios básicos. Así:

- 1) Una Constitución debe ser *Constitución Política* y por ello no debe entrar a definir cómo debe configurarse la sociedad. Sólo debe tratar asuntos del Estado y no contener mandatos o prohibiciones dirigidos a los ciudadanos. A lo sumo debe contener algunos deberes constitucionales genéricos, como pueden ser la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado y a la defensa del país.
- 2) Aunque la Constitución no sea de la sociedad sí debe reconocer y garantizar los principios en los que dicha Constitución se basa. Su función no consiste en invadir y politizar la sociedad sino en reconocer y garantizar los principios que hacen a la sociedad igualitaria y libre. Esos principios, que son indisponibles para los poderes públicos, han de figurar reconocidos en la parte dogmática de las constituciones en forma de *derechos individuales*, porque justifican la existencia del Estado y de la propia Constitución.
- 3) En el marco de la Constitución se debe contemplar un cauce o vía para que la sociedad pueda autodirigirse políticamente. Porque la sociedad está compuesta de múltiples voluntades individuales es necesario llegar a conseguir la voluntad general a través de la ley que elabora el Estado. Por ello, dentro de la Constitución, tiene que aparecer regulado tanto *el órgano le-*

gislativo que elabora las leyes, como el *procedimiento* a través del cual los representantes libremente elegidos por la sociedad realizan la función de elaborar las leyes.

- 4) La ley, expresión de la voluntad general, además de ser aprobada democráticamente, debe ser obedecida. Incluso, si no se hace voluntariamente puede utilizarse la fuerza para lograr su cumplimiento. Por ello, también en el marco de la Constitución se debe contemplar el órgano —Poder Ejecutivo— encargado de hacer cumplir la ley y el procedimiento a través del cual toma sus decisiones y las hace conocer a sus destinatarios.
- 5) Pero las relaciones sociales normalmente no son siempre pacíficas y entre los ciudadanos que actúan con libertad y en pie de igualdad pueden surgir problemas. De ahí que, dentro de las constituciones haga falta establecer un mecanismo para resolver los conflictos particulares *aplicando la ley* de manera directa, imparcial e independiente. Esta es la función que le corresponde al *poder judicial*.

Si se cumplen estas pautas el orden constitucional será el orden de la igualdad y de la libertad tanto en las relaciones privadas de los individuos como en las relaciones públicas o con el Estado. Esto se garantiza por medio de los derechos individuales y de los derechos políticos. De la combinación de ambas categorías resulta la ordenación de los poderes del Estado o lo que se conoce como el principio de la división de poderes.

III

En el momento presente no es posible entender la Constitución sin mencionar el principio de la separación de los poderes haciendo reiteradas alusiones al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A tenor de este precepto aquel país que no reconociera dicho principio ni garantizara los derechos de los ciudadanos, carecería de Constitución. Por todo ello el estudio de los derechos fundamentales tampoco puede ser abordado si no tenemos en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los mismos.

La doctrina de la Teoría de la separación de poderes fue formulada por Montesquieu en el libro IX de su obra *El espíritu de las leyes* y tuvo gran importancia como punto de partida para el constitucionalismo europeo del siglo XIX. Actualmente también es punto de referencia para entender la doble función que desempeña el derecho constitucional:

- 1) Por un lado hay que comprenderlo como el baluarte de las garantías de la libertad, es decir, como aquella disciplina que estudia y analiza el conjunto de derechos fundamentales y de sus instrumentos de protección que aparecen recogidos en lo que denominamos parte dogmática de las constituciones.
- 2) Por otro lado, el derecho constitucional es el elemento configurador y vertebrador del Estado, ya que estudia su propia composición mediante el análisis de la llamada parte orgánica de las constituciones.

La parte dogmática de la Constitución recoge también lo que la doctrina (Lucas Verdú) denomina *fórmula política*, entendiéndola por ella el conjunto de principios y valores que sirven de fundamento a un régimen político jurídicamente organizado. Para su comprensión es imprescindible apreciar las diferencias que pueden darse entre la forma de Estado y los sistemas de gobierno y que no pocas veces han acarreado confusiones doctrinales. Nos parece acertada la idea defendida por Mortati, que entiende que la forma de Estado nos explica cómo está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia de las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

Así las cosas, la mayor parte de las constituciones del occidente democrático configuran a sus Estados como de derecho, sociales y democráticos, y ello se entiende porque desean impregnar a sus normas supremas (constituciones) de los principios que imperan en el moderno constitucionalismo: el principio liberal, el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución. Por todo

ello, esos Estados se caracterizan por reconocer la soberanía popular, admitiendo la participación del pueblo en las tareas y funciones estatales, por someter las actuaciones de los poderes públicos a la Constitución y a la ley, y por crear un Estado que se implica en la sociedad corrigiendo los desequilibrios que ésta, por sí sola, no puede subsanar.

Junto a ello es necesario distinguir formas jurídicas de Estado que afectan a la distribución territorial del poder político y así nos encontramos con Estados unitarios, regionales y federales en función del menor o mayor grado de descentralización existente. La tendencia predominante en el momento presente es hacia la descentralización del poder político y no sólo de las funciones administrativas. Un ejemplo peculiar es el Estado de las Autonomías que configura la Constitución española vigente y que, aunque alcanza un grado elevado de descentralización política, no es un Estado federal porque, los Estatutos de Autonomía que hacen nacer a la vida jurídica dicho Estado, traen su causa de la propia Constitución.

IV

El tema de los derechos fundamentales, que surgen con la Constitución y en ella encuentran sus garantías, es uno de los más importantes del constitucionalismo democrático y cada vez contemplamos con más frecuencia cómo se aprueban constituciones que recogen en su articulado un amplio elenco de estos derechos. En este marco también adquiere relevancia el derecho internacional de los derechos humanos por su trascendencia a la hora de proteger los derechos internos.

La comprensión de la naturaleza jurídica de la gran variedad de derechos reconocidos requiere partir de una determinada ideología del Estado y de la Constitución. Así, en un Estado social, democrático de derecho se mantiene la existencia de derechos fundamentales por parte de la ideología liberal, de la ideología democrática y de la ideología propia del Estado social.

Según la ideología liberal los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza le corresponden al hombre individual y libre. Los sujetos que se dan en esa relación son dos: por un lado, el individuo libre por naturaleza, autónomo y sujeto activo y, por otro, el Estado, sujeto pasivo, limitado en su actuación por esos derechos fundamentales. En esta ideología la libertad humana es absoluta e ilimitada,

anterior y superior al Estado. La libertad, como un fin en sí misma queda a la iniciativa individual sin que el Estado adquiera obligaciones al respecto. Ejemplos de esos catálogos de derechos pueden ser: la libertad individual, la propiedad privada, igualdad ante la ley.

En cambio, la teoría democrática de los derechos fundamentales entiende estos derechos en virtud de la función político-democrática que desempeñan: permitir la participación del pueblo soberano en el proceso democrático de formación de la voluntad política, así como su participación en los asuntos políticos. De ello se desprende que a estas categorías de derechos pertenecen el derecho de sufragio activo y pasivo, la protección del pluralismo, la constitucionalización de los partidos políticos, el derecho de asociación y las demás formas de participación pública. En estos derechos la libertad no es un fin en sí misma sino que se trata de una libertad orientada hacia al proceso político-democrático.

Por último, si nos fijamos en el Estado social de derecho, la teoría que se sustenta no concibe al hombre como un sujeto aislado sino como miembro de una sociedad plural en la cual todos han de ser igualmente libres. Lo que se persigue es una libertad real de la cual puedan disfrutar todos los ciudadanos en las mismas condiciones de igualdad. Esto conlleva un cambio en el concepto de los derechos fundamentales que ven ampliado su catálogo a los derechos de contenido económico, social y cultural, que se traducen para sus titulares en prestaciones de carácter económico que corresponde efectuar al Estado. Por dicho contenido económico la realización de estos derechos no consiste sólo en un problema jurídico sino que implica un asunto de disponibilidad y de distribución de recursos financieros; ejemplos de esta categoría pueden ser: el derecho a la educación, a la salud, al pleno empleo, a una vivienda digna, a un medio ambiente sano.

Pero, como ya dijera Kelsen, "reconocer derechos sin establecer las correspondientes garantías es dejarlos reducidos a papel mojado", por ello las constituciones vigentes se esfuerzan por ampliar el catálogo de medios de protección para los derechos que reconocen. Esas garantías suelen agruparse, por su naturaleza, en diversas categorías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, según sean las normas de la Constitución, los tribunales de justicia o las instituciones públicas las encargadas de la defensa de los derechos fundamentales.

Destacan por su operatividad las garantías jurisdiccionales que consisten en la protección ordinaria o extraordinaria otorgada por los tribunales de justicia y sobresale entre ellas la garantía reforzada del *recurso de amparo* que cada vez con más frecuencia aparece en las constituciones de Hispanoamérica. En España sus orígenes se hallan en la Constitución Republicana de 1931 y su conocimiento se encomienda al máximo defensor de la Constitución, es decir, al Tribunal Constitucional. Entre las garantías normativas merece especial mención el *carácter vinculante de las modernas constituciones democráticas* que afecta tanto a los poderes públicos como a los particulares y que conlleva la aplicación directa de las normas que garantizan los derechos fundamentales por parte de los órganos encargados de administrar justicia, sin necesidad de intervención del poder legislativo a través de leyes de desarrollo.

De entre las instituciones encargadas de velar por la eficacia de los derechos fundamentales, aparte del control parlamentario, adquiere cada vez mayor importancia la institución del *Defensor del Pueblo*. Sus orígenes son suecos, en el siglo XVIII y observamos que en la actualidad se da un reconocimiento cada vez mayor de esta institución, no sólo en las constituciones europeas e hispanoamericanas sino también en textos de nuevo cuño elaborados en África y en Europa del Este. Incluso, la Unión Europea tiene reconocida una institución de estas características. Se trata de una institución, que sin tener la operatividad de las actuaciones judiciales, puesto que no es un juez, actúa como mediador entre los particulares y los distintos poderes públicos para tratar de corregir aquellos vicios que se deriven de una mala administración y que perturben el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

V

También en la parte dogmática de las constituciones democráticas de occidente se encuentra regulado el sistema de fuentes del derecho. Esto se explica porque estas constituciones, fruto del poder constituyente del pueblo que es considerado soberano, son la norma suprema del ordenamiento jurídico que sustituye la arbitrariedad del poder que se daba en el gobierno de los hombres, propio del Antiguo Régimen, por un poder jurídico y racionalizado característico del

gobierno de las leyes de un Estado de Derecho. Pero la Constitución no es sólo una norma sino que al ser la ley superior de todo un ordenamiento jurídico debe establecer el sistema de fuentes del derecho conforme al cual deben dictarse las leyes para su validez.

Con la expresión "fuente del derecho" aludimos no sólo a los titulares con capacidad para producir normas jurídicas sino también a aquellas categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas.

En la actualidad, el constitucionalismo moderno incorpora un nuevo concepto de Constitución como ya hemos visto, que incluye necesariamente un sistema de garantías constitucionales y en el que la ley, emanada del parlamento, órgano soberano en Europa hasta bien avanzado el siglo XX, pasa a ocupar un lugar preeminente en el sistema de fuentes pero, bien entendido, subordinada siempre a la Constitución y susceptible de ser controlada por algún órgano creado al efecto. La ley ha dejado de ser una categoría normativa única y ve ampliadas las formas de su manifestación con otras normas con rango de ley. Estas se deben a diversas causas: procedimientos especiales de elaboración y reservas de materias para su desarrollo, como es el caso de las leyes orgánicas; descentralización territorial del poder político del Estado, que en el caso español origina los E.E.A.A. y las leyes de las C.C.A.A.; transformaciones y crisis que sufren los parlamentos actuales y que obligan a un desplazamiento de la capacidad "legislativa delegada" desde el legislativo hacia el gobierno. Este órgano constitucional se ve dotado de la capacidad de hacer normas que sin ser leyes valen como si lo fueran (decretos-leyes y decretos-legislativos, en el supuesto español).

En el marco de las constituciones, tampoco faltan las fuentes del derecho internacional y su prelación respecto del derecho interno, y en el caso de los países miembros de la Unión Europea es obligado punto de referencia el derecho comunitario en relación con el propio sistema interno.

Todo este complejo entramado normativo está sujeto al principio de supremacía constitucional, de tal modo que si el procedimiento de elaboración de esas leyes o su contenido material no respetasen los postulados constitucionales, serían arrojadas del ordenamiento jurídico gracias a los mecanismos de justicia constitucional establecidos en el marco de la Constitución.

VI

La parte orgánica de las constituciones se dedica a vertebrar el Estado porque es aquí donde se regulan sus poderes y las funciones que a cada uno de ellos le han sido encomendados.

Si analizamos el proceso de legitimación democrática del Estado apreciamos la imposibilidad del principio de la democracia directa debiendo aceptar en la actualidad a la democracia representativa como la única forma operativa de organización política y jurídica del Estado. En un Estado representativo la legitimación descansa en dos pilares básicos que son: los partidos políticos y el sistema electoral, por medio de los cuales se reduce la complejidad social y se posibilita la formación de la voluntad de la sociedad como voluntad política a través del parlamento.

Ahora bien, el objetivo de la democracia es el gobierno del pueblo. Esta expresión, tomada en su sentido más amplio, se convierte en una meta del quehacer político diario; por ello las constituciones del occidente democrático establecen un orden de relaciones entre las instituciones públicas y entre éstas y los ciudadanos para coadyuvar a la consecución de dicho objetivo. Los sistemas democráticos de la actualidad, se sustentan en palabras de G. Vedel en un sistema de diálogos, porque "la filosofía democrática rechaza la creencia de que existe una armonía espontánea y automática entre los diversos interlocutores del mundo político. Pero esta filosofía no cree tampoco que las oposiciones sean de tal naturaleza que impidan encontrar una conciliación". A través del diálogo se conocen las opiniones ajenas y se puede llegar a una solución de compromiso. Así las cosas, la vida democrática se articula con base en cinco diálogos principalmente:

- El diálogo entre el poder constituyente que elabora la Constitución y los poderes constituidos reconocidos en el marco de la norma suprema y a ella sometidos.
- El diálogo entre los gobernantes y los gobernados que aproxima los que gobiernan a los que son gobernados sin atentar a la división del trabajo necesaria en una comunidad.
- El diálogo que se da entre el parlamento, órgano representativo por excelencia y encargado de hacer las leyes, y el Ejecutivo de

legitimación democrática indirecta que es el encargado de hacer cumplir las leyes mediante la función de gobernar.

- El diálogo entre la mayoría y la minoría parlamentaria que, en palabras de Kelsen, es donde radica la verdadera esencia de la democracia.
- Por último, el diálogo entre el Estado y los grupos sociales que hace viable la situación de pugna entre el interés general y los intereses particulares.

La distinta organización con que se configuran estos diálogos de acuerdo con las normas jurídicas puede dar lugar a distintos regímenes políticos en democracia.

Si nos fijamos en el diálogo que mantienen el parlamento y el Ejecutivo, observamos que en unos regímenes políticos la última palabra la tienen las Cámaras representativas, mientras que en otros es el Poder Ejecutivo quien decide finalmente. Cuando es el parlamento el que prevalece sobre el resto de las instituciones hablamos de *regímenes parlamentarios*. En cambio, cuando el Ejecutivo adquiere una mayor relevancia en torno a la figura del Jefe del Gobierno, nos encontramos ante los *regímenes presidenciales* o *presidencialistas*.

El régimen parlamentario es un sistema típico de *colaboración* entre los distintos poderes del Estado y es el *régimen político común en Europa*. Se nos presenta en la historia como una especie de compromiso entre dos legitimidades diferentes: la monárquico-aristocrática del antiguo régimen (monarquía absoluta) y la democrático-igualitaria del Estado constitucional. Su origen se fue imponiendo en la práctica a través de los conflictos que jalonaron todo el siglo XVIII. Se fue desarrollando a lo largo del siglo XIX y se consolidó en Europa cuando finalizó el periodo revolucionario, tras la caída de Napoleón. La influencia mayor procede del régimen parlamentario inglés y el resultado es fruto del peso de la razón unido a la inercia de la historia.

Por estas causas los órganos constitucionales que se incorporan a este régimen como expresión del pasado (la Jefatura del Estado y la Segunda Cámara) se mantienen, pero no desempeñan papeles relevantes en el proceso político. La Jefatura del Estado, ya sea hereditaria —en el caso de un rey o monarca—, o electiva —Presidente de la República— tiende a quedar reducida a una función simbólica, mo-

deradora y arbitral. También la Segunda Cámara que paulatinamente deja de ser una Cámara privilegiada ve cada vez reducidas en mayor medida sus funciones y queda marginada de la exigencia de la responsabilidad política del gobierno.

Las bases constitucionales del régimen parlamentario son: el poder ejecutivo dual y el poder legislativo bicameral. Pero como el único órgano que goza de legitimación democrática directa es el parlamento, el gobierno depende de él en todo momento. Esta es la única forma en que el Ejecutivo se legitima como gobierno de la nación. Éste, en la práctica, para constituirse requiere de una mayoría parlamentaria que lo sustente y que le conserve la confianza obtenida a lo largo de todo el mandato.

Otro elemento esencial del régimen parlamentario es la posibilidad de que el gobierno disuelva de forma anticipada el parlamento o aquella Cámara cuya confianza es imprescindible para poder gobernar, ya que, aunque formalmente la facultad de disolver las Cámaras le corresponde al Jefe del Estado, la decisión política siempre es tomada por el gobierno. En el actual Estado de partidos la disolución anticipada no es más que el instrumento para que se pronuncie el cuerpo electoral en cuanto árbitro de todo proceso político.

A diferencia del régimen parlamentario, los sistemas presidencialistas *que imperan en toda América* se caracterizan por ser un ejemplo claro de separación rígida de los poderes constituidos. Las colonias inglesas, que se convertirían en los Estados Unidos de América, sí desarrollaron un auténtico proceso constituyente, con base en un criterio racional que creó una nueva forma de Estado. En Europa el régimen parlamentario se configuró al enfrentarse a la monarquía fortaleciendo al máximo al parlamento en cuanto órgano representante de la sociedad. De ahí la necesidad de hacer depender al gobierno de la confianza de la Cámara. Si no se separan rígidamente los poderes se debilita al parlamento y el monarca no tiene las manos libres para formar gobierno. En cambio, en las colonias americanas del norte y del sur la monarquía dejará de ser un punto de referencia para la organización del Estado y éste se organizará en forma de República, en la cual la soberanía popular constituirá un axioma político indiscutible. Así las cosas, sería necesario ordenar constitucionalmente los poderes de tal forma que se limite la primacía del poder legislativo que tiene un auténtico peligro de ser ejercido de forma

despótica por las mayorías, sobre las minorías parlamentarias. De ahí la necesidad de establecer un mecanismo rígido de división de poderes y de controles recíprocos que dificulten la formación de una mayoría estable y generalizada que ejerza el poder de forma tiránica.

Los rasgos característicos que permiten definir un sistema presidencialista son los siguientes:

- 1) El Poder Ejecutivo —Presidente y secretarios a quienes el primero nombra discrecionalmente— no procede del parlamento. El Presidente es elegido por el cuerpo electoral de forma autónoma y puede ser la expresión política de una mayoría distinta a la del Congreso.
- 2) Los secretarios o ministros no pueden pertenecer ni tener acceso a ninguna de las Cámaras.
- 3) El Presidente puede formular su programa legislativo de forma exclusivamente política. La traducción jurídica del mismo la lleva a cabo el Congreso cuando lo transforme en normas jurídicas que deben ser aprobadas en ambas Cámaras.
- 4) El Congreso no puede forzar la dimisión del Presidente ni de los ministros.
- 5) Cada uno de los poderes es independiente orgánica y funcionalmente. El Presidente puede vetar las decisiones del Congreso que necesita de mayoría cualificada para levantar dicho veto y, el Congreso, a su vez, y por distintas vías, puede impedir la actuación presidencial.

La “forma política” (art. 1.3) que consagra la Constitución española de 1978, vigente, es la “monarquía parlamentaria”. Esto significa que la Jefatura del Estado no es elegida sino que viene dada, puesto que es el rey quien personifica al Estado. La constitucionalización del actual régimen parlamentario español gira en torno a dos ideas fundamentales: a) la no intervención del monarca en las reglas del proceso político y b) la estabilidad gubernamental.

Desde un punto de vista jurídico la importancia de las Cortes deviene de su potestad para dictar normas que sólo están subordinadas a la Constitución. Pero desde un punto de vista político la relevancia del parlamento radica en su poder para investir y destituir al Presidente del gobierno, aunque formalmente sea el rey, en cuanto

Jefe del Estado, quien lo nombre y acepte su dimisión. En este proceso la única Cámara que interviene es el Congreso de los Diputados o Cámara baja, que así manifiesta su superioridad política respecto al Senado. De este modo, el constituyente español configuró un modelo de régimen parlamentario que podemos denominar “parlamentarismo racionalizado”, donde abundan las garantías, sobre todo para el gobierno: investidura del Presidente del gobierno, moción de censura, cuestión de confianza, disolución anticipada del Congreso o de las Cortes Generales.

VII

A lo largo de toda nuestra exposición hemos hecho hincapié en que en la actualidad hablar de Constitución, en cualquier país democrático, es hablar de la norma suprema de un Estado. Tal norma suprema nace con vocación de durar en el tiempo frente al carácter transitorio del que se dota a las leyes ordinarias. Frente a éstas la Constitución goza de un doble carácter de súper-ley: en sentido formal y en sentido material.

La superlegalidad formal pone de manifiesto la existencia de procedimientos especiales para la elaboración y las correspondientes modificaciones de las normas constitucionales. En cambio, la superlegalidad material significa que las leyes ordinarias deben respetar el conjunto de valores y límites que en la Constitución se señalan, así como el sistema formal de la producción de normas que en ella se establece.

Ahora bien, la supremacía de la Constitución será una mera hipótesis si no se fija el correspondiente sistema de garantías, entendiendo como tal al conjunto de mecanismos a través de los cuales se procede a la defensa de la Constitución. Éstos aparecen definidos por J. J. Faller como “el conjunto de instituciones y medidas con las cuales el Estado trata de guardar el ordenamiento constitucional frente a los peligros que lo amenazan desde dentro”. El precitado autor los agrupa en factores estructurales y factores coyunturales:

1) Por factores estructurales, calificados como defensa ordinaria de la Constitución, entendemos aquellos peligros que proceden del carácter y de la estructura de la propia Constitución.

Hacemos referencia a lo que la doctrina denomina como “defensa jurídica” y en ella enmarcamos tanto los sistemas de justicia constitucional, como los procedimientos de reforma de la Constitución.

2) Al hablar de factores coyunturales aludimos a aquellos que resultan de la situación política por la que en un momento determinado atraviesa la vida de un Estado. En este caso hablamos de “defensa política” de la Constitución, porque su objeto es velar por la supervivencia de un sistema político cuando la nación atraviesa por circunstancias de especial dificultad (Protección extraordinaria del Estado). Aquí podemos encuadrar no sólo los Estados excepcionales sino también la suspensión individual de garantías constitucionales.

La defensa ordinaria de la Constitución puede estar dotada de naturaleza política o de naturaleza jurídica. En el primer caso los encargados de proteger la Constitución son órganos que dependen del poder legislativo, como es el caso de la antigua URSS o del derecho histórico francés. En el segundo supuesto, los entes encargados de velar por la supremacía constitucional tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata de una tendencia alcista en el momento presente y como ejemplos podemos citar no sólo al caso español sino también el de todos los países de Hispanoamérica.

La garantía jurisdiccional de la Constitución también presenta variaciones y en este sentido hablamos de un sistema de *justicia constitucional difusa*, cuando son todos los jueces y tribunales ordinarios los encargados de controlar la adecuación de las leyes ordinarias a la Constitución. La función unificadora de la diversidad de criterios que el sistema permite la lleva a cabo el Tribunal Supremo o, en todo caso, el órgano que ocupe la cúpula del poder judicial. En consecuencia, no se establecen órganos especiales al efecto. El ejemplo por antonomasia es el caso de los Estados Unidos y el primer referente es la sentencia “Marbury versus Madison” pronunciada en 1803 por el juez Marshall. Este modelo hizo sentir su influencia en numerosos países de Hispanoamérica, sobre todo en aquellos que han configurado sus estados de acuerdo con estructuras federales.

Frente al sistema difuso americano, el austriaco Kelsen, a comienzos del siglo XX, ideó otro sistema de justicia constitucional *deno-*

minado concentrado en el que encomendó la defensa y garantía de la norma suprema a un órgano de naturaleza jurisdiccional, situado fuera del poder judicial. Ese órgano "*ad hoc*" recibe el nombre de Tribunal Constitucional y aparece reconocido en el marco de la Constitución. A él se le encomiendan tareas tales como el control de la constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales o la resolución de aquellos conflictos que se originan como consecuencia de la descentralización del poder político. El modelo creado por Kelsen se reconoció por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y, se extendió por Europa, consolidándose en las Leyes Supremas aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial. Aquí es referencia obligada el supuesto de la Constitución española de 1978 que dedica el Título IX a regular el Tribunal Constitucional como máximo intérprete constitucional y órgano de cierre de nuestro sistema jurídico-político. También algunas nuevas constituciones de Hispanoamérica han sufrido influencias de este modelo europeo y han optado por adoptar, con ciertas variaciones, algún órgano de esta naturaleza.

Actualmente es difícil encontrar "modelos puros" en su sentido original y la doctrina (entre otros Pegoraro) adopta la expresión de "modelos mixtos" para definir aquellos sistemas de justicia constitucional en los cuales concurren elementos del sistema europeo concentrado y del sistema difuso americano.

La defensa jurídica de la Constitución quedaría incompleta si no hiciésemos referencia a la institución de la Reforma en cuanto instrumento garantizador del principio de rigidez constitucional que surge en el momento revolucionario francés y asegura a la norma suprema una superlegalidad formal frente a las normas ordinarias. Fue Lord Bryce quien estableció la diferencia entre constituciones rígidas y flexibles. Las de carácter rígido, a diferencia de las flexibles, exigen para su aprobación y reforma procedimientos más agravados y difíciles de aquellos que se requieren para aprobar y modificar las leyes ordinarias. Esta diferencia ha pasado a ser histórica porque la totalidad de las constituciones actuales se dotan de un mayor o menor grado de rigidez. La Constitución española vigente dedica a este apartado el Título X, último de los que se contemplan en su articulado.

El fundamento jurídico de la reforma, en cuanto garantía constitucional, se encuentra en el hecho de que la norma suprema es elaborada por el Poder constituyente soberano que regula dentro de ella a

los poderes constituidos, entre los que se encuentra el poder legislativo encargado de elaborar las leyes ordinarias. También el poder soberano regula al poder constituyente constituido —Poder de reforma—, que será el encargado, en su día, de proceder a reformar la Constitución.

Se pretende evitar con ello que cualquier mayoría parlamentaria, sin tener en cuenta razones jurídicas, pueda proceder en cualquier momento a la reforma constitucional sin respetar la voluntad soberana del pueblo. No obstante, hablar del carácter rígido de las constituciones no significa dotarlas de carácter pétreo. Se deben configurar procedimientos de reforma lo suficientemente dificultosos para proteger a la Constitución de cambios innecesarios, pero que permitan proceder a ello siempre que su modificación sea políticamente conveniente y jurídicamente necesaria.

EL REENCUENTRO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO, A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

SUMARIO: I. *El Estado constitucional, su origen y justificación.* II. *La constitucionalidad, una nueva forma de entender a la Constitución.* III. *Los derechos humanos reencontrados por el Estado constitucional.* IV. *El Estado reencontrado por la filosofía de los derechos humanos.* V. *El vínculo, la Constitución.*

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, SU ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN

En su origen, la Constitución fue un documento escrito al que se le protegió con una especial rigidez, y que tenía por objeto fundamental la limitación al ejercicio del poder.¹ Con este mismo propósito se consagraron los derechos individuales y sus garantías que vinieron a

¹ La imposición de la autoridad real, lograda por los monarcas en las postrimerías del siglo XV, tuvo sus manifestaciones más logradas en los dos siglos posteriores. El poder político se concentró. El monarca asumió las prerrogativas de crear, administrar y aplicar la ley. Se proclamó instancia "soberana" y acudió a la religión, donde encuentra bases interpretativas para dar fundamento divino a su autoridad. No sólo estaba en la cúspide del Estado, sino que se identificaba con él. Luis XIV de Francia proclamó en el siglo XVII la divisa del absolutismo: "El Estado soy yo".

Lo que presenta en común el rechazo del absolutismo en Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia es la emergencia y demanda de participación política de la burguesía que se inició con movimientos armados y desembocó en sendos estatutos normativos. *Cfr. Las constituciones.* GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 2001, pp. 16 a 22.

significar una parte esencial dentro del texto constitucional.² Así quedó conformada la estructura básica de la Constitución y sobre ella se cimentó el Estado moderno, al que bien se le puede llamar Estado constitucional.

Se estableció un sistema que consistía fundamentalmente en un abstencionismo preferente por parte de la autoridad, con lo que se creaba una esfera jurídica amplia para los particulares, y se acotaba el campo de actuación de las autoridades. El señalamiento era claro, no importaba tanto que las autoridades (el Estado) actuaran bien, sino que había que evitar, a toda costa, que actuaran mal, que se sobrepasaran, la experiencia había sido muy cruenta y había que evitar la actuación nociva de las autoridades en contra del individuo y por ende del pueblo. La Constitución significó la defensa del particular frente a la autoridad, del individuo frente al poder.³

Para completar el sistema se consagró como principio constitucional fundamental el *principio de legalidad*, según el cual todas las autoridades deben actuar *secundum legem*, otorgándole con esto primacía de legitimidad a la ley. En este proceso, el sentido formal de la ley prevaleció sobre el sentido material. De esta manera los ámbitos de constitucionalidad y de legalidad quedaron amalgamados. Básicamente, se consideraba constitucional lo que era legal, pues finalmente por naturaleza la Constitución era (materialmente) una ley.

Paralelamente a este principio fundamental del Estado de Derecho, existía otro al que no se le suele reconocer la misma importancia, y que en ocasiones se le confunde con el de legalidad, pero que en realidad es exclusivo del nivel constitucional. Nos referimos al

² La Constitución francesa de 1791 aporta la distinción entre parte dogmática (derechos individuales, límites y obligaciones del poder estatal) y orgánica (estructura, atribuciones y relaciones entre poderes). Asimismo, las enmiendas de 1791 a la Constitución norteamericana de 1778 incorporaron los derechos fundamentales en la misma. Respecto a Latinoamérica, si bien las cartas constitucionales expedidas en la independencia de España, establecieron los derechos individuales clásicos inspirados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las leyes constitucionales latinoamericanas promulgadas durante el siglo XIX perfeccionaron dichos derechos clásicos e iniciaron el movimiento de regular los primeros instrumentos jurídicos para su tutela.

³ Este es el sentido de la opinión de algunos autores que fundaron el pensamiento constitucional del siglo XX; así Carl Schmitt considera que el ideal todavía hoy dominante de Constitución permanece igual, y se inspira particularmente en "la protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado". SCHMITT, Carl, *Teoría general de la Constitución*, p. 46.

principio de facultades explícitas, según el cual las autoridades constituidas no pueden actuar fuera de una facultad establecida expresa y directamente en la Constitución. Puede percibirse que no se confunde con el de legalidad, ya que el primero se desenvuelve en el plano constitucional, obligando a todas las autoridades, inclusive las legislativas; en cambio el principio de legalidad se ubica en el nivel de la ley ordinaria y no alcanza al órgano de poder legislativo.⁴

En este contexto puede entenderse la evolución que ha tenido la Constitución tanto en su significado como en su finalidad. Con el fin de lograr el objetivo primigenio —la limitación al ejercicio de poder— era necesario dotar a tal documento jurídico de un cariz político, de una fuerza metajurídica que lo hiciera indemne frente a la misma autoridad o frente a todas las fuerzas sociales de poder. De ahí el carácter mítico con que nació la Constitución.

De las dos partes fundamentales que conformaban la Constitución, la parte dogmática y la orgánica, ambas obedecían a la misma finalidad y por lo tanto se encontraban al mismo nivel de importancia, sin embargo, y leyendo los hechos con más detenimiento, podríamos concluir que en realidad, como posteriormente pudo experimentarse, era la parte de organización de los poderes, en conjunción con el principio de facultades explícitas y acotadas, la que venía a significar la verdadera transformación jurídica. La parte de los derechos

⁴ Esta distinción entre legalidad y constitucionalidad trae aparejadas múltiples consecuencias, entre otras el modo concreto de interrelación entre los poderes derivado del concepto mismo de soberanía. En Francia la Constitución precedió a la ley (la constitucionalidad a la legalidad), en cambio en el proceso de constitucionalización en América, la Constitución fue antes que la ley (la Constitución precedió a la ley). Hay que tomar en cuenta que los regímenes monárquicos se vivieron de una manera muy distinta en América, y apenas dejaron secuelas. En el pensamiento de Rousseau se descubre esta ausencia, al centrar su atención más en la ley que en la Constitución: "No hay libertad sin Ley que la proteja", tal y como lo vislumbró Rousseau, el principio de legalidad es, en efecto, completamente insustituible para asegurar el funcionamiento del Estado. Sin embargo, la constitucionalidad no fue vislumbrada por Rousseau: *La idea de Constitución como una norma superior (...) procede de dos fuentes concretas, la de Locke con su pacto social básico para asegurar la libertad, y la idea de un higher law, un derecho más alto, con claras raíces de derecho natural, capaz de prevalecer sobre las leyes ordinarias e, incluso, de erigirse en canon de validez de las mismas. Este concepto de Constitución no se recibirá en Europa (...), hasta esta segunda posguerra mundial, concretamente con las constituciones italiana y alemana de 1948 y 1949.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, p. 41.

individuales respondió en realidad al trasfondo filosófico de la época, y no tuvo, al menos en el inicio, la suficiente garantía de efectividad jurídica.⁵

De manera paradójica, y en un sentido contrario a lo que hemos apuntado, el proceso histórico de la evolución constitucional dio especial importancia a la declaración de los derechos individuales y sobre ellos creció toda una filosofía que sólo decayó frente al imponente crecimiento del Estado durante el siglo XIX.

Antes de proseguir es preciso señalar que un presupuesto necesario a cualquier análisis que se haga de la historia constitucional, es el considerar que en realidad la evolución de la Constitución no es sino parte de la transformación que en su conjunto ha sufrido el Estado.

Aunque en su origen el concepto de Constitución como límite al ejercicio del poder, servía de apoyo a la idea de un Estado de escasas dimensiones, el surgimiento de la revolución industrial, y la transformación del Estado-Político en Estado-Nación, trajo consigo un trastocamiento del concepto de Constitución.

Si nos remontamos a la evolución del Estado moderno, nos encontramos con que el concepto de *Welfare State* (Estado de Bienestar) comenzó a adquirir relevancia en los países en proceso de industrialización en Europa y Norteamérica, desde el momento en que el Estado comienza decididamente a intervenir en la sociedad a fin de corregir, tanto los desajustes económicos como las desigualdades sociales producidas por el capitalismo. El perfeccionamiento de los sistemas de seguridad social, el desarrollo de la tributación progresiva y la asunción de políticas fiscales y monetarias (acordes con el modelo keynesiano) contribuyeron a la consolidación de esta concepción.

La realidad de un Estado omnipresente, o al menos responsable de impulsar las diferentes áreas de actividad social, no se correspon-

⁵ Un hecho que demuestra lo anterior es que los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales, es decir los instrumentos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, aparecen posteriormente, de aquí que los derechos humanos consagrados en las constituciones fueron reconocidos pero no garantizados desde el punto de vista jurídico. En el caso de nuestro país, los derechos fundamentales se encuentran dispersos en la Constitución de Cádiz. La Constitución de 1836 fue la primera en nuestra historia constitucional en establecer derechos individuales, y no fue sino hasta 1847 cuando se estableció a nivel constitucional el juicio de amparo. Cfr. entre otros, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Porrúa, México, 1998.

día con el origen del Estado constitucional. Lo paradójico fue que, bajo la misma base de una Constitución dividida en aquellos dos grandes apartados primigenios, se construyera el sistema del Estado del Bienestar.

Por su parte el surgimiento del Estado-Nación se ha dado en el transcurso de un proceso histórico que se inició en la alta Edad Media y desembocó a mediados del siglo XX, en el modo de organización de la colectividad nacional que conocemos en la actualidad. La denominación de Estado-Nación enfatiza dos fenómenos: el desarrollo del sentimiento nacionalista con orientación política y el fin de la exclusividad política de la burguesía ante el surgimiento de "nuevas clases" y la mayor participación de éstas.⁶

Otro factor a tomar en cuenta fue que, como consecuencia de la convergencia de la ideología liberal-capitalista y de la primera Revolución Industrial, surgió un nuevo tipo de trabajador, el obrero industrial y una nueva clase trabajadora, el proletariado así denominado por Marx, el cual, debido sobre todo a la aplicación de los principios económicos y políticos del liberalismo, fue objeto de una superexplotación, que en muchos casos llegó a situaciones peores que la de la misma esclavitud. Esta situación trajo como consecuencia las luchas de la clase trabajadora y de otros movimientos políticos que cuestionaron fuertemente al sistema capitalista y al Estado liberal de derecho, al cual se le fueron introduciendo cambios que culminaron con el surgimiento de dos nuevos tipos o formas de Estado: el Estado socialista marxista y el Estado social de derecho.

El paso que se da hacia el Estado social de derecho, tal como se encuentra en el planteamiento de Ernesto Benda, incluye un nuevo concepto de Constitución, en el que se subraya la conexión del Estado con su sustrato social, y su íntima vinculación con los postulados sociales.⁷

Así tenemos que a la par de la evolución del Estado, la Constitución ha tenido que evolucionar también, a efecto de regular la realidad social y política de cada época.

⁶ Cfr. RENAN, Ernest, *Qué es una nación* (1882), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

⁷ Cfr. BENDA, Ernesto, "El Estado social de derecho", en *Manual de derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 487 y ss.

Hemos podido advertir una patente evolución en el significado y en la funcionalidad de la Constitución, de la misma forma resulta necesario profundizar, para distinguir si lo que ha sucedido es una transformación en el concepto de la Constitución, o si en realidad lo que se ha dado son meras adaptaciones constitucionales al papel que el Estado ha desempeñado en cada momento histórico. Este cuestionamiento nos permitirá estar en posibilidades de concluir en el papel que debe representar la Constitución en la actualidad, y su relación con los derechos humanos, en medio de un sinnúmero de transformaciones en el ser del Estado que se advierten recientemente.

El papel de la Constitución se encuentra en entredicho, y no de manera gratuita. La evolución del Estado moderno es lo que atraviesa una profunda crisis, sin embargo los términos del dilema no son entre tomar o abandonar el sistema del Estado constitucional, sino el de reencontrar el verdadero sentido de la Constitución, a fin de que ésta signifique en la vida de las sociedades y de sus miembros su verdadera protección. Para esto es indispensable volver sobre el concepto verdadero y genuino de Constitución.⁸

Este concepto se puede enfocar desde el ángulo de analizar lo propio, lo característico de una Constitución: su constitucionalidad. Es decir, definir aquella cualidad que hace que algo (una norma) pueda ser considerado como constitucional, esto es, aquellas características que le confieren a algo la cualidad de constitucional.

No puede soslayarse el hecho de que detrás del concepto de *constitucionalidad* no sólo existen datos formales, como puede ser el hecho de que una norma se encuentre dentro de la Constitución, ya que si ese fuera el único criterio, no habría posibilidad de distinguir entre Constitución y ley, o entre Constitución y cualquier otra norma jurí-

⁸ El dilema planteado es mencionado por algunos autores como la "*Política constitucional*", es decir la decisión de dirigir la Constitución hacia su verdadera finalidad, entre otros puede referirse la opinión de C. Hesse, quien afirma: *Los problemas esbozados (...) ponen de manifiesto que la concepción tradicional del Estado es tan difícilmente mantenible como una idea de Constitución orientada al modelo nacional al estilo de la antigua usanza. Partiendo de esta situación no sería correcto inferir el ocaso, o al menos una crisis del Estado constitucional. (...) La tarea de una política constitucional previsor, claramente concebida, que por ello se imponga de manera categórica...*", HESSE, Conrado, "Significado de los derechos fundamentales", en *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 15.

dica.⁹ La *constitucionalidad* es la ideología a partir de la cual se construye la Constitución y que se encuentra plasmada en una norma constitucional, ya que constitucionalidad e ideología no se confunden, sino que se participan.

El camino que ha seguido la evolución constitucional conforme al cual se percibe un apartamiento del formalismo jurídico cada vez más patente, ha permitido que surja una doctrina a favor del reconocimiento de la constitucionalidad de la Constitución, es decir de la existencia de un núcleo permanente y propio de todo ordenamiento constitucional, sin el cual no habría posibilidad de encontrar un hilo conductor en la vida constitucional de un Estado.¹⁰

Este afán de entresacar el sustrato más íntimo de la Constitución es justificable como una reacción ante los tropiezos y fracasos que ha sufrido el Estado constitucional, por un lado, y la misma necesidad de darle a la Constitución su verdadero significado. Podríamos, sin temor a errar, afirmar que éste debe ser el fruto más directo de la crisis por la que transita el Estado moderno, que es a la sazón un Estado constitucional.¹¹

⁹ En este punto quisiéramos referirnos a los razonamientos de Carlos Castillo Peraza (q.e.p.d.), quien con suma agudeza discernía lo constitucional formal de lo constitucional real: "*Me atrevo a sugerir que estar en tal o cual Constitución es sólo uno de los posibles modos de ser constitucional. Dicho de otra manera, utilizando la terminología y las categorías de Aristóteles, estar en la Constitución es ser constitucional en acto, lo que no descartaría que algo fuese constitucional en potencia, lo que equivale a decir que puede llegar a ser constitucional algo que no está en la Constitución*", CASTILLO PERAZA, Carlos, "Entre la energía y la dinámica", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 107.

¹⁰ CÓRDOVA, Arnaldo, establece que la Constitución es mucho más que una norma, 1999, "La transformación de la Constitución", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999; CASTILLO PERAZA, Carlos, considera que la constitucionalidad no implica necesariamente estar en la Constitución (formalmente), 2002, "Entre la energía y la dinámica", *ibid.*, p. 107; COSSÍO, José Ramón, considera que tratar de definir la constitucionalidad, únicamente en atención del aspecto formal de la Constitución, presenta como desventaja, entre otras, que no se explica la ideología que va a sustentar la noción de Constitución a efecto de traducir y hacer legítimo el modelo político a través de su juridificación, 2002, "Los supuestos de la constitucionalidad", *ibid.*, p. 164; CONCHA CANTÚ, Hugo, establece: "*al hablar de constitucionalidad no nos referimos únicamente a la norma fundante o norma suprema de todo el orden jurídico (...) sino a un fenómeno mucho más amplio que incluye el contexto sociopolítico en el que dicha norma se desenvuelve*". "Un diálogo constitucional: las condiciones políticas y jurídicas para una nueva constitucionalidad", *ibid.*, p. 113.

¹¹ Es también el sentido más pragmático el que lleva a postular la existencia de la constitucionalidad, ya que una Constitución que pierde su carácter se convierte en un instrumen-

Sin embargo, antes de entrar de lleno al análisis de este concepto, nos corresponde hacer algunas puntualizaciones más, sobre las que podamos apoyar los razonamientos posteriores, en concreto la presencia de los derechos humanos en el origen y justificación del Estado, tanto desde el punto de vista histórico como conceptual.

Ya hemos señalado que en un principio lo que se buscó con la existencia del Estado constitucional, fue la limitación al poder. Sin embargo, hasta este momento lo que realmente destacaba era la oposición entre organización estatal y los derechos humanos fundamentales, no aparecía por ningún lado el otro gran pilar de la razón de constitucionalidad, es decir la organización estatal como una forma de acotar el ejercicio del poder.

Fue posteriormente¹² cuando encontramos este segundo aspecto de la Constitución, y de manera subrayada: la organización del Estado derivada de la división de poderes, derivado de la necesidad de reservar a los particulares una esfera de actuación libre de la inter-

to inservible. Para algunos autores esto se denomina vigencia sociológica de la Constitución. "Hablar de constitucionalidad nos refiere, desde nuestro punto de vista, a la vigencia sociológica de la Constitución, aquello de si nuestro texto constitucional es o no normativo, es decir, si rige realmente la vida social. (...) La Constitución debe ser un instrumento útil y eficiente de regulación de la vida social; debemos conseguir que nuestra Constitución deje de ser nominal y se convierta en normativa", MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, "Hacia una nueva constitucionalidad o hacia una nueva Constitución", *idem*, pp. 226-268.

¹² "El experimento político realizado en Estados Unidos a fines del siglo XVIII buscó dividir el poder para asegurar que ningún grupo pudiera obtener tal parte que pudiera tiranizar al resto de la sociedad. Sólo en esto se siguió la tradición política clásica; su genio consistió en diseñar mecanismos de retroalimentación que mantuvieran un equilibrio dinámico —homeostasis— en la sociedad política y que éstos actuaran con transparencia. En el modelo norteamericano estos mecanismos para asegurar la homeostasis fueron: una constitución capaz de transformarse en el tiempo; la separación de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); la división del poder Legislativo en dos cuerpos con funciones, origen y términos diferentes; un poder Judicial descentralizado, con integrantes determinados por la ley o electos popularmente; la colaboración de los poderes en las funciones de gobierno; elecciones con términos fijos para la renovación del poder Legislativo; un mecanismo de control permanente y estable, la Suprema Corte, cuya función es evaluar la actuación de los otros mecanismos contra el plan constitucional, pero sin poder coactivo propio para hacer valer sus juicios; una variedad de jurisdicciones territoriales, estableciendo un ámbito federal y gobiernos y jurisdicciones locales y municipales (...) La Constitución norteamericana fue el modelo que adoptaron las constituciones mexicanas en su parte orgánica, incluyendo la separación de poderes y la unión federal", ÁLVAREZ, Norma y otros, Centro de Investigación para el Desarrollo, *Reforma del sistema político mexicano, condición para la modernización*, Diana, México, 1990.

vención estatal.¹³ Así, bajo estos supuestos, la Constitución se concibió como un sistema de pesos y contrapesos para limitar el poder gubernamental.

Asimismo, la Constitución actualizó el sistema democrático, a través fundamentalmente de la introducción, sin precedente en la historia, de una eficaz limitación de la actividad gubernamental por medio del derecho cuya elaboración debía corresponder a los mismos ciudadanos a través de la obra de sus representantes en el parlamento. Así, tenemos que efectivamente la Constitución se concibió como el medio idóneo para establecer un sistema democrático y asegurar su vigencia.

En un postrer momento, después del itinerario trágico que ha seguido la historia del Estado, la Constitución parece recobrar la función que se le correspondió en un principio: la defensa y salvaguarda de los derechos de la persona humana individual.¹⁴

¹³ La humanidad, a pesar de todos los privilegios que conlleva el estado de naturaleza, padece una condición de enfermedad mientras se encuentra en tal estado; y por eso se inclina a entrar en sociedad cuanto antes. Por eso sucede que son muy pocas las veces que encontramos grupos de hombres que viven continuamente en estado semejante. Pues los inconvenientes a los que están allí expuestos (inconvenientes que provienen del poder que tiene cada hombre para castigar las transgresiones de los otros) los llevan a buscar protección bajo las leyes establecidas del gobierno, a fin de procurar la conservación de su propiedad. Esto es lo que los hace estar tan deseosos de renunciar al poder de castigar que tiene cada uno, y de entregárselo a una sola persona para que lo ejerza entre ellos; esto es lo que los lleva a conducirse según las reglas que la comunidad, o aquellos que han sido por ellos autorizados para tal propósito, ha acordado. Y es aquí donde tenemos el derecho original del poder legislativo y del ejecutivo, así como el de los gobiernos de las sociedades mismas. LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, p. 127.

¹⁴ No resulta tautológico referirnos a la persona humana individual, toda vez que, por un lado la persona humana puede ser entendida colectiva o individualmente, por eso es preciso hacer mención expresa de su individualidad. Por otro lado, *Persona*, en nuestra cultura, se opone a *cosa* y a *animal*, aunque de distinto modo. En cuanto opuesto a cosas y a animales el término *persona* se aproxima al término *ser humano*. Sin embargo no se superpone con él: 1o. Porque existen, entre las creencias de nuestra cultura, y sobre todo en el lenguaje, personas *no humanas* (personas divinas: Padre, Hijo y Espíritu Santo:). 2o. Porque hay seres o cosas que son humanos, pero no son personales (por ejemplo el "hombre de Neanderthal" —nadie dice: "la persona de Neanderthal"— o bien una máquina, un mueble, y en general, la "cultura extrasomática", que es humana, "cultura humana", y no es personal). *Persona humana* añade algo no sólo a "persona" sino también a "humano". *El hombre recibe una determinación importante cuando se le considera como persona así como la persona recibe una determinación no menos importante cuando se la considera como humana*. Por tanto, no es lo mismo hombre que persona, como tampoco es lo mismo hombre que ciudadano. "Hombre" es un término más genérico o indeterminado, que linda con el

Como se puede apreciar, el proceso ha sido un recorrido circular, hemos llegado al mismo punto de partida del que arrancamos. Desde la declaración de los derechos universales en el siglo XVIII, hasta la presente revolución de los derechos humanos,¹⁵ habiendo atravesado un espacio donde la razón de ser de la Constitución dejó de ser la persona singular y concreta, y lo fueron las instituciones públicas las que ocuparon el objetivo fundamental.

De la siguiente manera podríamos presentar la órbita de este movimiento de traslación que ha seguido la Constitución: en un principio, la Constitución surge como un ordenamiento dirigido a la protección de los derechos individuales, en un segundo momento se erige como un sistema de distribución y equilibrio de poderes; en una tercera etapa aparece como la garantía última del sistema democrático; y por último —en esta etapa actual— estamos regresando al paradigma de los derechos humanos como tarea final del Estado constitucional.

Lo dicho en este último análisis, que no es más que un episodio en la evolución de las instituciones públicas, no debe soslayar la dramática realidad que subyace: las instituciones humanas se pueden volver en contra del ser humano que las crea.

“mundo zoológico” (decimos *hombre de las cavernas* pero sería ridículo decir *persona de las cavernas*); “persona” es un término más específico que tiene que ver con el “mundo civilizado” o, si se prefiere, con la constelación de los valores morales, éticos o jurídicos propios de este mundo. La misma etimología de la palabra persona demuestra que es un concepto sobreañadido al concepto de hombre. Un refrán de origen jurídico, también lo recuerda: *homo plures personas sustinet*, es decir, el hombre sostiene o desempeña muchas máscaras o papeles (un mismo hombre es empresario y delincuente, es padre y metalúrgico, etc.). “Persona” era, en efecto, la máscara o careta que usaban los actores de la tragedia para hablar —*per sonare*—. No decimos que los hombres actuales puedan no ser personas; decimos que cabe un concepto de hombre al margen del concepto de persona. En el derecho romano los esclavos eran hombres pero no eran personas. Lo que queremos subrayar es que aquellos juristas romanos que usaban el concepto de hombre lo disociaban del concepto de persona; de suerte que, históricamente, ocurre como si nuestro concepto actual de persona, como equivalente a hombre, fuese el resultado de una ampliación del concepto de persona a los esclavos. Según esto cabría decir que el concepto de persona apareció como resultado de un proceso vinculado a la liberación, al menos teórica, de los esclavos (o de los bárbaros) y no como un mero concepto abstracto, mental, intemporal. GARCÍA SIERRA PELAYO, *Diccionario filosófico*, Fundación Gustavo Buen, Oviedo, 2000, pp. 115-119.

¹⁵ Así se ha acuñado al movimiento actual en pro de la defensa de los derechos humanos, *cfr.* al respecto CAPPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, en *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM.

Por eso el reto es primeramente advertir las razones que dieron lugar a esa desviación, para posteriormente proponer la forma concreta de encadenar las instituciones a sus fines, sin permitir que sean utilizadas fraudulentamente. Cuando la organización estatal, o cualquiera de sus instituciones, no representa un beneficio para la persona individual, se está prostituyendo desde su mismo origen.

En este sentido cabe traer a colación el análisis hecho por el maestro González Uribe, quien entre muchas de sus virtudes, se distinguió por sus equilibrados y agudos análisis sobre el origen y justificación del Estado.¹⁶ Dentro de ellos destaca la apreciación sobre lo que debe entenderse por justificación del Estado, en ella —dice el autor— *se plantea la quaestio juris de por qué debe existir el Estado en el presente y para el futuro*, es decir que se deben entender dos momentos, destacando además que no se refiere al pasado. De aquí la importancia del planteamiento ya que se trata de dilucidar un asunto eminentemente práctico, e inclusive, como añade el mismo autor, *la pregunta clave del problema de la justificación estatal es: ¿por qué debe existir el Estado con su poder coactivo?* Evidentemente que las preguntas que hemos citado son de suma importancia, sin embargo lo realmente útil es analizar las respuestas, ya que en ellas veremos rastros indubitables de lo que ha sido nuestro planteamiento: *El Estado trata de realizar un valor general, que se identifica con los valores supremos de la persona humana, y un valor específico, que es el aseguramiento del derecho (...)* Desde el punto de vista general, el Estado debe existir, fundamentalmente, porque su necesidad está postulada por las exigencias mismas de la naturaleza humana (...) Desde el punto de vista específico el Estado tiende, en concreto, al aseguramiento del derecho. Pero no desde luego del derecho positivo simplemente, sino de los principios jurídicos, de carácter general, que fundamentan ese derecho positivo. Para rematar, termina diciendo: *Tal es, pues, la solución al problema de la justificación del Estado. A la pregunta, ¿por qué debe existir el Estado?, hemos contestado acudiendo a los supremos criterios valorativos que nos hablan del deber ser del Estado. No nos importa por qué ha existido el Estado en el pasado, sino por qué debe seguir existiendo en el presente y en el futuro. Y la solución está en adecuar*

¹⁶ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, México, 1986, pp. 490 y ss.

*los dos deberes del Estado. Cuando el Estado sea lo que debe ser entonces debe existir.*¹⁷

El objeto de haber hecho el repaso anterior ha sido con la finalidad de tratar de encontrar algunas pistas sobre el concepto de *constitucionalidad* desde la génesis misma de la Constitución, pasando a través de sus diferentes etapas históricas; sabiendo que uno de los métodos más probados para conocer la esencia de las cosas es precisamente el método dianoético es decir conocer las esencias pero en movimiento. Aplicado a la Constitución sería tanto como conocer lo que es la Constitución en lo que ha sido, más allá del deber ser o de lo que finalmente no ocurrió. Este será sin duda el presupuesto que nos permitiera señalar a la Constitución, en su genuinidad, como el vínculo definitivo entre Estado y derechos humanos.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD, UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA CONSTITUCIÓN

Todos los Estados, desde su nacimiento, hace más de dos siglos, han tenido una Constitución. Sin embargo no se puede afirmar de la misma manera que todos los Estados hayan sido constitucionales, así lo distingue Bravo Lira.¹⁸ El paso de Estados constitucionales meramente nominales, es decir Estados con una Constitución, a Estados constitucionales ha atravesado diversas etapas históricas. Hacemos uso de esta útil distinción porque es un auxiliar para descubrir el verdadero fondo de una Constitución. Este razonamiento hecho bajo un prisma histórico nos resulta sumamente valioso puesto que plantea perfectamente ambos extremos: Estado y Constitución como dos realidades separadas o Estado constitucional como dos realidades interdependientes.

El punto de separación no resulta fácil de identificar, pero sí las situaciones extremas: un Estado constitucional que se identifica con el paradigma del Estado de Derecho, y una organización estatal que se sirve de un texto constitucional para avasallar los derechos indivi-

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Cfr. BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811, 1991 (Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el nuevo mundo)*, Escuela Libre de Derecho, México, 1992, p. 7.

duales, son perfectamente diferenciables. Sin embargo, la línea media es menos clara: ¿cuándo un Estado es constitucional plenamente?¹⁹

No es el momento de abordar en todos sus términos esta cuestión pues nos llevaría a un análisis alejado del punto que nos corresponde tratar. Pero si nos es permitido enfrentar la interrogante: ¿si no toda Constitución nominal es una real y verdadera Constitución, qué es lo que la hace ser verdaderamente tal?

Debemos partir de la siguiente premisa: no es dable confundir a la Constitución con lo propio de la Constitución, que se le puede denominar "constitucionalidad". Lo hemos dicho en líneas anteriores, la Constitución siendo una sola realidad, puede entenderse desde su punto de vista formal, como el texto promulgado, o bien desde el punto de vista material, como el contenido de la Constitución. Pero aun cabe recordar que dentro del contenido existe una amplia gradualidad, el contenido son los artículos, pero también son las motivaciones y el origen mismo de estas disposiciones. Cuando se confunden estos niveles es cuando se dificulta lograr un análisis correcto.

En este respecto, la cuestión de los términos, y es por donde deseáramos iniciar, resulta muy importante. El término Constitución tiene su origen etimológico en los verbos latinos *statuere* que significa estatuir, instituir, fundar; y *stare* que significa estar, fundar. La raíz etimológica de los términos es siempre ilustrativa para tratar de encontrar el origen remoto de los conceptos, y en ese sentido es de muy amplia utilidad. Sin embargo, hay que admitir que la evolución de las lenguas vivas puede llevar a que un término cambie su significado, bien sea porque en su utilización se le fue variando, o bien porque la realidad que anteriormente significaba mutó y no así el vocablo. Nos parece que en el caso de la Constitución han sucedido ambas cosas. Por un lado, con el mismo concepto, Constitución, se han tratado de expresar diferentes realidades, o al menos la misma realidad esencial pero con variantes accidentales que ameritarían una

¹⁹ De acuerdo con Bernardino Bravo Lira, el criterio para medir la existencia de un Estado constitucional consiste en analizar el régimen de gobierno, es decir: "la dualidad gobierno-parlamento, sobre el cual debe fundarse un régimen, conforme a la división de poderes, postulado por el constitucionalismo clásico. Concretamente se pretende sujetar la gestión gubernativa a la regulación de un parlamento, al que se le atribuye la doble función de concurrir con el gobierno a la legislación y velar porque los actos del gobierno encuadren dentro de la legalidad", BRAVO LIRA, Bernardino, *op. cit.*, p. 15.

adaptación en los términos; y también, desde otro ángulo, la propia Constitución ha ido variando, y por lo tanto su significado.

El término Constitución, desde este punto de vista, es en términos muy generales, el ordenamiento fundante del Estado, que integra sus elementos y les dota de unidad. Partiendo de este concepto fundamentalmente semántico, debemos ir a la siguiente pregunta: ¿qué es lo constitucional?

De una forma muy sencilla podríamos comenzar con las posibles acepciones que puede tener el término constitucional: Constitucional, según el *Diccionario de la Real Academia*, significa: perteneciente o adicto a la Constitución. Como se ve, se trata del nombre adjetivado, constitución, constitucional. Pero también podría predicarse de aquello que está en la Constitución, lo que rápidamente nos llevaría a la pregunta de si realmente todo lo que está en la Constitución es constitucional, o si incluso podría haber algo no constitucional dentro de la Constitución. El último paso dentro de este razonamiento sería preguntarnos, si cabe plantearse la inconstitucionalidad de lo constitucional. Nos parece que este ejercicio de reflexión nos aporta una ayuda específica. Nos hace ver desde el punto de vista meramente semántico la diferencia entre estar en la Constitución y ser constitucional.

Sin embargo, el hecho de que no sea lo mismo estar en la Constitución que ser constitucional, hay que admitir que existe una presunción a favor de que lo que está en la Constitución *es* en principio constitucional.

Para continuar con el presente razonamiento, nos fijaremos un método de análisis. Partiendo de la premisa de que lo constitucional no es lo meramente formal de la Constitución,²⁰ podemos tratar de encontrar su esencia ya sea en el aspecto sociológico o bien en el ideológico, es decir, lo constitucional puede estar en el modo de ser concreto de una sociedad —con una raíz sociológica— o bien en el modo de pensar de una sociedad —con un cariz ideológico o cultural—.

Para iniciar con el planteamiento sociológico, quisiéramos hacer una breve advertencia: la vigencia sociológica del derecho, en lo ge-

²⁰ Emilio Rabasa le da el título de “el alma de la Constitución” a aquello que se denomina constitucional; así lo expresó en el seminario que se llevó a cabo en el auditorio Héctor Fix Zamudio, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, los días 2, 3 y 4 de febrero de 1999.

neral, es un planteamiento de la filosofía del derecho, y podríamos intentar traer a colación algunos de aquellos postulados, que nos ayuden a valorar la vigencia sociológica de la Constitución, sin embargo, consideramos que esto podría aparejarnos algunos inconvenientes, no porque estos postulados no sean aplicables, pues finalmente la Constitución se encuentra dentro del sistema normativo general, sino porque no nos conviene homologar los criterios de vigencia de las leyes con los de la Constitución, so pena de terminar confundiendo ley con Constitución, que si bien pueden resultar lo mismo desde el punto de vista sociológico, no lo son desde el punto de vista jurídico, y para efectos de análisis debemos respetar sus diferencias.

De entrada no somos amigos del término “*vigencia sociológica*”, pues la vigencia es un concepto de connotación estrictamente jurídica; de hecho, no es fácil encontrar uniformidad en cuanto a los términos para hablar de que una norma jurídica sea obedecida por la generalidad, pues eso es la validez sociológica de una norma. Algunos le llaman norma con positividad, otros hablan de eficacia, otros de facticidad,²¹ y finalmente, otros, de validez. Esta multiplicidad de acepciones nos hacen ver la poca claridad que existe en cuanto a los aspectos sociológicos de la aplicación de las normas.

Si bien una norma jurídica cualquiera debe tener resonancia social, aceptación, esto es mucho más acentuado tratándose de la Constitución, no por otra razón sino por su jerarquía, o mejor dicho, por su supremacía. La falta de respeto o aplicabilidad de la Constitución significa el desdén de todo el orden jurídico. Por esa razón se trata de un problema magnificado en sus dimensiones.

No obstante los problemas de terminología, en realidad hay bastante de razón al afirmar que la Constitución debe tener un reconocimiento social, y que esto se encuentra vinculado con la identificación que tiene la sociedad con su texto constitucional,²² y por lo mismo una norma con constitucionalidad sólo puede ser aquella que tenga

²¹ Siguiendo la terminología de Habermas, el dilema facticidad-validez no va más allá del contenido de la dualidad: realidad y norma, derecho y libertad: ser y deber ser. De la misma forma, resulta muy interesante el análisis de Robert Alexy, sobre el concepto de derecho, aportando una visión global del mismo, tanto en sus elementos principales (legalidad, eficacia y corrección material), como en sus elementos de validez (el sociológico, el ético y el jurídico), ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Gedisa, 1994.

²² MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, *op. cit.*, p. 265.

respeto por parte del pueblo. Si no admitiéramos esto caeríamos inmediatamente en el formalismo.

Sin embargo, el punto de vista sociológico nunca nos da la última respuesta: ¿por qué una norma constitucional es aceptada por el pueblo o por la sociedad en determinado momento histórico?, ¿en dónde radica el desprecio social por el contenido constitucional? Ese es un punto que no puede responderse con los datos y los métodos de la sociología jurídica. Solamente nos presenta el problema, con sus dimensiones y sus diversas manifestaciones, pero no nos dice por qué ha sucedido, ni, por lo tanto, qué soluciones caben.

Ya habíamos mencionado algunas posturas que pretenden basar el fondo de la validez sociológica en la misma aceptación social, es decir que no hay pregunta más allá; las normas deben ser aceptadas socialmente para ser normas, y en caso contrario hay que variar su contenido. Esta postura contractualista no puede llevarse, desde nuestro punto de vista al tema del origen del derecho, que es lo que pretenden estos autores, en este sentido; nos adherimos a la crítica que hace el profesor Carpintero, en el siguiente párrafo:

Las teorías del consenso, como las de Rawls o Habermas, pueden y deben ser exigidas en las decisiones políticas, en las que el gobernante ha de elegir una posibilidad entre otras, pero no pueden ser llevadas al origen del derecho, que ha de tener en cuenta la naturaleza de las cosas, es decir, lo que demandan objetivamente los problemas. En este sentido, como escribe Pedro Serna, citando a Klaus Hoffe: "el pluralismo no puede por sí solo garantizar su propio sentido; es únicamente una forma útil de organización de la libertad y de la justicia, pero en modo alguno suficiente".²³

Por lo anterior, y pasamos al análisis del contenido ideológico o cultural, en realidad la vigencia sociológica depende finalmente del contenido ideológico que tenga la Constitución. Esta ideología estará determinada por los valores —axiología— de la sociedad concreta, pero también por la intrínseca valía de los valores (*sic*) que proponga la misma Constitución.

Aspiraciones, valores, postulados fundamentales, son los términos que se utilizan para denominar ese contenido metajurídico que

²³ CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Ed. Actas, Madrid, 1993, p. 119.

debe tener toda norma constitucional, y que debe por tanto, representar en su conjunto la Constitución. La diferencia entre unos y otros no es del caso, y nos llevaría a campos ajenos a nuestra problemática, bastaría, además de señalar que efectivamente existen como respuesta final de la constitucionalidad que nos estamos planteando, con dar algunas de sus características.

La carga ideológica de una Constitución debe ser ante todo axiológica o estimativa, es decir debe plantear diferencias entre lo que es conveniente y lo que no, o lo que es lo mismo un deber ser social, que lógicamente se encuentra dentro de la cultura social y las tradiciones del pueblo de que hablemos.

Este es el verdadero sentido de la ideología constitucional, un criterio que norme las conductas sociales. Por otro lado, la ideología social es un conglomerado de principios que pueden ser tratados, así, en su conjunto, o bien separadamente. Tales principios son expresables en términos de conductas sociales y, por lo tanto, significan un parámetro para juzgar conforme a ellos. En el terreno de la ideología intervienen como causas, toda la historia de un pueblo desde su origen. En sus antecedentes se analizan desde su surgimiento, los valores que en cada época van regulando la vida social. Sin embargo, a pesar de que son valores traducibles en principios, nunca pueden dejar de ser generales, pues se trata sencillamente de principios, y éstos tienen por su naturaleza el ser generales.

Ante la pregunta de quién puede ser el portavoz o el intérprete de estos valores, caben muchas opciones e interpretaciones. Pero desde el punto de vista jurídico, la Constitución, que debe ser elaborada por un órgano constituyente *ad hoc*, es el documento donde deben recogerse, con número y letra, estos valores. Este es el gran papel de la Constitución. Por eso su naturaleza es muy diferente al de la ley, y de aquí derivan un sinnúmero de consecuencias jurídicas.

Si la Constitución es este documento que recoge y ordena los valores y principios, algunos utilizan el término *aspiraciones*, entonces la constitucionalidad será el carácter jurídico de esos principios. En este sentido aseveramos como lo hace Guastini: "*La constitucionalidad es pues en una palabra, la ideología a partir de la cual se construye la Constitución, se permite la aplicación significada o constante de las normas constitucionales y se determina, en buena medida, alguna de las dos maneras básicas de representación constitu-*

cional".²⁴ Es evidente que con esta aseveración no se agota el tema, ni se pulen todas las aristas que presenta esta concepción constitucional, pero nos plantea como primera tarea el modo de conseguir que efectivamente exista esa relación entre el contenido de la Constitución y los valores axiológicos de un pueblo.

Antes de poder referirnos a lo anterior resulta necesario atender algunas cuestiones. En primer lugar quisiéramos resaltar que una Constitución, no obstante su carga ideológica no deja de ser un texto jurídico y, por lo tanto, la estructura formal de un precepto constitucional debe ser el de una norma jurídica, y su estructura lógica la de un imperativo, atributivo hipotético. De otra forma no existiría diferencia entre una Constitución y una declaración de principios más o menos formal, o protegida con cierta obligatoriedad.²⁵

Un segundo punto sería el referente a la supremacía constitucional. Como principio del constitucionalismo, la supremacía, se ha planteado siempre como una consecuencia de la rigidez constitucional, extralimitando su aspecto formal, y dejando de lado, que la supremacía se deriva principalmente del contenido de las normas. Una forma de entender la supremacía constitucional, como se ha hecho hasta ahora, es como limitante para los órganos de autoridad, sin embargo esta visión es una concepción limitada y chata porque olvida el contenido propio de las normas constitucionales. La supremacía debe derivar de que la Constitución es base o fundamento de todas las demás normas, de la misma forma como lo es cualquier principio de sus propias consecuencias. Todos los ordenamientos, en materia, civil, mercantil, laboral, penal, administrativa, etc., deben tener sus principios rectores en la Constitución.²⁶

²⁴ GUASTINI, R., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 170.

²⁵ GUASTINI, Riccardo, al tratar sobre el contenido de las normas constitucionales, menciona el llamado Código de la Materia Constitucional, en el que deben quedar incluidas dentro de un texto, formulado en una lengua natural y expresivo de normas jurídicas, tres tipos de normas:

- Normas que confieren derechos de libertad.
- Normas que confieren poderes a los órganos.
- Normas de principio o programáticas.

Todas estas normas, y no solamente las últimas tienen una carga ideológica importante; *ibid.*, p. 167.

²⁶ La Constitución de un Estado, ahora que todo Estado es constitucional, tiene con sus pequeñas variantes, una serie de características que nos permiten hablar y entender lo mis-

De esta doble o distinta naturaleza se deriva la distinción que, entre otros autores, hacía Kelsen, sobre Constitución material y Constitución formal. La primera contiene los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. Sin embargo, el autor austriaco reconoce que en la Constitución formal de la mayoría de los países se introducen otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material.²⁷

De lo dicho en el párrafo anterior se derivan algunas consecuencias interesantes. Una de ellas es la referente a la reformabilidad de la Constitución. El procedimiento de reforma constitucional debe estar acorde con el contenido y la categoría ideológica de las normas constitucionales. Cuando esto no sucede, como en nuestro ordenamiento, la supremacía constitucional se convierte en un valor puramente formal, de modo que el órgano revisor de la Constitución no encuentra más límites a su labor de reforma que los de procedimiento.²⁸

De manera tangencial, y por tratarse de un punto sumamente controvertido, podemos mencionar que las reformas a la Constitución no pueden ser de la misma naturaleza que la elaboración propia de la Constitución, sencillamente porque mediante este planteamiento se terminaría vaciando a los preceptos constitucionales de su carga ideológica, por lo siguiente: el intérprete auténtico de la Constitución es el órgano judicial, a él le corresponde juzgar sobre la constitucionalidad, esto es perfectamente aplicable a las leyes, de forma que puede declarar leyes constitucionales o inconstitucionales, según su apego

mo sobre el concepto de Constitución. Entre las cosas que le atribuimos al concepto de constitución está precisamente la de su supremacía, es decir que se trata de un documento con especial jerarquía, una ley fundamental, una norma superior o un ordenamiento jurídico soberano. Los grandes tratadistas siempre la han revestido de esta supremacía y la consideran el acto más genuino de soberanía que puede realizar un pueblo. La supremacía constitucional no se ha discutido, y precisamente por ella se han legitimado el resto de los preceptos jurídicos que regulan la sociedad. Por esta razón, la Constitución no es sólo una fuente formal de normas jurídicas sino que es la razón de legitimidad del ordenamiento jurídico en el Estado actual. *Cfr.* SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *La supremacía constitucional puesta en entredicho*, Lex, p. 61.

²⁷ Sobre esta opinión de Hans Kelsen, a mayor abundamiento véase: FIX ZAMUDIO, Héctor, "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano, las leyes orgánicas", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, pp. 191 y ss; Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional*, Porrúa, México, 1986, cap. I, p. 29.

²⁸ Esta es la opinión del maestro FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

al contenido constitucional. Desde nuestro punto de vista el juicio de constitucionalidad debe recaer también sobre las reformas constitucionales, pues lo constitucional no solamente significa estar en la Constitución, sino que debe responder a una carga ideológica y deben existir en primer término mecanismos de reforma constitucional que aseguren esta realidad, así como instrumentos de control constitucional sobre los actos reformativos de la Constitución.²⁹

No pretendemos dar la respuesta final a estos intrincados cuestionamientos, pues entre otras cosas en nuestro sistema jurídico la Suprema Corte de Justicia hasta ahora ha sostenido el criterio contrario. La tesis se titula: *Constitución, todas sus normas tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional*.³⁰ A través del juicio de amparo se ha intentado, en pocas ocasiones, dejar sin efecto una reforma constitucional. Estos procedimientos que han sido conocidos en revisión por la Suprema Corte de Justicia han dado pie a que la Corte se pronuncie sobre diversos temas y conceptos, que resultan de suma trascendencia para nuestros propósitos: contenido de la Constitución, naturaleza del órgano revisor, qué es la Constitución, etc., con la plusvalía de referirse a nuestros antecedentes históricos concretos.

Sin embargo, el criterio hasta ahora ha sido explícitamente considerar que sólo puede impugnarse una reforma constitucional por vicios en el procedimiento de reforma, sin adentrarse en el contenido de las normas constitucionales.³¹

²⁹ Uno de los retos de todo Estado de Derecho es conseguir que la actividad de toda autoridad quede sometida a los mandatos de la Ley, incluyendo a las autoridades que llevan a cabo las reformas constitucionales, por lo que un sistema que establece una reforma constitucional ilimitada legalmente se puede considerar un sistema irresponsable, pues no habrá posibilidad de impugnar el contenido de las reformas, sea éste el que fuere. Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J., "Comentarios a la resolución de la Suprema Corte de Justicia en el amparo promovido por Manuel Camacho Solís en contra del procedimiento de reforma constitucional", *Ars Juris*, núm. 22, Universidad Panamericana, México, 1999, p. 437.

³⁰ En *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. V, primera parte, p. 17 y séptima época, vol. 39, primera parte, p. 22. Publicada en la obra *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia, 1993, t. II, C-E, p. 1174.

³¹ Cabe hacer notar que aunque no hayan prosperado dichas acciones, a través del juicio de amparo, y se haya denegado la protección de la justicia federal, el haber entrado al análisis del caso significa un gran avance por el hecho de que existe el reconocimiento de que el control constitucional sobre los actos de reforma a la Constitución sí procede. Desde nues-

Para concluir con este apartado, nos gustaría subrayar el carácter ideológico que tiene la Constitución. A este respecto, y ya hemos utilizado el término, podemos hablar de la concepción sustancial como una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos. La identidad material (axiológica) de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto de valores —o principios supremos— que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra Constitución, y en palabras del autor que más hemos seguido: *De lo anterior se sigue, entre otras cosas, que en ningún caso puede la reforma constitucional ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional*.³²

Por honestidad con el método que hemos empleado debemos reconocer que la conclusión a la que hasta ahora hemos llegado, al señalar que el contenido material de la Constitución es propio de ella, que no se encuentra de la misma manera en las demás leyes, y que este contenido está conformado fundamentalmente de un carácter ideológico, que corresponde a la sociedad en concreto y a su cultura, sin embargo, no hemos llegado al último punto, ya que en pri-

tro punto de vista y conforme a las ideas expuestas en este capítulo, la tendencia es irrefrenable, tarde o temprano se encontrará el modo de someter a control constitucional el contenido de las reformas constitucionales.

Esto lo afirmamos no obstante el último precedente habido y es el que se refiere a las controversias constitucionales presentadas por diversos municipios del país, en contra de los órganos que participaron de la reforma constitucional de los arts. 1o., 2o., 4o., en materia indígena. Como es ampliamente sabido la Suprema Corte de Justicia lo declaró improcedente ya que:

el artículo 105 del mismo ordenamiento, no prevé entre los sujetos que pueden ser parte de una controversia al órgano reformador que lleva a cabo ese procedimiento, ni tampoco los actos que realiza, por lo que no pueden ser revisados por la Suprema Corte de Justicia. Cfr. Semanario Judicial de la Federación, Controversia constitucional 48/2001.

Decimos que no obstante esta resolución y tomando en cuenta que fue aprobada con la mayoría de ocho votos, consideramos que la tendencia será la de que independientemente de la vía jurisdiccional de control constitucional que se intente (amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad), etc., se busque el mecanismo para poder revisar el procedimiento de la reforma constitucional, e inclusive el fondo.

³² Una cosa es reformar la constitución existente (en sus normas de detalle), sin alterar la identidad material o axiológica; otra cuestión es modificar el "espíritu" de la Constitución existente, o sea alterar, perturbar o subvertir los valores éticos políticos que la caracterizan. R. GUASTINI, *op. cit.*, supra nota 6, p. 174.

mer término la ideología social como concepto genérico requiere de una delimitación y, por otra parte, se trata de una realidad en pleno movimiento y transformación. Es por ello que no hemos llegado al final de nuestro camino. Sin embargo, sí estamos en posibilidad de recoger unas conclusiones preliminares:

- a) La Constitución como el instrumento jurídico sobre el que se ha fundado la creación del Estado de Derecho, ha mantenido con ciertos matices, su finalidad primigenia: limitar el ejercicio del poder estatal, sin embargo, son muchos las transformaciones que ha ido sufriendo a través de las diferentes etapas por las que ha atravesado. Estas transformaciones han sido tan drásticamente profundas que bajo el amparo de una misma Constitución se han producido fenómenos políticos y sistemas ideológicos totalmente contrapuestos.
- b) Esta experiencia obliga a retomar el concepto original para adecuarlo a la realidad del Estado en el despuntar del siglo XXI. El Estado disminuye paulatinamente su actividad, lo que da lugar a una creciente participación de la sociedad, que a su vez reclama una Constitución orientada a fomentar una organización menos formal y más viva.³³
- c) Resulta indispensable para lograr esa mayor sincronía entre la Constitución y la vida social, que aquella sea considerada como la norma rectora de la vida cultural de un pueblo, no sólo su reflejo, sino su directriz. El contenido de la Constitución, por ende, debe ser tal que consiga este objetivo fatal, de otro modo el Estado pierde su único fundamento.³⁴

³³ El término de *Constitución viva* que utiliza R. Guastini para referirse a la Constitución material, resulta de amplia utilidad, ya que hace referencia precisamente a la necesidad de obtener textos constitucionales que actúen en la realidad social: "A su vez la Constitución viva denota el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política". Cfr. GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 45.

³⁴ Con especial clarividencia C. Hesse nos refiere lo que él denomina las tareas fundamentales de la Constitución y se refiere fundamentalmente a dos: a) la formación y mantenimiento de la unidad política; y b) la creación y mantenimiento del ordenamiento jurídico. Sin embargo, su posición está muy alejada del concepto de unidad de Jellinek, la unidad es un valor a lograr y a mantener y para utilizar sus palabras: "Este éxito depende en último extremo del grado de adhesión que encuentre en el Estado. Depende de que sea sostenido,

- d) El contenido propio de la Constitución no es por tanto un algo meramente aleatorio o que se encuentre a expensas de la autoridad ni de los grupos influyentes. Este contenido debe tener forzosamente una carga ideológica que responda a la cultura de la sociedad respectiva, para entonces representar una fuerza directriz. Nos vamos a permitir citar un párrafo de C. Hesse en el que se concreta este punto en lo relativo a los derechos fundamentales: "La función que cumple la Constitución no sólo se aplica al Estado. En sentido amplio se necesita para toda la convivencia en comunidad dentro del territorio del Estado, que no sería posible sin el ordenamiento jurídico. Éste no constituye un fin en sí mismo, no se trata de ordenar por ordenar, lo importante es el contenido de dicho ordenamiento, debe ser el moralmente recto y por lo tanto legítimo (...) La función directriz de la Constitución consiste en asumir estos cánones —y sobre todo en los derechos fundamentales— dotarlos de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico".³⁵
- e) Existe por lo tanto un deber de hacer que el contenido constitucional responda a esta finalidad, y por lo mismo el de encontrar los mecanismos para evitar que la Constitución concluya siendo el reducto donde terminen anquilosándose todos los intereses parciales de grupos o facciones, o sencillamente el instrumento de soluciones a problemas coyunturales. Este es precisamente el sentido con el que en este trabajo se aborda el tema de los derechos fundamentales.

de que los ciudadanos se hagan responsable de él, y en su caso lo defiendan (...) Estas condiciones dependen de numerosos factores extrajurídicos, como la tradición, el nivel de conciencia política o los líderes. En una medida no determinable exactamente y creciente pero necesaria, también del derecho. Para efecto del propósito de nuestro análisis el modo como concluye este párrafo es contundente: Requiere de la conciliación de voluntades y para ello no requiere menos de que se configure el contenido del ordenamiento de modo tal, que encuentre la adhesión de las personas que han de vivir bajo el mismo. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales, en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal. También le corresponde, sigue diciendo el autor, la función de dirección jurídica, en la cual encuentra igualmente la relación con los derechos fundamentales. Cfr. HESSE, Conrado, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

³⁵ *Idem.*

III. LOS DERECHOS HUMANOS REENCONTRADOS POR EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Una vez hechos los planteamientos anteriores podemos proseguir en nuestro análisis y abordar más de lleno el planteamiento central de este ensayo: el reencuentro entre el Estado y los derechos humanos.

Partamos de la premisa ya expresada: por un lado hemos señalado que ambas realidades nacieron juntas y que su implicación era mutua. Los derechos humanos eran fin del Estado, y éste sólo podía funcionar como tal si respetaba en todo su significado, la individualidad del ser humano. Esto que parecía incuestionable desde su origen fue, sin embargo, desdibujándose hasta perder su verdadera ubicación, no porque se pusiera en entredicho la existencia de los derechos humanos como fin y centro del Estado, al menos no en los planteamientos de la teoría política, lo que sucedió fue que se trastocaron los principios de jerarquía, dándosele preeminencia y mayor importancia a la funcionalidad, a la operación de la estructura estatal, por encima de los derechos fundamentales, lo que trajo consigo la desprotección de la esfera jurídica del individuo.

El resultado fue que se relegó a la persona individual como consecuencia del crecimiento del Estado, es más, se podría decir que se propició una relación inversa entre el perfeccionamiento del aparato estatal y la protección de los derechos fundamentales. De aquí que en muchas ocasiones se haya vislumbrado una antinomia entre Estado y derechos humanos, o entre sus análogos: poder *versus* libertad, gobernabilidad *versus* representatividad. En líneas anteriores hemos aclarado que el término derechos humanos como tal no se utilizaba en el origen del Estado, o al menos no tenía la significación filosófico-jurídica que actualmente tiene, pero no obstante ello y considerando que se trataba de reconocer la dignidad y el valor de la persona individual, es perfectamente dable realizar la presente argumentación.

Por otra parte, ya nos hemos ocupado de recorrer el resto del devenir evolutivo que siguió este proceso, y cómo actualmente estamos viviendo el reencuentro entre el Estado y los derechos humanos, subrayando que éste no es gratuito sino que para llegar a él fue necesario atravesar un sinnúmero de fenómenos políticos, que avasallaron los derechos individuales en aras de los intereses públicos del Estado. No es el sitio para explicar las razones filosóficas que estuvieron

detrás de esta maximización del Estado, pero sin duda la corriente de hegemonía del poder estatal fue uno de los frutos concretos que produjo la entonces vigente corriente de pensamiento positivista.

Las denominadas teorías de desaparición del Estado³⁶ cundieron a raíz de los excesos a los que llevó esta visión del Estado, dando lugar a una integral incertidumbre de si el Estado sería a fin de cuentas la forma de organización social del futuro, capaz de asegurar la provisión de los bienes públicos fundamentales, como son los de la seguridad jurídica, los del respeto a la libertad, los de la impartición de justicia, y los de la paz entre las naciones. La duda estaba sembrada, y no gratuitamente. El siglo XX constituyó el siglo del fracaso del Estado, es decir del fracaso de la política.

Sin embargo, estas teorías, las de la desaparición del Estado, no prosperaron, principalmente porque el Estado mismo se transformó y entró en una dinámica de autorreconocimiento y de profunda redefinición sobre su origen y justificación. Este proceso, que por otra parte no parecía seguro, ni albergaba grandes garantías de éxito, continuó avanzando, hasta el grado de que la discusión ahora no versa sobre la desaparición del Estado, sino sobre la naturaleza de lo que se puede denominar el Estado social de derecho.³⁷

³⁶ La primera alusión a la desaparición del Estado, con Marx, se encuentra en la última página de la *Miseria de la filosofía*: "La clase trabajadora sustituirá, en el curso de su desarrollo, a la antigua sociedad civil, una asociación que excluirá las clases y su antagonismo, y no habrá más poder político propiamente dicho", MARX, K., *Miseria della filosofia*, Roma, Rinascita, 1950, p. 140.

En el decir de John Saxe-Fernández, la globalización es un fenómeno nuevo, homogéneo y homogeneizante que conduce a la democracia, el progreso y el bienestar universal; que acarrea la *desaparición progresiva del Estado*. SAXE-FERNÁNDEZ, John, "Globalización e imperialismo", en *Globalización: crítica a un paradigma*, coordinado por John Saxe-Fernández, México, UNAM, Plaza Janés, 1a. ed., 1999, pp. 10 y 11.

Asimismo se ha afirmado que la creciente difusión del poder y la búsqueda de un nuevo paradigma han impulsado dos perspectivas de naturaleza teórica: la llamada controversia entre neorrealistas y neoliberales, y la polémica entre quienes proclaman la *desaparición del Estado-Nación* y quienes aspiran al reacomodo de sus funciones. Cfr. POWELL, Robert, "Anarchy in International Relations Theory: The Neorealist-Neoliberal Debate", en *International Organization*, vol. 48, núm. 2, Spring, 1994, pp. 313-344.

Gramsci ha establecido que "el objetivo del Estado es su mismo fin, su misma desaparición, en otras palabras, la reabsorción de la sociedad política dentro de la sociedad civil", GRAMSCI, Antonio, *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Visor, Buenos Aires, 1971.

³⁷ Cfr. BENDA, Ernesto, *op. cit.*, p. 487.

No es momento —tampoco— de entrar a las distintas denominaciones que ha ido recibiendo esta nueva realidad estatal, y las mismas varían dependiendo del enfoque que se le quiera dar: una será desde el punto de vista del régimen de gobierno, otra es desde el ángulo constitucional, otra, finalmente, la que se aporte desde la visión de los derechos humanos. Sin embargo, lo que sí está claro es que el concepto de Estado se reabrió para llenarse de nuevos contenidos.³⁸

No obstante lo optimista que resulta el razonamiento anterior, es preciso mencionar que el nuevo replanteamiento del Estado no termina de enlazar todos los eslabones. Se sabe que el Estado formal de derecho no es garantía de un verdadero Estado de Derecho, con todo lo que ello implica, se sabe igualmente que todos juntos los mecanismos políticos ensayados, por más que se perfeccione la llamada *ingeniería constitucional*, no dan como resultado, al menos no siempre, ni en todos los lugares, un sistema de respeto a los derechos humanos; se sabe finalmente que todo lo hecho anteriormente, en los aspectos formales, no asegura que el Estado pueda cumplir con lo más básico y elemental: su fin. Lo que no se sabe es el cómo. Se sabe igualmente, que el Estado debe ser una institución orientada al bien común, se sabe que dentro de ese bien común se encuentran los valores fundamentales, como son la justicia, la seguridad y el orden, se sabe que el Estado debe propiciar mayor igualdad social, se sabe inclusive que cada Estado debe ser colaborador en la defensa del orden internacional. Lo que no se sabe es cómo darle plasticidad y permanencia a estos objetivos. No se acaba de definir el camino, aunque se sepa el fin.

Los autores se debaten tratando de dilucidar el *quid*, la quintaesencia del Estado, tratando de entresacar lo que verdaderamente es el

³⁸ Las grandes transformaciones del Estado moderno, sin embargo, se centran en el régimen democrático. En este sentido, al hacer mención de las transiciones democráticas que han variado la realidad estatal, podemos mencionar como transiciones, dependiendo de cada supuesto, al inicio del proceso de disolución del régimen autoritario, el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno a algún tipo de régimen autoritario o el surgimiento de una alternativa revolucionaria; el periodo entre el momento en que un régimen autoritario se desmorona y la instauración de la democracia pasa a formar parte de las perspectivas políticas; el término del régimen militar y consolidación de las instituciones jurídicas y políticas de la democracia representativa. Cfr. SIRVENT, Carlos, "Las transiciones democráticas", en *Ideas Políticas*, año 1, núm. 2, julio-agosto 1992, México, UNAM.

Estado, para entonces establecer el deber ser del Estado moderno. Es decir, que el trabajo que se realiza está orientado a depurar primeramente el concepto del Estado, y posteriormente definir las formas de hacer que el Estado sea lo que debe ser.

Es aquí donde aparecen los derechos humanos, y no como primera alternativa, sino como fruto de las más recientes pesquisas. En realidad el asunto parece bastante simple, ya que no se trata sino del mismo planteamiento original: el Estado se encuentra al servicio del ser humano, el Estado es un ser accidental y el ser humano un ente sustancial, y todo el resto de fraseo que se ha derivado de esta verdad fundamental. Sin embargo, la cuestión tiene algunas otras vertientes y vericuetos, ya que no se trata sencillamente de plantear esta relación de jerarquía sino de un nuevo postulado a favor de los derechos fundamentales.³⁹ Lo anterior quiere decir que no se trata sencillamente de recalcar la importancia de la parte dogmática de la Constitución, sino de conformar todo un sistema de reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos fundamentales. Lo que es lo mismo, hemos vuelto a las raíces, pero con conocimiento de causa.

Conforme a lo anterior, podemos colocar el siguiente texto de C. Hesse: "La función esencial de una Constitución consiste en asegurar los derechos fundamentales del hombre y la dignidad de la persona humana. Es el principio de la supremacía, que deriva de la Constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder público. El documento que no cumple esa función no puede ser considerado Constitución",⁴⁰ es decir que no es cuestión solamente de reconocer los derechos humanos fundamentales, sino de lograr la *más eficiente garantía de efectividad*, en este caso se subraya la supremacía constitucional, y la rigidez como garantía de esta protección, pero esta cuestión la trataremos en el siguiente apartado, nos basta con lo an-

³⁹ En todos los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. El ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, cuando menos, un déficit en su legitimidad de ejercicio. CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio*, Porrúa, México, 2001, p. 11.

⁴⁰ HESSE, Conrado, *op. cit.*, p. 5.

terior para recalcar que el Estado moderno ha seguido una evolución que lo ha derivado al punto de partida, al origen y justificación del Estado en el mismo ser humano.

IV. EL ESTADO REENCONTRADO POR LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Reconocemos que resulta un tanto extraño presentar el análisis del reencuentro entre los derechos humanos y el Estado, desde dos diferentes ángulos: el del Estado y el de los derechos humanos. Cuando menos puede parecer repetitivo. No obstante ello, en realidad es una forma conveniente de no dejar olvidado ningún aspecto importante, y enfatizar al mismo tiempo una realidad inobjetable, la dependencia recíproca entre los derechos humanos y el Estado.

Hemos elegido para el título de este epígrafe, el de la *filosofía de los derechos humanos*, y no en vano, ya que detrás de todo el movimiento universal en pro de estos derechos se ha desarrollado una auténtica filosofía, es decir una estructura de pensamiento completa, que pretende plantear, por decirlo así, toda la metafísica, la gnoseología, la cosmología y la historia de los derechos humanos. Se habla de filosofía de los derechos humanos, y en ello estamos de acuerdo, y se utiliza también el término de *revolución de los derechos humanos*, atendiendo a la fuerza cómo han cundido y se han posicionado estos conceptos.

Sea una filosofía, o también una revolución, hay que reconocer que esto ha sucedido en el ámbito del derecho internacional fundamentalmente, mucho más allá que en el ámbito del derecho constitucional, dicho de otra forma, en el devenir de las relaciones internacionales entre Estados, mucho más que en el curso de las relaciones políticas entre los órganos de poder de un Estado. Esta afirmación, que es a todas luces verdadera, nos lleva a planteamientos sumamente interesantes, ya que esto significa que el Estado moderno por sí no fue al encuentro de los derechos humanos, sino que éstos se cultivaron y desarrollaron en ámbitos transnacionales, allende las fronteras del Estado.

Lo anterior no quiere decir que entonces los derechos humanos y el Estado sean realidades ajenas, todo lo contrario, ya que de hecho el ámbito de las relaciones internacionales se verifica entre Estados, lo

que manifiesta es que cuando la realidad estatal se atrofia entonces impide el correcto desarrollo de los derechos humanos, su defensa y protección.

En este sentido es conveniente señalar que los derechos humanos y la democracia se han desarrollado a la par, lo anterior debido a que ambas realidades se esgrimieron históricamente en contra del orden público, porque éste estaba integrado y conformaba una parte esencial del Estado autoritario. Las formas de autoritarismo estatal fueron caldo de cultivo para que surgieran, en resistencia, los movimientos, pujantes, de la democracia y de los derechos humanos.

No muchas veces se identifica esta confluencia de los movimientos de derechos humanos y de democracia, y su paralelismo, sin embargo es algo bastante simple ya que provienen de una causa común, el atentado contra la libertad de las personas individuales. En algunas ocasiones se suele hablar incluso que la democracia es el clima más *ad hoc* para los derechos humanos, y en otra se suele llegar a afirmar que *la democracia es un derecho humano*.

No es nuestra intención zanjar la cuestión anterior, por la amplitud de la argumentación que nos llevaría, sino simplemente sentar que la democracia y los derechos humanos son dos caras de un mismo movimiento histórico, aunque conceptualmente se trate de realidades diferentes.

¿Cuál fue, pues, el camino que siguieron los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, y en qué punto se encuentra actualmente esta evolución?

Existe la necesidad de hacer alguna salvedad al respecto, ya que el cuestionamiento planteado no puede ser resuelto de manera unívoca; de hecho, la primera objeción al considerar que los derechos humanos se han desarrollado primordialmente en el ámbito internacional, se enfrenta al surgimiento de los medios de protección constitucional de las garantías individuales dentro de las primeras constituciones de los Estados, y que surgen precisamente con el individualismo que fue el motor para el surgimiento del Estado. Sin embargo, precisamente lo que queremos plantear ahora no es que los derechos humanos nunca hayan tenido acogida en la estructura estatal, antes al contrario, se puede decir que fueron su fuente de creación, sino el hecho de que *hasta hace algunos años en la mayoría de los países del mundo, se consideraban a los derechos humanos como un asunto domés-*

tico,⁴¹ un algo determinable absolutamente por el Estado, y que con ello los mismos —los derechos— sucumbieran, en múltiples experiencias, ante el crecimiento del Estado. De aquí que la verdadera salvaguarda de los derechos humanos se sostuviera en su internacionalización.⁴²

La internacionalización de los derechos humanos se originó con la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Tanto en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945), como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Francia, 1948), y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Bogotá), se encuentran reconocidos expresamente los derechos humanos, y *aunque dichos documentos no tuvieron un carácter vinculante representaron un significativo compromiso moral*.⁴³ Posteriormente, y con el fin de lograr mayor obligatoriedad a los instrumentos citados, se adoptaron y abrieron a ratificación otros tres documentos internacionales: el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el protocolo facultativo de este último. A lo anterior se suman los documentos regionales, a México lo involucran los del sistema interamericano de derechos humanos, pero como bien lo advierte el Dr. Héctor Fix Zamudio, quien es uno de los precursores de este sistema en México y en Latinoamérica, *se advierte una verdadera eclosión de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (declaraciones, convenciones, protocolos), llegando a la fecha a más de un centenar, que versan sobre tópicos, grupos y actividades de muy diversa índole*.⁴⁴

Podemos distinguir un movimiento intenso de internacionalización de los derechos humanos, que ha sido un punto de apoyo fundamental para el desarrollo de los mismos al interior de los Estados.

⁴¹ FIX ZAMUDIO, Héctor, VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 411.

⁴² "La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra (...) en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia (...) Como recuerda Bobbio, con la Declaración de 1948 se inicia una fase importante de la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación (...) A partir de la Declaración de 1948 los derechos dejaron de ser cuestión interna de incumbencia exclusiva de los Estados y saltaron por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales", CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, p. 15.

⁴³ FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁴ *Idem*, p. 412.

Este movimiento internacional ha desembocado en el reconocimiento de los derechos en lo particular, pero por otro lado ha derivado en la conformación de un sistema internacional de protección de estos derechos, tanto jurisdiccional como no jurisdiccional. De esa forma existe en el mundo moderno un verdadero sistema transnacional de protección de los derechos humanos.

Otro de los grandes descubrimientos en el desarrollo de los derechos humanos lo constituye la difusión de la figura sueca del *Ombudsman*, cuyos orígenes más remotos se sitúan en 1809.⁴⁵ A través de esta institución se logra distinguir la defensa judicial de los derechos humanos, de la defensa no judicial, y con ello también se subraya la diferente connotación y naturaleza que les corresponde a los derechos humanos, especialmente su carácter universal. Los derechos humanos son algo independiente de la actividad del legislador, pero obligan igualmente a las autoridades.

Esta figura recibió un nuevo impulso en 1968, con lo que se puede hablar de una segunda etapa en su desarrollo, a partir de que se fueron ampliando sus facultades y el alcance de sus resoluciones. Es preciso aclarar que esta institución no es internacional sino estadual, sin embargo, ha sido una de las influencias positivas de la experiencia comparada en derechos humanos.

Resulta paradójico que una de las notas fundamentales de este ombudsman, independientemente de las denominaciones que reciba o inclusive de su propia conformación, sea la de mantenerse independiente de los órganos de poder estatales, especialmente del órgano de poder ejecutivo, ya que esta independencia es el reflejo de que la amenaza latente a que se veían sometidos estos derechos, provenía especialmente del poder estatal. Los derechos humanos debían defenderse en contra del Estado, con lo que se creaba una relación bipolar (equivocada) entre dos realidades que debieron ser prácticamente una misma cosa: el Estado se confrontaba con los derechos humanos.

De ahí que la defensa y promoción de los derechos humanos se haya expresado históricamente con fuerza y validez, no como un mecanismo interno e inherente al Estado de Derecho, sino como una

⁴⁵ Aunque puedan inclusive relacionarse con el canciller de justicia creado por la Corona en el siglo XVIII, FIX ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, p. 353.

demanda y un compromiso impulsado por la sociedad y por la comunidad internacional, e impuesto al Estado.

Una vez dicho lo anterior cabe retomar el cuestionamiento planteado y volver sobre el momento que viven actualmente estos derechos en el ámbito estatal. Los derechos humanos siguen desarrollándose sin solución de continuidad en el ámbito internacional, en cambio en el ámbito interno-estatal, existen un sinnúmero de diferencias entre cada país, pero dentro de las cuales se puede advertir una nota común, la conciencia de que su defensa ha dejado de considerarse como un tema externo, meramente internacional, para convertirse en una de las funciones centrales del Estado, y uno de los pilares de su política gubernamental.

De este gran giro derivan consecuencias de gran envergadura, y que seguirán requiriendo de estudios y de adecuaciones, pero todas ellas benéficas en razón de que se orientan —finalmente— a la protección de estos derechos.

Una primera es conceptual⁴⁶ y consiste en pasar de considerar a los derechos humanos como un límite para el Estado, a un fin esencial.

La segunda consiste en la necesidad de reorientar el trabajo de los organismos de defensa de los derechos humanos hacia tareas de promoción y desarrollo en colaboración con las estructuras estatales, a la vez que se convierte en una institución más, dentro de todas las que actúan dentro de las fronteras estatales a favor de los derechos humanos. De igual manera deberán defender, en el sentido amplio del término, los derechos humanos: cada uno de los órganos de poder, los órganos constitucionales autónomos, y la misma sociedad civil. La diferencia entre cada uno versará en sus atribuciones y en los alcances de sus resoluciones.

Una tercera, y que deriva de esto último, consiste en subrayar la importancia de la defensa de los derechos humanos que realiza el órgano judicial (que debe dejar de ser un órgano que sirva al poder estatal, para convertirse en un órgano de defensa de los derechos humanos), así como el acento en las actividades de promoción de los derechos humanos tanto de los individuales como de los colectivos,

⁴⁶ De tal manera ha sido patente este cambio cultural, que ahora resultaría totalmente inapropiada la expresión de uno de los primeros Ombudsman en nuestro país: "Los derechos humanos son un contrapeso al Estado de Derecho".

que implican una prestación por parte del Estado (salud, vivienda, educación, medio ambiente, etcétera).

Para culminar este apartado, muy breve, de este conciso ensayo, nos queda rematar con una visión resumida cuál es la posición de los derechos humanos frente al Estado de Derecho moderno. Esto debe analizarse a la par de que se presenta la situación de los derechos humanos en el orden internacional, ya que no se puede perder de vista que lo que ha ocurrido en el derecho internacional no es un proceso acabado, está lejos de serlo, y se siguen presentando innumerables amenazas,⁴⁷ sin embargo, ya que este trabajo se orienta más al ámbito interno, deberemos conformarnos simplemente con señalar que efectivamente es aún muy largo el camino que recorrer para lograr la verdadera salvaguarda de los derechos humanos por el derecho internacional.⁴⁸

Lo que es preciso dejar sentado es que conceptualmente existe un reencuentro entre el Estado y los derechos humanos, y que esto ha sido paralelo al fortalecimiento de la democracia.⁴⁹ Evidentemente

⁴⁷ Al respecto recogemos un párrafo de Fabio Konder Comparato, en su análisis sobre los derechos humanos en el siglo XXI: "El reconocimiento de los derechos innatos de la persona humana fue extendiendo el respeto a su dignidad en todo el planeta. El éxito no era (es) seguro: la indignidad nazi y la amenaza de destrucción nuclear indican su fragilidad. El contemporáneo movimiento desestructurador de valores, instituciones y creencias parece indicar su mutación sistémica, grávida de posibilidades inciertas.

El desorden neoliberal (concentración tecnológica, globalización de la miseria y de la corrupción) genera amenazas maléficas, patentizadas en el hundimiento de los términos del intercambio y en la deuda externa desmanteladora de economías y sociedades subdesarrolladas.

La única potencia hegemónica desde 1989 rechaza la ratificación de las convenciones internacionales de protección de los derechos humanos: paralelamente al margen de la ONU, impone su poderío militar y financiero.

La muerte podría prevalecer sobre la vida; No ha sido, ni es, ni será así". KONDER COMPARATO, Fabio, *Los derechos humanos en el siglo XXI: vida o muerte de la civilización mundial*, en *Estudios de teoría política y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. III, p. 1680, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

⁴⁸ Otro punto es la vinculación entre el derecho internacional y el derecho interno; en este sentido, cabe hacer referencia a que el Estado mexicano en el ámbito internacional, ha asumido diversos compromisos internacionales que lo conminan a armonizar su legislación con las normas de derecho internacional aceptadas por el mismo.

⁴⁹ Del mismo autor, otra cita referente a las instituciones nacionales de los Estados: "En el plano de la organización política estatal, la protección de la persona humana impone el robustecimiento de la vida democrática, mediante la participación directa del pueblo en las grandes decisiones gubernamentales, como lo establece el artículo XXI de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, KONDER COMPARATO, op. cit., p. 1696.

este reencuentro aún adolece de muchas deficiencias en las propias estructuras estatales, pero precisamente por ello la tarea consiste, y este es el tema del siguiente apartado, en encontrar los puntos de vinculación y de salvaguarda.

Queremos cerrar el presente análisis con una afirmación de Conrado Hesse, que nos parece de especial clarividencia, ya que sale al paso de la dicotomía entre eficacia del poder estatal y derechos humanos, y a la misma nos adherimos plenamente: "(...) Lo propio vale para la crítica que se hace a tal evolución, puede resumirse en la idea de que el actual progreso de los derechos fundamentales se ha salido de las vías tradicionales ya probadas y, por ello, ha de debilitar, si no disolver al Estado. También el debate de actualidad se tropieza con la objeción de un exceso de libertad que tiene como secuela debilitar al Estado y hacerlo incapaz de enfrentarse a sus tareas. Ahora bien, derechos fundamentales y Estado fuerte no se excluyen recíprocamente; antes al contrario, son mutuamente dependientes. Ello se explica porque hacer efectivos y asegurar los derechos fundamentales está, bajo las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado. Una y otra tarea requieren de un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en condiciones de cumplir su misión. Tal fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato estatal de poder lo más eficaz posible cuanto del asentimiento libre de un número tan vasto como sea posible de ciudadanos a quienes importe lograrla, mantenerla y renovarla constantemente. Atañe a la capacidad de integración de los ciudadanos en el Estado y su ordenamiento jurídico. Si los derechos fundamentales, como es el caso bajo la Ley Fundamental, son las piedras angulares que legitiman ese orden, si aspiran a allanar el camino para el asentimiento libre, son entonces un factor decisivo para la existencia del Estado y del orden estatal, y el robustecimiento de los derechos fundamentales no puede redundar sino a favor del Estado".⁵⁰

V. EL VÍNCULO, LA CONSTITUCIÓN

El presente apartado no tiene otro objeto que unir las partes que ya han sido expuestas en este ensayo, no sólo los derechos humanos y

⁵⁰ HESSE, Conrado, *op. cit.*, p. 83.

el Estado, sino el vínculo, el punto de conexión, que sea a la vez puerta de entrada y no de salida, que enlace permanentemente a los derechos humanos con la estructura estatal.

Antes de referirnos a ello, quisiéramos plantear de manera más directa el problema que realmente se presenta. Lo que está en juego es el origen y justificación del Estado de Derecho, pero no en el terreno conceptual sino en su materialización. Parece ser un problema mucho más de ciencia política que de teoría del Estado, desde nuestro punto de vista es un problema que simultáneamente engloba interrogantes teóricas y prácticas, además de que nuestra propuesta se dirige más al campo del derecho constitucional.

Para lograr que el Estado de Derecho constituya un verdadero defensor del ser humano individual y de sus libertades se ha desarrollado una extensa doctrina del Estado y de su Constitución, de la que han derivado un sinnúmero de instituciones (división de órganos de poder, principio de facultades explícitas, el principio de legalidad, el control de constitucionalidad, las garantías individuales, las instituciones democráticas, los partidos políticos, etc.), confiando que de su integralidad y combinación se dé el resultado esperado. Como lo hemos expresado en líneas anteriores, esto no ha sido suficiente, y por lo mismo se ha redimensionado la vinculación de los derechos humanos fundamentales como fin del Estado. Sin embargo, la duda existencial permanece, cómo lograr que el Estado de Derecho incorpore dentro de su estructura estatal la defensa y promoción de los derechos humanos, sin que esto sea meramente una parte del programa de gobierno de un partido tal, o de la plataforma política, es más, sin que esto sea una decisión temporal o transitoria de la presión que ejerza una comunidad internacional.

El objetivo sería esencializar, encarnar a los derechos humanos en el Estado, de modo que funcionen como una misma realidad, y su salvaguarda sea parte de cualquier actividad estatal, y no simplemente la función de un órgano constitucional autónomo.⁵¹

⁵¹ Esto es parte de la transversalidad de los derechos humanos, es decir, se trata de permear toda la estructura de las instituciones públicas con el objeto de modificar las leyes, normas, políticas y presupuestos en materia de derechos humanos. Esto es, transformar e incorporar de forma sistemática a los derechos humanos en todas las prácticas y actividades del Estado mexicano.

Aquí es donde cabe nuestra propuesta, y como dijimos, no se trata de plantear diversos mecanismos para lograrlo, los que sin duda son cruciales, y sobre ellos podemos volver en otra oportunidad,⁵² en esta ocasión tendremos que obviarlos, para poder enfocar nuestras consideraciones hacia la constitucionalidad de la Constitución como una forma de vincular a los derechos humanos con el Estado.

Para lo anterior, nos serviremos de los conceptos ya vertidos, especialmente el de *constitucionalidad de la Constitución*, tratando de hacer ver, de destacar, sus implicaciones en la relación derechos humanos-instituciones estatales.

Lo primero a señalar, lo más inmediato, es tener presente que la Constitución es el documento que contiene las disposiciones fundamentales de un Estado, es el instrumento rector fundamental dentro de un Estado, y de aquí, por una deducción simple, que en ella se deban contener los postulados referentes a los asuntos más importantes de una sociedad, en este caso los derechos humanos. Sin embargo, este no es el enfoque que pretendemos darle a esta afirmación, quisiéramos ahondar más en la verdadera significación que le corresponde a la Constitución respecto a los derechos humanos, ya que finalmente lo que estamos replanteando es la tarea de la Constitución dentro de un Estado.

En el segundo apartado de este estudio apuntamos lo que significa la verdadera finalidad de una Constitución, y subrayamos el carácter axiológico, estimativo o aspiracional, que tiene (no sólo "*debe tener*") la Constitución, y que mientras mayor sea este su contenido, mayor será la garantía de su eficacia y aplicabilidad. Por el contrario, si el alejamiento entre la Constitución formal y la Constitución real, como se suele denominar, se amplía, entonces las posibilidades de que la vida social camine al margen de la Constitución son prácticamente

⁵² Por ejemplo otra cuestión que se ha discutido ampliamente, ha sido el modificar el artículo 133 de la Constitución para ampliar el reconocimiento de los derechos humanos contenidos en la misma, elevando a rango constitucional las normas protectoras de la persona humana contenidas en tratados internacionales de los que México es parte. De igual forma, entre otros, se habla de incorporar en el texto constitucional un reconocimiento de los derechos humanos como un concepto universal que se aplica de forma general y garantiza el goce efectivo, equitativo y no discriminatorio de todas las personas; así como alcanzar una verdadera independencia judicial y una integración de los tribunales a efecto de garantizar una correcta administración de justicia.

absolutas. La consecuencia que se deriva de lo anterior es el resquebrajamiento del Estado en su conjunto, por lo que se trata evidentemente de un asunto existencial.

Precisamente para salir al paso de lo anterior, es para lo que se desarrolla el concepto de *constitucionalidad*, con el objeto de contrarrestar el excesivo formalismo (o el creciente pragmatismo) con que se suele permear a la Constitución y, en cambio, devolverle su verdadera naturaleza, todo ello con el fin de lograr su plena vigencia.

Pese a lo anterior, es difícil advertir qué es en lo concreto esa constitucionalidad que debe tener toda Constitución, y más aún, cómo lograr que una Constitución sea verdaderamente *constitucional*. En este punto es en el que debemos colocar a los derechos humanos fundamentales.

Advertimos que no se trata de agotar el tema de la *constitucionalidad*, ni siquiera de abordarlo en todos sus términos y aspectos, sino el de relacionar los conceptos. La *constitucionalidad* de la Constitución es la parte más profunda de ella, que contiene finalmente lo que hace verdaderamente atendibles sus mandatos, digamos que es lo verdaderamente respetable de una Constitución, incluso sin contar con la imposición de la fuerza para su cumplimiento, entre esto y lo siguiente queda una brecha muy corta hacia los derechos humanos fundamentales. Digámoslo de la siguiente manera: en una sociedad puede haber un gran debate sobre las disposiciones que aumenten o disminuyan las facultades de los órganos de poder, o de los partidos políticos, o de los límites entre Estados, etc., pero no puede imaginarse oposición alguna a la ampliación de los derechos humanos y a su mayor garantía.

Los derechos humanos son parte de la constitucionalidad de una Constitución; una Constitución será más constitucional mientras mejor reconozca, garantice y proteja a los derechos humanos.

Quisiéramos salir al paso de una posible objeción que se nos podría hacer: nadie está cuestionando que los derechos humanos deben formar parte de una Constitución, se diría, y sin embargo, como lo dijimos en el primer apartado de este trabajo, en la evolución del Estado de Derecho moderno, los derechos individuales, aunque han tenido carta de naturalización, han sido una cuestión de segundo nivel, que ha quedado supeditada a otros valores de mayor importancia. No hay razón para repetir lo dicho en páginas anteriores, basta

con señalar que los derechos humanos no han sido suficientemente protegidos por el sistema constitucional del Estado de Derecho.

Ahora bien, el punto en cuestión no es solamente incluir a los derechos fundamentales dentro de la Constitución, sino el entender que estos derechos deben de incluirse más allá de ser límites a la actividad estatal, sino que deben constituir el postulado fundamental constitucional. En esto radica la relación entre derechos humanos y Constitución.

De la aseveración anterior se puede pasar al punto central de este análisis. Si la *constitucionalidad* de la Constitución es la propiedad que tiene ésta para ser un instrumento rector de la sociedad, y si esta *constitucionalidad* contiene dentro de sí a los derechos humanos, por ser fin y razón del Estado, entonces la Constitución, bajo este legítimo enfoque, debe ser el vínculo de reencuentro entre el Estado y los derechos humanos.

Con lo dicho en líneas anteriores, estamos acercándonos al fin de este trabajo, pero aún quisiéramos apoyarnos en el razonamiento que hace Marín Castán (2000), en términos muy similares a los que hemos utilizado en el curso de este ensayo, y que pueden ayudar a apuntalar nuestras conclusiones, no obstante que las referencias de esta autora están dirigidas en particular a la Constitución española de 1978, especialmente al artículo 1.1, que señala que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores supremos de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político. En opinión de esta autora "*el mencionado precepto es la norma fundamental de nuestro ordenamiento constitucional*",⁵³ pero no solamente eso sino que este precepto, *le otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del ordenamiento constitucional*.⁵⁴ El gran hito de este postulado no es solamente su carácter explícito, sino fundamentalmente su carácter axiológico, y en su decir, *no se encuentra en ningún otro texto constitucional de nuestro entorno*, además de que otorga a la Constitu-

⁵³ MARÍN CASTÁN, Marfa Luisa, "Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución", en *Estudios de teoría política y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. III, p. 1680, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 1727 y ss.

⁵⁴ *Idem*.

ción española, *una dimensión axiológica*. Hasta aquí el primer punto, lo restante es relacionar justamente esta dimensión axiológica con los derechos humanos. La dimensión axiológica de la Constitución, sigue diciendo esta autora, en este caso citando al maestro Peces Barba, *los valores superiores no se fundan sólo en el acuerdo entre ciudadanos, sino que precisamente este acuerdo recibe una determinada axiología*, con lo que se quiere subrayar la intangibilidad de la dignidad humana, que se encuentra detallada en los subsiguientes artículos de la Constitución referida.

El último paso en su análisis lo contiene en el siguiente párrafo: "*La función de legitimación y valoración crítica del ordenamiento jurídico-político y del ejercicio de los poderes públicos, toda vez que sólo dicho ordenamiento seguirá siendo legítimo, en tanto respete y tutele la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, y el ejercicio de cada uno de los poderes públicos se justificará en la medida que contribuya a garantizar la vigencia de dichos principios y valores*".⁵⁵

Efectivamente, el Estado es una creación humana, de su naturaleza sociopolítica, para salvaguardar los derechos humanos fundamentales, pero no se trata solamente de proteger con esto al Estado, de la crisis evolutiva a la que se encuentra sometido, sino de dar un paso definitivo y sólido para la salvaguarda de los derechos humanos, a través de redimensionar al Estado. Estamos dando otra oportunidad a la organización estatal para que sea efectivamente lo que debe ser, y esto tiene un camino concreto, la Constitución como documento fundante y rector de la sociedad.

Hemos de advertir, a manera de colofón, que el intento de haber descrito el recorrido que ha sufrido el Estado hasta llegar al punto mencionado, no es más que una manifestación más del desplome del formalismo jurídico y político, en el que se encontraron atrapadas las instituciones sociales y políticas, especialmente durante los siglos XIX y XX. En este sentido resulta laudable el impulso que, para este efecto, se le ha dado a la filosofía de los derechos humanos.

Lo que hemos dicho en este ensayo, dirigido a la organización estatal en su conjunto, puede ser particularmente aplicable a nuestro país, debido a la situación de cambio político y social por la que atraviesa. Más allá de las modificaciones políticas, inclusive las más es-

⁵⁵ *Idem*.

tructurales, que se han llevado a cabo en las últimas décadas en México, lo que verdaderamente se encuentra debajo de este devenir, es una transformación social, es decir un cambio en los principios culturales, por lo que es momento de trabajar en recoger de la manera más fidedigna posible, esta conciencia en las disposiciones de nuestra Constitución. En ello va nuestro afán.⁵⁶

⁵⁶ "La concurrencia entre la transición democrática y la transición en derechos humanos, que se da en México, no es gratuita ni inconveniente. Al contrario, ambas realidades se encuentran íntimamente ligadas, se implican y se retroalimentan. La transición democrática debe abreviar en el cauce de los derechos humanos y debe retornar a él. Los derechos humanos exigen como condición de existencia un clima democrático de respeto a las libertades. Es por ello, que el proceso de transformación que experimentamos es integral y radical". Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J., "Hacia una cultura de los derechos humanos", en *Derecho y Cultura*, núm. 7, Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, México, otoño 2002, p. 88.

MISCELÁNEA

BIENVENIDA AL PROF. PAOLO GROSSI*

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

Sr. Doctor Paolo Grossi, Director del Centro de Estudios para la Historia del Pensamiento Jurídico Moderno

Estimados profesores y alumnos:

Queremos darle la más cordial bienvenida a la Escuela Libre de Derecho. Estamos de plácemes, este es un día de fiesta para nuestra institución, dentro del marco, todavía, del XC aniversario de su fundación.

Somos una Escuela de tradición liberal, muy exigente, comprometida con la enseñanza del derecho, y ajena a todo credo político o religioso.

Reconocemos en usted a uno de los más importantes e independientes juristas europeos. Heredero del magisterio de Santi Romano y de la vocación intelectual de Francesco Calasso, así como continuador de la escuela de juristas italianos que han tenido una importantísima influencia en México. Su trascendental obra así lo confirma: director de la Facultad de Derecho de las universidades de Macerata y de Florencia, fundador del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, y de los afamados *Quaderni Fiorentini*; doctor honoris causa por las universidades de Frankfurt del Maine, Estocolmo, Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Sevilla y Lima.

Es para nosotros un honor y un gusto tenerlo esta mañana en la Libre de Derecho. Aquí es ampliamente conocido y leído, especialmente a través de su luminoso libro *El orden jurídico medieval* (lectura obligada desde que apareció en español, en 1996) y de su ensayo

* En la Escuela Libre de Derecho, el 24 de enero de 2003.

sobre el “absolutismo jurídico”, además de otras importantes obras como la *Historia del derecho de propiedad*.

Aunque sabemos que la distancia no es el mejor conducto para la auténtica función docente, entre usted y nuestros alumnos se ha enablado una relación de maestro y discípulos a distancia, a través de la lectura de sus libros y ensayos. Por fortuna, hoy, su generosidad —y la de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la del Centro Nacional de los Derechos Humanos— nos brinda la oportunidad para establecer el diálogo directo y personal con esos alumnos.

Con usted hemos aprendido el valor y el papel de los historiadores del derecho —esos “personajes incómodos para el poder”, como usted los ha calificado—, y el drama provocado por un absolutismo jurídico ajeno a la sociedad, a la historia y a los valores trascendentales del hombre.

En México y en América Latina este drama alcanza niveles dramáticos: si la culta Europa —Italia, Alemania, Holanda, Francia—, donde han existido una alta cultura y tradición jurídicas, no pudo resistir los excesos del poder y del formalismo legalista, imagínese los efectos de ese absolutismo en países como el nuestro donde dichas tradición y cultura son mínimas, y donde nuestros *iura propria* no fueron tomados en cuenta en el diseño del orden jurídico imperante, como tampoco nuestra compleja y singular realidad humana y social.

Llega usted a un país abrumado de legalidad y sediento de justicia; en un momento clave para nuestra historia y particularmente para la historia del derecho. El derecho, por desgracia, no parece ser la preocupación relevante de nuestro tiempo en México. Viene a un país donde la profesión del jurista cede paso cada vez con menos obstáculos al cálculo del economista y a las planeaciones eficientistas del politólogo; donde el derecho sigue siendo sinónimo de ley, y ésta, una burda encarnación del poder.

No puedo sino destacar el paralelismo que su visita guarda con la de don Rafael Altamira a nuestro país en 1910, quien vino a renovar la enseñanza del derecho en México y a enseñar el valor de la historia del derecho, del latín, del derecho canónico, y de los derechos indígenas, saberes entonces no cultivados ni por los juristas ni en las escuelas de derecho mexicanos. Entonces lo escucharon Miguel S. Macedo, Manuel Herrera y Lasso y otros muchos futuros maestros y alumnos fundadores de nuestra Escuela. La semilla cayó en tierra

fértil: dos años después se fundaba la Escuela Libre de Derecho, pionera de la enseñanza de la historia del derecho en México. Ininterrumpida enseñanza, donde han destacado personalidades de la talla de Toribio Esquivel Obregón, Javier de Cervantes, Íñigo Laviada, Francisco de Icaza, José Luis Soberanes, Jorge Adame y Martín Díaz, y brillado la labor fecunda y ejemplar de Edmundo O’Gorman, el máximo historiador mexicano del siglo XX. Ahora, su presencia en esta ocasión, auguro, servirá para renovar una vez más la ciencia del derecho en México. Es necesario que la Libre lo lleve a cabo; es nuestra responsabilidad como institución. Usted, sin saberlo, ya nos ha impulsado a ello: aquí están presentes sólo algunos de quienes en estos últimos años han recibido sus ideas y sus enseñanzas; hoy muchos ya son juristas y abogados comprometidos, que saben que la noble profesión del jurista es algo más, mucho más, que conocer las leyes vigentes.

Como puede apreciar, su caso es un buen ejemplo del valor de la transmisión de las ideas: se generan en un lugar —Florencia— y prenden y fructifican en latitudes —México— y en personas —nuestros alumnos— que jamás imaginamos ni sospechamos.

Sin duda sus palabras serán refrescantes y alentadoras, y nos permitirán renovar nuestro compromiso con la justicia y con el derecho; sabrán alentarnos para redoblar esfuerzos en nuestra tradicional exigencia de estudios, y para establecer una sana distancia con el poder, así como para llevar a cabo un cultivo más intenso de la ciencia jurídica. Nos recordarán nuestro papel de críticos e inconformes, y nos ayudarán a confiar en las posibilidades del trabajo de los juristas, dentro de ese taller sapiencial donde se interpreta a los hombres y a sus problemas con base en la realidad y con el auxilio de la sabiduría acumulada por el pensamiento jurídico occidental.

Bienvenido a ésta, que, más allá de toda retórica, es, en verdad, su casa.

IN MEMORIAM

JAVIER FERNÁNDEZ DEL CASTILLO SÁNCHEZ (1935-2003)

Casi a punto de cerrar esta edición, el 3 de septiembre, falleció en la Ciudad de México quien fuera por 18 años profesor en la Escuela Libre de Derecho, don Javier Fernández del Castillo, originario de la misma ciudad, donde nació el 8 de septiembre de 1935. Hijo de don Germán Fernández del Castillo, primer rector de la Escuela egresado de sus aulas (durante los periodos 1940-1942 y 1944-1949), cursó la secundaria y la preparatoria en el lasallista Colegio Cristóbal Colón y comenzó sus estudios de derecho en la Escuela Libre el año de 1955, interrumpiéndolos por algunos años por ingresar al seminario de los Misioneros del Espíritu Santo. Cuando finalmente decidió abandonar los estudios eclesiásticos, a los veintinueve años, reingresó a la Escuela en 1965, donde se tituló el 10 de marzo de 1967 con una tesis acerca de *La seguridad social en México*.

Su decidida vocación humanista lo llevó a impartir clases en las aulas de la Libre de Derecho, primero de Sociología y después de Filosofía del derecho, donde sustituyó a don Rafael Preciado Hernández, cuyas *Lecciones de filosofía del derecho* siguió puntualmente, como en su oportunidad había utilizado *El conocimiento de lo social y Humanismo trascendental y desarrollo* de don Isaac Guzmán Valdivia, textos que leímos y aprendimos sus alumnos de los cursos 1972-1973, en Sociología, y 1976-1977, en Filosofía del derecho.

Dedicado al ejercicio libre de su profesión y a la administración de empresas familiares, don Javier publicó poco pero bien: en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* —de cuyo Consejo Editorial formó parte durante dos años— publicó “El pensamiento de don Pedro Lascuráin respecto al derecho” (núm. 2, 1978, pp. 223-230); “El ministerio público. Su intervención en materia civil, familiar y mercantil” (núm. 8, t. 1, 1984, pp. 461-470), así como la semblanza de

su señor padre, "Germán Fernández del Castillo de Campo" (también en el núm. 8, t. 1, pp. 145-151). En 1987 presentó la segunda edición del libro de don Germán, *La propiedad y la expropiación en el derecho mexicano actual* (México, Escuela Libre de Derecho), y al momento de su muerte había terminado de recopilar y ordenar para su eventual publicación la obra publicada e inédita de su progenitor.

Maestro amable, sensible y cordial, conversador culto y ameno, don Javier Fernández del Castillo fue un profesor cristiano, conocedor de la filosofía perenne, y con un claro concepto acerca del derecho, vinculado necesariamente a la justicia, al bien y a la seguridad comunes de los miembros de una sociedad donde el hombre es el punto central de la reflexión jurídica. Como maestro fue justo, fue bueno y dejó huella. Descanse en paz.

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

RAFAEL MONTESINOS CASAS (1976-2003)

El pasado 20 de julio de 2003, en un lamentable accidente, falleció el señor licenciado don Rafael Montesinos Casas, profesor de nuestra Escuela. Nacido en 1976, su corta pero productiva existencia dio muestra siempre de un carácter jovial y emprendedor que lo impulsó, en la búsqueda de la justicia, a estudiar en nuestra Escuela, donde obtuvo su título profesional el 16 de mayo de 2000, con una tesis que denotaba sus convicciones y su capacidad de estudio y de reflexión. Al mismo tiempo, inició sus actividades profesionales incorporándose a la administración pública primero y luego a un prestigiado despacho, donde demostró la seriedad y agudeza de su criterio jurídico.

Rafael Montesinos quiso entrañablemente a la Escuela Libre de Derecho, uno de los *grandes amores de su vida*, según lo confesó en las dedicatorias de su tesis. Interesado por continuar en estrecha cercanía con su *alma mater*, su vocación de maestro fue aprovechada por las autoridades escolares confiándole inicialmente la impartición del Seminario de derecho procesal civil y después, la cátedra de Introducción a la investigación jurídica, en la que destacó por su entusiasmo y por su carácter. Si algún concepto sirviera para definirlo, sería la generosidad: signo de su vida, virtud distintiva, cualidad que todos sus amigos le reconocían. Paradójicamente, la generosidad fue la causa de que perdiera la vida, junto con la de su señora madre, doña María Guadalupe Casas de Montesinos, cuando de acuerdo con su compromiso de hacer el bien, quiso ayudar a quien requería de auxilio.

Pocos años vivió Rafael Montesinos, pero los vivió buenos e intensos. Testimonio de esta felicidad, que proporciona la verticalidad de una existencia honrada y promisoria, son las palabras expresadas

en su tesis, cuando ninguna sombra oscurecía su futuro ni nada hacía prever un fatal desenlace. No queda sino creer que Dios decidió llevarse a Rafael antes de que alguna tristeza enturbiara sus días:

*Gracias a la vida porque me ha permitido
disfrutarla apasionadamente.*

*Gracias por consentirme tanto,
gracias por hacerme tan dichoso y feliz.*

Pedro BARRERA ARDURA

DISCURSOS

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARIO A. BECERRA POCOROBA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2003-2004

Señores miembros de la Junta Directiva,
Señores exrectores de nuestra Escuela,
Señores profesores, alumnos y exalumnos,
Señoras y señores:

Sean ustedes bienvenidos a este inicio de cursos correspondiente al año lectivo 2003-2004.

Siempre he pensado que el inicio de cursos entraña un acto de renovación en el más amplio sentido de la palabra. Cada año, todos y cada uno de los que conformamos esta gran institución educativa renovamos todo el acervo de principios, prácticas e ideales que nos han sido legados por más de noventa años de historia. Es precisamente en este día, cuando tenemos la oportunidad de hacer también una renovación de voluntad, con el objetivo de asumir de la mejor manera las responsabilidades que a cada quien competen, por enseñar, por aprender, por estudiar.

Pero todo ello carecería de sentido si no fuera porque el principal esfuerzo de renovación se encuentra en el ánimo por ser cada vez mejores. El prestigio de nuestra institución nos conmina a seguir un solo camino: el del esfuerzo diario, constante, dedicado, comprometido en lograr ser dignos hijos de la mejor escuela de derecho de nuestro país, hijos de la Escuela Libre de Derecho.

En el año en curso, este acto se constituye como el escenario ideal para atestiguar ahora la renovación de las instalaciones de nuestra Escuela. Desde que tomé posesión del honroso cargo que hoy ostento,

me propuse acometer una serie de reformas dirigidas a modernizar y optimizar en la medida de lo posible todos y cada uno de los elementos indispensables para que nuestra Escuela logre de la mejor manera el noble fin por el que fue concebida: la enseñanza del derecho.

Con el apoyo invaluable de la Junta General de Profesores, órgano máximo de gobierno de nuestra escuela, ha sido posible la consecución de modernizar y acondicionar todas sus instalaciones materiales, lo que, aunado a la reciente modernización de la biblioteca, completa una obra necesaria para que la Libre proporcione un ambiente propicio y apto para que nuestros alumnos emprendan sus estudios con una nueva mentalidad.

Así es, estimados alumnos. Hoy más que nunca este esfuerzo institucional debe venir acompañado con la asunción de un compromiso por realizar el mayor de los esfuerzos en el estudio, en la disciplina con la que deben acometer la oportunidad que les brinda el estudio de su carrera. Deben ser conscientes que el prestigio y la calidad profesional sólo se logran a través del sacrificio y el esfuerzo. Pueden estar seguros que esos principios básicos acompañan desde siempre a los egresados de nuestra Escuela.

Adicionalmente, quiero señalar que estamos trabajando arduamente con el fin de lograr el fortalecimiento y la actualización de nuestro plan de estudios. Tal labor, por supuesto, tendrá como punto de partida el plan de estudios vigente, que ha probado ser una guía excelente en la formación de nuestros abogados. Sin embargo, para nadie es ajeno el hecho de que los grandes cambios que se han dado en el mundo globalizado hacen necesario un replanteamiento de los contenidos de algunas materias y, por otra parte, la adición de algunas otras que no se incluyen actualmente.

Este intenso trabajo de reformas que enfrentamos es una muestra de que la Escuela está viva, sensible ante las necesidades de los tiempos en los que vive y se desarrolla. Entiéndase que el peso de la tradición nunca ha sido un obstáculo, sino la única guía sobre la que la Libre debe forjar su futuro.

A los jóvenes alumnos de nuevo ingreso quiero decirles que sean pacientes, pero a la vez perseverantes. Próximamente empezarán a darse cuenta de lo mucho que significa esta Escuela, nuestra Escuela. Muy pronto la irán queriendo profundamente, entrañablemente, como lo hacemos quienes hoy somos sus orgullosos hijos. Recuer-

den que el único requisito que esta institución les solicita es orden y disciplina, compromiso y responsabilidad. No es muy difícil lograrlo, sólo se requiere voluntad, el ánimo de querer destacar en este mundo tan competido y donde los abogados estamos llamados a participar en el reordenamiento de nuestras sociedades.

Por último, reitero ante ustedes una vez más mi absoluta disposición al diálogo. Las puertas de la rectoría estarán abiertas sin excepción, como desde el primer día que asumí el rectorado. Soy un convencido de que sólo la apertura y la pluralidad de ideas pueden conducir a una comunidad como la nuestra. Nuestra cultura cívica, además, no deja otro camino y hay que transitarlo con convicción.

Nuestra Escuela debe seguir siendo un ámbito de respeto y tolerancia. Así lo ha sido por más de noventa años y hoy es un gran día para recordarlo. Para trabajar juntos, para que la Escuela Libre de Derecho viva por muchos años más.

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON CECILIO
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, PROFESOR DE LA ESCUELA
LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2003-2004

Muy estimado señor Rector, licenciado Mario Becerra Pocoroba,
Señores miembros de la Junta Directiva,
Señor Secretario General, licenciado Pedro Barrera Ardura,
Profesores y alumnos de nuestra Escuela,
Señoras y señores:

Es para mí un honor dar la bienvenida, en el inicio de cursos del año lectivo 2003-2004, a la comunidad académica en general, a los alumnos, especialmente de nuevo ingreso, a esta nuestra querida y reconocida Escuela Libre de Derecho. Les deseo a todos el mayor de los éxitos en la institución, así como un horizonte de propósitos cumplidos en la vida personal.

Para maestros y alumnos es siempre un motivo de gozo comenzar un año más de gestión y formación académicas, no sólo porque constituye una muestra clara de progreso, de madurez y renovación personal y profesional, sino porque representa el ciclo de la vida, la rueda de la germinación, donde somos los que estuvieron ayer y somos también los que ahora estamos. Incesantemente. Como la historia, así es cada inicio de año, cada clase que comenzamos, cada curso y cada tema, cada alumno y cada uno de sus maestros, como *La Odisea* de Homero, donde encontramos y encontraremos algo distinto cada vez que la abrimos.

En este inicio de año los invito a descubrir esta Casa de Estudios más allá de sus aulas. A encontrarnos con lo nuevo que nos depara día con día. Los invito a estudiar, a fondo, a practicar el lenguaje sin

Logos de los aprendices y la lengua culta de los que han dedicado una vida a enriquecer el acervo determinante de las materias que nos ocupan. Los invito a devorar bibliografía, libros y libros, sin olvidar que la palabra “Ley” se escribe sola, se escribe con el peligro, con la verdad terrible de cada cosa, con su esencia que es la justicia.

Hoy, coincidentemente, junto con el inicio del año lectivo 2003-2004, reinauguramos las instalaciones de la Escuela, fruto de la inteligencia y dedicación generosa de voluntades y talentos. Resultado de la previsión y administración eficiente de la Junta Directiva encabezada por nuestro querido y distinguido Rector, licenciado Mario Becerra Pocoroba. Tengo la convicción de que este renovado edificio, hoy de primer mundo, será un estímulo adicional a la hora de impartir y recibir las cátedras de derecho, que son la razón de ser de nuestra Escuela. Entre una y otra construcción —la de la Escuela y la del alma de sus estudiantes—, habremos de contribuir a forjar juntos un destino mejor para el México de nuestro tiempo, atenazado entre la realidad de sus instituciones fundamentales y el anhelo de incorporar en su seno el espíritu de la ley.

Sin duda, vivimos circunstancias difíciles y complejas en el mundo globalizado. Muchas veces desalentadoras, porque el lado oscuro de la vida laboral, social y política no abre la oportunidad de asomarnos con algún grado de certidumbre a la salida del laberinto. Es ésta la realidad para miles de millones de personas en el mundo. Pero así también es una realidad que la ley y el espíritu de la ley pueden llegar a ser, como se dice, el hilo de la fábula. El hilo que Ariadna dejó en la mano de Teseo para que éste ahondara en el laberinto y encontrara la salida.

Es cierto, sin embargo, que hoy parece como si el hilo se hubiese perdido y ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto o un caos azaroso. Mas nuestro deber consiste en encontrar el hilo —para eso estamos aquí en esta Casa de Estudios— y no daremos con él a menos que perseveremos en las palabras que se llaman ética, filosofía y derecho, de la mano con el ir y venir de las civilizaciones.

Con un acervo ya importante en estas materias inician muchos de ustedes su carrera profesional en nuestra institución. Y lo hacen, seguramente, convencidos de la solidez que ella representa, orgullosos de su prestigio y la excelencia que ha cultivado a lo largo de su fecunda historia, animados por la inteligencia y el amor que ha puesto

en sus empeños una pléyade de distinguidos maestros y alumnos que nos han precedido. Hoy es nuestro deber también continuar su obra con entusiasmo, compromiso y dignidad. Digamos en su homenaje que si alguna vez soñaron que alguien podría soñarlos, ese alguien somos nosotros que hoy invocamos sus nombres con reconocimiento y gratitud.

Permítanme, por último, algunas sugerencias a manera de conclusiones:

Primera:

Empezar cualquier tarea, grande o pequeña en la vida, con un fin claro en la mente. Digamos: con objetivos a corto, mediano y largo plazos, puesto que todo triunfo que se alcanza empieza siempre como un proyecto a realizar.

Metas ambiciosas, sustantivas y trascendentes. Sin olvidar que la fórmula que dice: “querer es poder”, no significa pasar por alto el esfuerzo inteligente, el conocimiento preciso, la dedicación constante y una planeación eficaz.

Segunda:

Recordar que todo trabajo lleva al calce la firma con nuestros nombres y apellidos. Lo cual, lejos de ser un acto decorativo, constituye el sello que ha de caracterizar lo que está bien hecho, garantizado porque está hecho por la persona cuyo nombre se encuentra al calce. Hablo en este caso de compromiso con la tarea emprendida. De donde nace lo que llamamos aportación al prestigio de nuestra Escuela, fincada en una impronta insustituible por lo que tiene de original, inédita y personal.

Tercera:

Aprender y comprender, armados con el arte de escuchar, profundizando y cultivando la razón, el libre juego de las ideas y la pasión por lo concreto. Al cabo, nos espera siempre una tarea práctica: contribuir a la reestructuración del tejido social, lastimado por las formas diversas que asume la degradación política y moral.

— Aprender y comprender el vasto universo del derecho, doctrinas y decisiones (tesis y jurisprudencias). Aprender y comprender el juicio crítico y bien fundado, para consolidar lo que contribuye a fortalecer la convivencia social, así como para superar sus debilidades.

— Aprender y comprender en el trabajo compartido de alumnos y maestros, en la sinergia virtuosa del estudio y la reflexión de cara a las necesidades de justicia de la gente.

Y por favor, no le copien a nadie. Sean ustedes mismos. Cada uno, con su vocación abierta para escribir en persa, en sánscrito o en arameo, cada uno con su griego a medio aprender o su latín todavía borroso. Por fortuna, aquí llegamos inacabados, dispuestos a trabajar con la humildad de la piedra, a poner amor y más amor en la tarea emprendida. Al fin que a esto vino el hombre al mundo, a inscribirse en el número de los justos de acuerdo con la ley.

DISCURSO DEL ALUMNO JULIO CÉSAR
LÓPEZ LÓPEZ, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD
DE ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2003-2004

Honorable Junta Directiva,
Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho, don Mario Alberto
Becerra Pocaroba,
Señor Secretario, don Pedro Barrera Ardura,
Maestros, alumnos de la Escuela Libre de Derecho:

Es un gran privilegio estar hoy frente a ustedes en el inicio de un nuevo curso escolar, deseando que éste sea aún más gratificante que los anteriores.

Ser parte de la generación que ha vivido la recimentación y remodelación de esta, nuestra Escuela, me llena de gran orgullo y satisfacción, y más orgullo es saber que este mismo sentimiento invade a todos los que integramos nuestra querida Escuela, nuestra Escuela Libre de Derecho. A todos aquellos que lo hacen posible, gracias.

No cabe duda que estamos inmersos en un mundo dinámico y fugaz, en donde encontramos al ser humano siempre en busca de un fin trascendente este ser humano vive y actúa de manera precipitada, sin un rumbo fijo y la mayoría de las veces, esta clase de hombre jamás encuentra el tan anhelado fin. Nosotros debemos sentirnos sumamente afortunados pues somos parte de una institución que desde que se creó, ha tenido un muy noble y trascendente fin: la formación de hombres y mujeres, no solamente con conocimientos de derecho, sino también y sobre todo con un profundo sentido de honor y de la búsqueda de la justicia, mismo fin que se ha alcan-

zado con sacrificio, disciplina y dedicación a través ya de noventa y un años.

En virtud de que el cambio quizá sea lo único estático, lo único inmóvil, y que quien no muta buscando avanzar en la cadena evolutiva simplemente perece, es necesaria entonces la constante actualización de la Escuela a las nuevas circunstancias, para evitar su eventual desaparición. Sin embargo, no debemos caminar hacia nuestra adaptación de manera precipitada, como suele hacerlo el hombre, es preciso tomar un respiro y determinar cuál es el rumbo adecuado, para mutar el accidente pero no la esencia. ¿La manera más eficaz? La autocrítica y la retroalimentación. Así y con trabajo constante y comprometido, mantendremos el orden fomentando mayor cohesión empotrando un ladrillo más a esta *Casa construida sobre roca*.

Después de mis padres, mis mejores maestros los he encontrado en esta casa, verdaderos ejemplos de juristas, más aún, verdaderos ejemplos de vida. A ellos, aunque poco, no es vano agradecer por dedicar un año más.

Nosotros los alumnos, nuevamente renovamos nuestro compromiso con la Escuela y entendemos que somos el presente y el futuro de la misma, estamos dispuestos a llevar a cabo esa autocrítica tan necesaria, convencidos de que en un país en el que desde nuestro nacimiento no se ha vivido más que crisis, sabemos de la necesidad de aportar nuestros talentos y valores si en verdad buscamos un bienestar común, apartado de nuestros egos. ¡No, nosotros no seremos una generación más! Cansados de los abusos y de la corrupción que corroen las entrañas de este contrastante México, no permaneceremos indiferentes a su decadencia, entendemos que las empresas gigantes siempre se han construido un escaño a la vez, por eso seremos un engrane fundamental en el motor que paso a paso transformará a esta nación. Estamos a la altura del reto, nuestros actos serán nuestra voz.

Bienvenidos, alumnos de primer ingreso, llegan a una institución llena de valores. Al entrar aquí, han empeñado su palabra y tendrán que conducirse con honor. Aceptan un compromiso, con su Escuela y con todas las personas que les han permitido estar aquí, pero sobre todo con ustedes mismos, esperamos que sus ideas aporten algo valioso a este sólido edificio, están aquí por que buscan el éxito. Al respecto, Jean de la Bruyere apuntó que en el mundo sólo hay dos maneras de triunfar: o por el talento propio o por la tontería de los

demás. En virtud de lo azaroso de la segunda opción, sólo les queda el camino del esfuerzo. No olviden cuál es el motivo personal por el que ustedes están aquí, pues en un futuro próximo necesitarán tenerlo en mente, recuerden que la última de las libertades humanas es la de elegir su propia actitud bajo cualquier circunstancia dada, la de escoger su camino. No desperdicien la gran oportunidad que se les ha brindado: vivan, respiren, aprovechen a su Escuela, beban sus mieles y prueben sus amarguras, como nosotros lo seguimos haciendo.

Los presentes sabemos que no hemos errado el camino, que si bien a veces pedregoso, nuestra voluntad y determinación han sido el mejor mapa para encontrar la salida, entendemos que las satisfacciones más grandes serán para aquellos que superen grandes retos, pero que no debemos dejar de admirar los bellos accidentes que se encuentran en él, pues son parte valiosa de la vida misma, así que disfrutemos el camino.

Continuemos, pues, con nuestra labor y busquemos los valores que nos darán unidad y nos protegerán de los embates propios y ajenos que intentan debilitar nuestra estructura. Perpetuemos nuestras vidas aportando parte de ellas a esta gran obra, a esta gran Escuela, nuestra Escuela Libre de Derecho.

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 27,
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 2003, en los
talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, Tel. 55 39 51 08,
Fax 56 72 01 19, impresochavez@prodigy.net.mx.
La edición consta de 1,000 ejemplares.