

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 28

MÉXICO, 2004

NÚMERO 28

## ESCUELA LIBRE DE DERECHO

### Junta Directiva:

Lic. Mario Alberto Becerra Pocaroba, *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

© 2004. Derechos reservados conforme a la ley  
Escuela Libre de Derecho  
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.  
Tels.: 5588 7194 y 5761 1542

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

#### LUIS NORBERTO CACHO PÉREZ

- ✓ Un falso concepto de la libertad religiosa: La Recomendación General número 5/2003 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ..... 9

#### LUIS MIGUEL CANO LÓPEZ

#### GRACIELA RODRÍGUEZ MANZO

- ✓ Sobre el nombramiento del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ..... 49

#### RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS

- ✓ Principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la ley orgánica 5/2000 ..... 119

#### EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

- ✓ Del amparo nacional al amparo internacional ..... 157

#### XAVIER GINEBRA SERRABOU

- ✓ La crisis bancaria mexicana, el FOBAPROA y el IPAB ..... 187

#### FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

- ✓ Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área ..... 213

#### YURI GONZÁLEZ ROLDÁN

- ✓ La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano ..... 241

RAMÓN HERNÁNDEZ CUEVAS	
Tratados internacionales y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno .....	299
FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR	
Symbolismo y simbología de las Siete Partidas .....	369
JUAN MANUEL JIMÉNEZ ILLESCAS	
La imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social .....	413
CARLOS MÜGGENBURG	
La cláusula de jurisdicción y el arbitraje. Contratos de licencia y franquicia .....	459
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO	
Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de Historia General del Derecho .....	483
JAIME REYES ÁLVAREZ	
Manejo de la economía en el Estado franquista: Derecho, economía y <i>poliburocracia</i> .....	545
ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ	
Fundamentación bíblica de los derechos humanos .....	599
CÉSAR SERRANO	
Algunas notas sobre la acción afirmativa y la discriminación positiva .....	629
MARÍA SOLANGE MAQUEO RAMÍREZ	
La Constitución económica en la Constitución española de 1978 .....	653

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL	
Algunas aplicaciones de la hermenéutica analógica al derecho .....	711
CLEMENTE VALDÉS S.	
Los distintos enfoques de los grandes problemas de la bioética .....	751

## SECCIÓN MONOGRÁFICA

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	
A 200 años de la codificación napoleónica .....	771
MIGUEL ALESSIO ROBLES	
La influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928 .....	783
JUAN MANUEL ASPRÓN PELAYO	
El Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de herencias .....	793
FAUSTO RICO ÁLVAREZ	
La herencia del Código de Napoleón en el tratamiento de los contratos en el Código Civil para el Distrito Federal .....	805

## MISCELÁNEA

JORGE ADAME GODDARD	
En memoria de Álvaro D'Ors .....	811
JOSÉ RAMÓN CÁRDENO-SHAADI	
El Himno Nacional mexicano, ¿propiedad de los norteamericanos? .....	819

GERARDO LOZANO ALARCÓN

- Reflexiones en torno al abanderamiento en México  
de buques extranjeros al amparo de un convenio  
internacional no vigente ..... 825

MARÍA CRISTINA URZAIZ DE GARCÍA NARANJO

- Algunas consideraciones sobre la obligatoriedad del  
derecho en Kant ..... 841

## DISCURSOS

- Discurso del señor Lic. don Mario A. Becerra Poceroba,  
Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia  
de Inauguración de Cursos 2004-2005 ..... 857

- Discurso del señor Lic. don Mauricio Oropeza y Segura,  
profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia  
de Inauguración de Cursos 2004-2005 ..... 861

- Discurso del alumno Carlos Orvañanos Rea, Presidente de  
la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho,  
en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2004-2005 ..... 867

## DOCTRINA GENERAL

# UN FALSO CONCEPTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA: LA RECOMENDACIÓN GENERAL NÚMERO 5/2003 DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis Norberto CACHO PÉREZ

*“Sobre la Constitución, nada  
sobre la Constitución, nadie”.*

José María Iglesias<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Consideraciones.* 1. *Los Testigos de Jehová.* 2. *Observaciones de la Comisión.* 3. *Otros argumentos.* A. *Artículo 24 constitucional.* B. *Artículo 3o. constitucional.* IV. *A manera de conclusión.* Anexo. *Instrumentos internacionales.*

### I. INTRODUCCIÓN

*“Puesto que la religión es cosa humana,  
es a la vez necesariamente cosa social,  
y cosa lingüística y cosa económica, pues no se concibe  
al hombre fuera del lenguaje y de la vida colectiva”.*

Mircea Eliade<sup>2</sup>

<sup>1</sup> MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 1994, p. 15, dice que esta frase del ilustre liberal decimonónico es: “Sobre la Constitución, nada; nadie sobre la Constitución”. El sentido y esencia de este pensamiento lapidario coincide con la forma en que nosotros lo citamos.

<sup>2</sup> ELIADE, Mircea, *Tratado de historia de las religiones* (trad. Tomás Segovia), 1a. ed., 8a. reimp., México, Era, 1992, p. 20.

Una de las manifestaciones primarias del raciocinio humano es el pensamiento religioso. La idea de la existencia de un ser superior, la creencia en que ese ser es divino, y la fe en la divinidad y el culto que se le profesa, son sentimientos básicos en toda sociedad humana. La aparición del sentimiento religioso es una de las características principales de todo grupo social humano, y representa una forma en que el hombre se ve a sí mismo y al entorno en que se desarrolla.

Las religiones comparadas, la historia de las religiones y la evolución de las mismas son algunos de los temas más apasionantes que puedan ser objeto de estudio.<sup>3</sup> Y al mismo tiempo, la religión es, si acaso junto con la raza, uno de los elementos que más ha unido y dividido al ser humano. En nombre de Dios y de la religión se han realizado los actos más admirables y los más aberrantes. Las peores guerras han sido las iniciadas por motivos religiosos, pero al mismo tiempo, gran parte del arte y la cultura han sido inspiradas por la religión.

Grandes ejércitos se han reunido y marchado en nombre de la religión; millones de hombres han dado su vida en los campos de batalla por su religión; la inspiración de santos y mártires, de todas las épocas, ha sido su religión; Estados se han formado y consolidado gracias a la religión; y, quizás lo más importante, hombres y mujeres han encontrado apoyo, consuelo y esperanza en su religión. Ninguna otra actividad humana es tan necesaria y trascendente en la vida de cualquiera como lo es la religión. Esto no implica, por supuesto, la

<sup>3</sup> Uno de los mejores especialistas en estos temas, es ELIADE, Mircea, de quien podemos mencionar, entre sus obras traducidas al español, las siguientes: *Introducción a las religiones de Australia* (trad. Inés Pardal), Buenos Aires, Amorrortu, 1975; *Mefistófeles y el andrógino* (trad. Fabián García-Prieto), 2a. ed., Barcelona, Labor, 1984; *Herreros y alquimistas* (trad. E.T.), 1a. ed., 1a. reimp., México, Alianza, 1989; *El mito del buen salvaje*: Capital Federal, Almagesto, 1991; *El chamanismo y las técnicas arcaicas del éxtasis* (trad. Ernestina de Champourcin), 1a. ed., 3a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1992; *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición* (trad. Ricardo Anaya), 1a. ed., 7a. reimp., Madrid, Alianza, 1992; *Tratado de historia de las religiones* (trad. Tomás Segovia), 1a. ed., 8a. reimp., México, Era, 1992; *Cosmología y alquimia babilónicas* (trad. Isidro Arias Pérez), Barcelona, Paidós, 1993; *El yoga. Inmortalidad y libertad* (trad. Diana Luz Sánchez), 1a. ed., 1a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1993; *Ocultismo, brujería y modas culturales* (trad. Enrique Butelman), Barcelona, Paidós, 1997; y en colaboración con KITAGAWA, Joseph M. (comps.), *Metodología de la historia de las religiones* (trad. Saad Chedid y Eduardo Masullo), 1a. reimp., Barcelona, Paidós, 1986.

creencia en un Dios, de acuerdo con determinado credo, porque también los ateos (al negar la existencia de Dios) y los agnósticos (al considerar que Dios existe, pero que no puede comunicarse con los hombres, ni los hombres con Dios), están adoptando una posición religiosa.

El derecho nunca ha estado ajeno a la religión. Desde la existencia de Estados teocráticos, hasta la separación entre Iglesia y Estado, pasando por religiones oficiales o por la prohibición absoluta de la religión, el derecho ha regulado siempre esta materia. Sin embargo, hay un límite a la regulación jurídica, que coincide con el límite derivado del control y el dogma que cada religión impone a sus adeptos, y es la conciencia humana: ni el derecho, ni la religión pueden entrar, ni imponerse en el pensamiento del ser humano; a pesar de lo que el derecho diga o la religión imponga, la opinión última del hombre, que sólo él sabrá al no externarla por ningún medio, será la que valga para su propia conciencia.<sup>4</sup>

A partir de las reformas constitucionales de 1992, en materia de libertad de creencias, y la consecuente expedición de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, se transformó, de fondo, el régimen jurídico aplicable a la relación entre Iglesia y Estado, cuya tradición venía del siglo XIX.<sup>5</sup> La reforma al artículo 24 cons-

<sup>4</sup> Es ilustrativo el siguiente artículo: ELORZA, Antonio, "El velo y la libertad", en *Letras Libres*, México, marzo 2004, año VI, núm. 63, pp. 54 a 58.

<sup>5</sup> Vid. ADAME GODDARD, Jorge, *La libertad religiosa en México (Estudio jurídico)*, México, Escuela Libre de Derecho, 1990; DELGADO ARROYO, David Alejandro, *Hacia la modernidad de las relaciones Iglesia-Estado. Génesis de la administración pública de los asuntos religiosos*, México, Porrúa, 1997; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, RUIZ MASSIEU, José Francisco y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Derecho eclesiástico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Americana de Acapulco, 1993; GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Derecho eclesiástico mexicano. Un marco para la libertad religiosa*, México, Porrúa, 1997; GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, "Limitaciones y ambigüedades de la nueva legislación en materia religiosa", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, Universidad Iberoamericana, núm. 24, 1995-I, pp. 207 a 219; HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel, "La personalidad jurídica de la Iglesia", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, Universidad Iberoamericana, núm. 24, 1995-I, pp. 221 a 224; *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, UNAM, Consociatio Internationalis Studio Juris Canonici Promovendo, 1996; MACÍN, Raúl, *Los derechos de las minorías religiosas en México*, México, Claves Latinoamericanas, 1991; MÉNDEZ GUTIÉRREZ, Armando (coord.), *Una ley para la libertad religiosa*, México, Cambio XXI, Diana, 1992; MOLINA PIÑEIRO, Luis

titucional, que garantiza la libertad de credo,<sup>6</sup> fue publicada en el *Diario Oficial* el 28 de enero de 1992 y ha sido la única modifica-

J. (coord.), *La participación política del clero en México*, 2a. ed., México, UNAM, 1998; PACHECO E., Alberto, *Temas de derecho eclesiástico mexicano*, 2a. ed., México, Panorama, 1994; PACHECO ESCOBEDO, Alberto, ARRIETA, Juan Ignacio, GAONA MORENO, Jesús (en orden según la presentación de la ponencia), et al., *Objeción de conciencia* (memoria del Coloquio Internacional organizado por la UNAM en 1997), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; SALDAÑA, Javier (coord.), *Diez años de vigencia de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público en México (1992-2002)*, México, Secretaría de Gobernación, UNAM, 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas; SALDAÑA SERRANO, Javier y ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa. Fundamentos de su relación*, México, UNAM, 2001, Instituto de Investigaciones Jurídicas; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *La nueva legislación sobre libertad religiosa. Textos, antecedentes, comentarios*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, "Relación entre Estado e Iglesia", en *Temas jurídicos de actualidad*, México, s.e., 1990, pp. 11-27; SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México*, México, UNAM, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas; SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Derechos de los creyentes*, 1a. ed., 1a. reimp., México, Instituto Politécnico Nacional, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, LVIII Legislatura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México. Un ensayo*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001.

<sup>6</sup> Vid. específicamente en materia de libertad de creencias: "Artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Antecedentes, origen y evolución del artículo constitucional. IV, artículos 23 a 27*, 3a. ed., México, LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1985, pp. 24-1 a 24-165; CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1978, pp. 117 a 130; *Colección de las leyes, decretos, circulares y providencias relativas a la desamortización eclesiástica, á la nacionalización de los bienes de corporaciones, y á la Reforma de la legislación civil que tenía relación con el culto y con la Iglesia*, tomo II, México, Imprenta de J. Abadiano, 1861 (reimpresión facsimilar hecha por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1979); *Diario de los debates del Congreso Constituyente. Publicado bajo la dirección del C. Fernando Romero García, Oficial Mayor de dicho Congreso. Versión taquigráfica revisada por el C. Joaquín Z. Valadez*, tomo II, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, pp. 57-81 (29a. sesión ordinaria celebrada en el Teatro Iturbide la tarde del jueves 4 de enero de 1917, tomo II, núm. 42); *Diario de los debates del Congreso Constituyente. Publicado bajo la dirección del C. Fernando Romero García, Oficial Mayor de dicho Congreso. Versión taquigráfica revisada por el C. Joaquín Z. Valadez*, tomo II, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, pp. 743-767 (65a. sesión ordinaria celebrada en el Teatro Iturbide la noche del sábado 27 de enero de 1917, tomo II, núm. 78); "El artículo 24 de la Constitución de 1917", en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Tomo IV. Antecedentes y evolución de los artículos 16 a 27 constitucionales*, 2a. ed., México, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, L Legislatura, Manuel Porrúa, 1978, pp. 379-550; GARCÍA, Francisco Pascual, *Código de la Reforma ó sea colección de leyes que afectan especialmente a los católicos*

ción que ha tenido este texto, desde su redacción original por el Constituyente de 1917.

Hasta el 2004, cientos de religiones, iglesias, credos, creencias, sectas o cualquier otra denominación aplicable en materia religiosa, han obtenido, por parte de la Secretaría de Gobernación, su registro como Asociaciones Religiosas, que es la figura que regula nuestro marco jurídico para la constitución y operación de personas morales que tengan por objeto la administración, difusión, propagación, organización y demás actos similares, de una fe religiosa. Una de las obligaciones que tienen las Asociaciones Religiosas es cumplir y hacer cumplir la ley, obligación que, de una manera generalizada, han acatado todas estas instituciones.

Sin embargo, existen diversos casos donde esa obligación se ha incumplido, como es el caso de la Asociación Religiosa denominada "La Torre del Vigía", que es popularmente conocida como Testigos de Jehová, y que en Estados Unidos constituye la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. La negativa reiterada de miembros de este culto, a rendir honores a la bandera y a cantar el himno nacional, dieron origen a la imposición de diversas sanciones, por parte de las autoridades escolares, durante varios años y en todo el país.

y al clero, México, Herrero, 1903; GONZÁLEZ CALZADA, Manuel, *Los debates sobre la libertad de creencias*, s.l., Cámara de Diputados, XLVIII Legislatura del H. Congreso de la Unión, 1972; LABASTIDA, Luis G., *Colección de Leyes, Decretos, Reglamentos, Circulares, Órdenes y Acuerdos relativos a la desamortización de los bienes de corporaciones civiles y religiosas y a la nacionalización de los que administraron las últimas*, México, Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas, 1893; LANZ DURENT, Miguel, "El Estado y la Iglesia", en *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, 2a. ed., México, 1933 (reproducido en *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología*, Gobierno del Estado de Querétaro, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación, México, 1987, pp. 425-436; LIZARDI, Fernando, "La libertad de conciencia en los artículos 24 y 130", en *50 discursos doctrinales en el Congreso Constituyente de la Revolución Mexicana 1916-1917*, México, Gobierno del Estado de Querétaro, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Gobernación, 1992, pp. 201-205; TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1985*, 13a. ed., México, Porrúa, 1985; ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Imprenta de I. Escalante, 1916.

## II. ANTECEDENTES

*“Adoptar como regla general invariable,  
la más perfecta independencia entre los negocios del Estado  
y los puramente eclesiásticos”.*

Benito Juárez<sup>7</sup>

El 30 de mayo de 2003 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la “Recomendación General número 5/2003 sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos” (en adelante, sólo LA RECOMENDACIÓN). Expedida por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante, sólo LA COMISIÓN), con fecha 14 de mayo de 2003, y aprobada por el Consejo Consultivo de LA COMISIÓN, en la sesión 175 del 13 de mayo de 2003, está dirigida a los “Gobernadores de las entidades federativas” y al “Secretario de Educación Pública Federal”, y tiene la siguiente estructura: I. Antecedentes. II. Situación y fundamentación jurídica; A. Derecho a la igualdad, libertad de creencias religiosas y derecho a la educación; B. Marco jurídico que regula la ceremonia para rendir honores a los símbolos patrios en las escuelas primarias y secundarias. III. Observaciones. IV. Recomendaciones generales.

LA RECOMENDACIÓN, aun cuando es de carácter general y pública, y su materia específica es la discriminación en las escuelas por motivos religiosos, se origina por las quejas presentadas y los recursos de impugnación interpuestos por miembros de la creencia religiosa denominada Testigos de Jehová. De esta forma, en los Antecedentes de LA RECOMENDACIÓN se dice:

“Entre junio de 1991 y marzo de 2003” (LA COMISIÓN) “recibió 1,110 quejas en las que se mencionan como agraviados a niños que profesan la religión Testigos de Jehová” (...) “Las quejas expresan el reclamo de los padres de familia miembros de esta congregación, en contra de las sanciones que las autoridades escolares imponen a sus hijos por su negativa a participar en las ceremonias cívicas para rendir honores a los símbolos patrios”.

<sup>7</sup> “Manifiesto del Gobierno Constitucional a la Nación”. de fecha 7 de julio de 1859, citado por TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1985*, 13a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 637. El Manifiesto fue suscrito, además del Benemérito, por Melchor Ocampo, Manuel Ruiz y Miguel Lerdo de Tejada.

“Se han presentado” (...) “más de quince recursos de impugnación, los cuales se originaron tanto por la no aceptación como por el insuficiente cumplimiento de recomendaciones emitidas por los organismos estatales de derechos humanos, dirigidos a las secretarías estatales de educación pública, referentes a la violación de derechos humanos particularmente del derecho a la educación de los alumnos que profesan la religión Testigos de Jehová por parte de las autoridades educativas”.

Sigue diciéndose en LA RECOMENDACIÓN que “una de las características de la doctrina de los Testigos de Jehová es que prohíbe a sus fieles participar en solemnidades tanto cívicas como religiosas” (y que) “para los alumnos Testigos de Jehová participar en las ceremonias de honores o saludo a la bandera, que se realizan en las escuelas primarias y secundarias en nuestro país, equivale a un acto de idolatría inaceptable para su conciencia, por lo que su actitud durante la realización de esas ceremonias es pasiva y respetuosa”.

La reacción de las autoridades escolares, según se afirma en LA RECOMENDACIÓN, que “sancionan a los alumnos Testigos de Jehová, alegando que su rechazo a participar en las ceremonias para rendir honores a los símbolos patrios se traduce en una violación a la ley, además de que con dichas conductas se impide fomentar en los educandos el amor a la patria y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia” y “la actitud de los alumnos Testigos de Jehová constituye una falta a la disciplina escolar”. Las sanciones que se imponen a los alumnos Testigos de Jehová son diversas, como son: se les reprueba en la materia de civismo; se les suspende temporalmente o expulsa de manera definitiva; se les condiciona la inscripción a la aceptación de un reglamento por el que se comprometen a participar activamente en las ceremonias cívicas; y, en casos extremos, se presentan maltratos físicos o psicológicos a los menores.

De igual forma, en LA RECOMENDACIÓN se menciona que LA COMISIÓN también ha recibido quejas de profesores Testigos de Jehová, los cuales afirman haber sido objeto de hostigamiento y sanciones, de manera similar a los alumnos, al negarse a participar en las ceremonias cívicas y rendir honores a los símbolos patrios.

Las recomendaciones generales que hace la Comisión, son las que se reproducen a continuación y tienen el propósito, según se refiere en la propia RECOMENDACIÓN, de “que se promuevan los cambios y

modificaciones de disposiciones normativas y prácticas administrativas que constituyan o propicien violaciones a los derechos humanos, para que las autoridades competentes, dentro de sus atribuciones, subsanen las irregularidades de que se trate”.

“PRIMERA”. Los “gobernadores de las entidades federativas” y el “Secretario de Educación Pública Federal” (...) “giren sus instrucciones para que las autoridades educativas se abstengan de sancionar a los alumnos que por razón de sus creencias religiosas se nieguen a rendir honores a la Bandera y entonar el Himno Nacional en las ceremonias cívicas que se realizan en los centros educativos”.

“SEGUNDA”. (...) “elaboren una circular en la que se explique al personal docente que la imposición de sanciones a los alumnos” (...) “por no participar activamente en las ceremonias cívicas para rendir honores a los símbolos patrios, es ilegal y conlleva responsabilidad administrativa”.

“TERCERA”. (...) “emitan lineamientos dirigidos a las autoridades educativas en donde se establezca que la educación es el medio idóneo para transmitir a los alumnos los valores de la democracia, la convivencia social y los derechos humanos, y comprender las diferencias entre los individuos, en específico, aquellas que se generan por el ejercicio del derecho de libertad de creencias religiosas”.

“CUARTA”. (...) “desarrollen lineamientos que complementen los planes y programas de estudio para inculcar a los educandos el valor de la tolerancia y el respeto por la diferencia, incluyendo la situación de aquellos alumnos que en el legítimo ejercicio de su libertad religiosa se niegan a participar activamente en las ceremonias cívicas para rendir honores a los símbolos patrios, como un ejemplo de la práctica de esta libertad”.

### III. CONSIDERACIONES

“Y como el gobierno tiene y debe tener  
como pauta de su acción la Ley,  
está en su pleno derecho al exigir a la Iglesia,  
sumisión integral a las leyes establecidas”.

Emilio Portes Gil<sup>8</sup>

## 1. Los Testigos de Jehová<sup>9</sup>

Como puede apreciarse en la bibliografía que citamos, gran parte de la información sobre los Testigos de Jehová está contenida en libros sobre el fenómeno religioso, pero que también es político, de las sectas. Toda vez que el carácter de este artículo es esencialmente jurídico, no calificamos si los Testigos de Jehová son una religión, Iglesia, credo, secta,<sup>10</sup> o cualquier otra denominación aplicable en

<sup>9</sup> Cfr. las siguientes fuentes bibliográficas, de donde hemos tomado la mayor parte de los datos aquí referidos: CAZARES LÓPEZ, Carlos y PEÑA DE HOYOS, José Luis, “Los Testigos de Jehová y la objeción de conciencia”, en *Objeción de conciencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 255-268; DANYANS, Eugenio, *Proceso a la “Biblia” de los Testigos de Jehová*, 7a. ed., Barcelona, Clie, 1990; IKOR, Roger, *Las sectas* (trad. Beatriz Velasco), Madrid, Paradigma, 1997; GEORGE, Leonard, *Enciclopedia de los herejes y las herejías* (trad. José Antonio Bravo), México, Océano, Robinbook, 1999; GIMÉNEZ MONTIEL, Gilberto, *Sectas religiosas en el sureste. Aspectos sociográficos y estadísticos*, México, Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social, 1988; LANDAU, Madeleine, y LALICH, Janga, *El terrible poder de las sectas* (trad. Pilar Tutor Alvaríño), Madrid, Tikal; MAYER, Jean-Francois, *Las sectas* (trad. Imanol Unzurrunzaga), Bilbao, Descleé de Brouwer, 1990; MONDRAGÓN P., Jorge, *Sectas*, México, Leo, 2002; MOYANO, Antonio Luis, *Sectas. La amenaza en la sombra*, 2a. ed., Madrid, Nowtilus, 2002; RIUS (Eduardo DEL RÍO), *El supermercado de las sectas*, México, Grijalbo, 1999; ROBERTSON, Irvine, *¿Qué creen las sectas?* (trad. Francisco Almanza), Chicago, Casa Bautista de Publicaciones, 1991; RODRÍGUEZ, Pepe, *El poder de las sectas*, Barcelona, Ediciones B, Grupo Z, 1989; RODRÍGUEZ, Pepe, *El poder de las sectas*, 1a. ed., 2a. reimp., Barcelona, Ediciones B, 1997; RODRÍGUEZ SANTIDRIÁN, Pedro, *Diccionario de las religiones*, Madrid, Alianza, 1989; ROYSTON PIKE, Edgar, *Diccionario de religiones* (adaptación Elsa Cecilia Frust), 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001; Santagada, Osvaldo D., et al., *Sectas en América Latina*, Lima, Paulinas, CELAM, 1989; VÁZQUEZ BORAU, José Luis, *Las sectas destructivas*, Bilbao, Mensajero, 1998; WOODROW, Alain, *Las nuevas sectas* (trad. Aurelio Garzón Camino), 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1986. La anterior bibliografía está referida a sectas, porque los autores, en su mayoría, así clasifican a los Testigos de Jehová.

<sup>10</sup> En materia de sectas puede consultarse: DE LA CRUZ, Claudio V., *El lado oculto de las sectas*, México, Mina; ERDELY, Jorge, *Pastores que abusan*, México, Ministerios Bíblicos de Restauración; ISRAEL, Eiren, et al., *Los profetas de la prosperidad*, México, Centro para el Estudio de los nuevos movimientos religiosos en Latinoamérica, 1996; MARCOFF, Alexis, *Enigmas de las sectas rusas*, Madrid, Daimon, 1964; MEJÍA PRIETO, Jorge, *Satanismo y sectas narcosatánicas en México y en el mundo*, México, Diana, 1989; SILLETA, Alfredo, *Sectas*, 3a. ed., Buenos Aires, Beas, 1993; THALER SINGER, Margaret, y LALICH, Janja, *Las sectas entre nosotros* (trad. Antonio Bonanno), Barcelona, Gedisa, 1997; VALENTI CAMP, Santiago, con la colaboración de MASSEGUER, Enrique, *Las sectas y las sociedades secretas a través de la historia* (edición facsimilar de la edición castellana, Barcelona, 1907), México, Editorial del Valle de México, tomo I, 1988.

<sup>8</sup> PORTES GIL, Emilio, *La lucha entre el poder civil y el clero*, 2a. ed., México, El Día en Libros, Publicaciones Mexicanas, 1983, p. 129.

materia religiosa. Baste, para el propósito de este artículo y conforme a nuestro régimen jurídico, que están constituidos como una Asociación Religiosa, bajo la denominación de La Torre del Vigía.

Una distinción, a nuestro juicio muy acertada, entre Iglesia y secta es la que da Ernest Troelsch, de la siguiente forma;<sup>11</sup> “La Iglesia (en sentido sociológico y no teológico ni valorativo), es un organismo religioso que ha llegado a integrarse al mundo secular y, que por eso mismo, acepta los valores del ‘mundo’ y forma parte del ‘orden social’. De aquí su compromiso explícito o implícito con los poderes dominantes. Pone énfasis en los sacramentos y en un credo antes que en el comportamiento ético de sus adeptos”. Por otro lado, “Las sectas son grupos voluntarios, generalmente minoritarios, con un trasfondo de protesta contra la rigidez estructural de las iglesias, su corrupción y su compromiso con los poderes seculares. De aquí su oposición al mundo secular, y su énfasis en el comportamiento ético, así como en las necesidades individuales de sus miembros”.

La estructura que hemos seguido, en este inciso “A”, para referirnos de manera muy resumida, a las principales características de los Testigos de Jehová es: Nombre; Fundador; Historia; Doctrina; Adeptos; Libro sagrado; Publicaciones; Posición frente al Estado, otras creencias y la familia; y Prohibición de rendir honores a la bandera.

**NOMBRE:** Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. En México están constituidos como La Torre del Vigía, Asociación Religiosa.

El 29 de abril de 1993 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, un “Extracto de la solicitud de registro constitutivo presentada por La Torre del Vigía, como Asociación Religiosa”. En dicho extracto se reproduce una carta compromiso, de fecha 22 de febrero de 1993, suscrita por el apoderado legal de La Torre del Vigía, donde dice:

“Adicionalmente como asociación religiosa sostenemos que el gobierno, los funcionarios, y todo lo que representa una nación deben ser respetados y nos adherimos a este principio toral”.

<sup>11</sup> TROELSCH, Ernest, *The social teaching of the Christian Churches*, 2 vols., S Allen and Unwin, Londres, 1956, citado por JIMÉNEZ MONTIEL, Gilberto, *Sectas religiosas en el sureste...*, op. cit., p. 14.

Entre lo que representa a una nación, como se señala en el propio Extracto (suscrito por el Director General de Asuntos Religiosos, de la Secretaría de Gobernación, y fechado el 13 de abril de 1993), están “el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, símbolos patrios en términos de la Ley de la Materia”. Por lo anterior, independientemente de todo lo previsto en nuestra legislación, la Asociación Religiosa denominada La Torre del Vigía se comprometió, de manera expresa, a respetar los símbolos mencionados.

De igual forma, en la misma fecha, se publicó el *Extracto de la solicitud de registro constitutivo presentada por Los Testigos de Jehová en México, como Asociación Religiosa*, donde aparece una carta compromiso similar a la que presentó La Torre del Vigía, y que contiene el mismo dicho de respetar los símbolos de la nación.

A pesar de las referencias a estas dos Asociaciones Religiosas (“La Torre del Vigía” y “Los Testigos de Jehová en México”), toda la bibliografía que hemos encontrado y que se menciona en este artículo, publicada por los Testigos de Jehová, se hace bajo la responsabilidad, como editor, de La Torre del Vigía, Asociación Religiosa.

**FUNDADOR:** Charles Taze Russell (1852-1916), de nacionalidad estadounidense.

**HISTORIA:** Su origen lo encontramos en el movimiento denominado Estudiantes Internacionales de la Biblia, creado por Charles Taze Russell, quien en 1870 había tomado contacto con un grupo de adventistas, que anunciaban la venida de Cristo para 1873 o 1874. Russell, quien tenía 18 años en 1870, organizó sus estudios sobre la Biblia en la ciudad de Pittsburgh, Pensilvania, Estados Unidos. Su propósito fue hacer énfasis en las partes proféticas. Russell fue educado por sus padres presbiterianos en el protestantismo calvinista. Ni los presbiterianos ni los congregacionistas superaron las exigencias de Russell, por lo que buscó su propia verdad.

Russell afirmó que a partir de 1874 Jesús estaba entre nosotros, aunque de manera invisible. Los Estudiantes de la Biblia se formaron en Estados Unidos en 1879 y 1880, y se constituyó el primer grupo europeo en 1884, en Inglaterra. A partir de 1879 se publicó el periódico *La Torre del Vigía* y *El Heraldo de la Presencia de Cristo*. En este año la organización era conocida como Sociedad Atalaya de

Biblias y Tratados, aunque también se le conoció como ruselistas, albistas del milenio, y más tarde como rutherfordistas.

Después de Russell, la dirigencia del movimiento de Estudiantes de la Biblia la tomó Joseph Franklin Rutherford (1869-1942). Subsisten algunos grupos de Estudiantes de la Biblia, que reeditan las obras de Russell, las cuales los Testigos de Jehová dejaron de difundir hace tiempo. Rutherford estableció una organización "Teocrática" centralizada, con sede central en Brooklyn, Nueva York, y en 1931 adoptó el nombre de Testigos de Jehová.

Desde 1884 se organizaron de manera internacional "La Sociedad de Tratados de la Torre de Vigía o de Sión", "La Asociación Internacional de Estudiantes de La Biblia", "El Reino Teocrático", "El Púlpito del Pueblo", "La Aurora Milenaria", "El Russelismo", "La Sociedad Bíblica y de Tratados de la Torre del Vigía", que en 1931 se agruparon bajo el nombre de Testigos de Jehová.

El nombre de Testigos de Jehová se basa en Isaías 43:10 y 44:8, donde se dice, en el primero de los versículos citados, que "Vosotros sois mis testigos, dice Jehová". A Rutherford, Presidente de la organización desde 1917, le sucede Nathan Homer Knorr en 1942, quien murió en junio de 1977 y fue sustituido por Frederick Franz.

Los primeros Testigos llegaron a México en 1893, y en 2002 su número de adeptos es de alrededor de 450,000.

**DOCTRINA:** Creen que Jehová es el verdadero nombre de Dios. Jesús no tiene naturaleza divina, ni el Espíritu Santo, por lo que rechazan el dogma de la Trinidad. Sólo se salvarán los ungidos, que irán al cielo a reinar con Jehová. Esto se dará cuando Cristo regrese, y entonces los justos resucitarán y vivirán como espíritus en los cielos, mientras que los pecadores quedarán en un estado de difuntos. Los escogidos serán, exactamente, sólo 144,000 y únicamente podrán estar en esta cifra los que sean Testigos de Jehová. En 1914 termina una época y se inicia el reinado de Cristo, que entabló batalla con Satanás y sus demonios, obteniendo la victoria. Dicho año implica el fin de la época de las naciones de los gentiles y la entrada de la historia humana en el último periodo, que terminará con la batalla del Armagedon. Los Testigos de Jehová se salvarán y reinarán sobre la Tierra con Cristo, que vendrá a restablecer la paz y la justicia universales. No creen en la inmortalidad del alma, pero enseñan que los

elegidos volverán a la vida. Su conocida prohibición a aceptar transfusiones de sangre, la basan en una parte del Levítico, donde se prohíbe "comer la sangre", reconocida como un asiento de la vida.

A partir de 1914 Jesús está presente, lo que implica que se ha revestido de su potestad de Rey en el Reino de Dios. Toda vez que este Reino está en el cielo y no en la Tierra, nosotros no podemos verlo. La causa de que Jesús no haya venido todavía, es que es necesario que la "buena nueva del Reino" sea predicada a todas las naciones. En esto se justifica el proselitismo vigoroso de los Testigos de Jehová.

Otras fechas que han anunciado como el fin del mundo, después de 1914, son 1918, 1925, 1941, 1975 y 1989.

**ADEPTOS:** El reclutamiento es por proselitismo de puerta en puerta. Todos los creyentes son predicadores, por lo que no existe un cuerpo organizado de misioneros. Obtienen sus recursos a través de la venta de publicaciones, que suelen tener tirajes de cientos de miles de ejemplares. Se les prohíbe votar, cumplir el servicio militar, rendir honores a la bandera, celebrar la Navidad y el Año Nuevo, practicar juegos de azar. No tienen una especial inclinación por la educación y la adquisición de conocimientos, por lo que sus adeptos suelen tener un índice de instrucción menor al general de la población.

**LIBRO SAGRADO:** La Biblia.

**PUBLICACIONES:** *La Atalaya* y *¡Despertad!*<sup>12</sup>

<sup>12</sup> La bibliografía oficial de los Testigos de Jehová es amplísima, por lo cual sólo nos referimos a las siguientes publicaciones: *¡Despertad!* Publicada en 87 idiomas, es una revista quincenal o mensual, según el idioma de que se trate. En México su aparición es quincenal y se hace bajo la responsabilidad de La Torre del Vigía; FRANZ, F. W., *El hombre más grande de todos los tiempos*, 1a. ed., 1a. reimp., México, Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 1992; FRANZ, F. W., *La Biblia ... ¿la Palabra de Dios o la palabra del hombre?*, 1a. ed., 1a. reimp., México, Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 1993; FRANZ, F. W., *Usted puede vivir para siempre en el paraíso en la Tierra*, 2a. ed., 10a. reimp., México, Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 1992; HENSCHER, M. G., *¿Existe un creador que se interesa por nosotros?*, 1a. ed., 2a. reimp., México, La Torre del Vigía, 2001; HENSCHER, M. G., *El conocimiento que lleva vida eterna*, México, Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 1995; *Mi libro de historias bíblicas*, Brooklyn, Nueva York, USA, Watchtower Bible and Tract Society of New York, International Bible Students Association; *La Atalaya*, aparece en 148 idiomas, es una revista quincenal o mensual, según el idioma de que se trate, y es "publicada

**POSICIÓN FRENTE AL ESTADO, OTRAS CREENCIAS RELIGIOSAS Y LA FAMILIA:** Se oponen a toda autoridad civil o religiosa y a las demás creencias religiosas, con un rechazo especial a la Iglesia Católica. No aceptan las fiestas familiares, ni amistades fuera de los Testigos. Se niegan a votar y a toda participación política.

**PROHIBICIÓN DE RENDIR HONORES A LA BANDERA:** La basan en una interpretación del pasaje bíblico de Éxodo 20:3-5, de donde concluyen que es idolatría participar en ceremonias cívicas como cantar el himno nacional o tributar honores a la bandera.

Dichos versículos, que están contenidos dentro de los Diez Mandamientos, dicen: “No tendrás dioses ajenos delante de mí”. “No te harás imagen, ni ninguna semejanza de lo que esté arriba en el cielo, ni abajo en la tierra, ni en las aguas debajo de la tierra”. “No te inclinarás a ellas, ni las honrarás; porque yo soy Jehová tu Dios, fuerte, celoso, que visito la maldad de los padres sobre los hijos hasta la tercera y cuarta generación de los que me aborrecen”.

## 2. Observaciones de LA COMISIÓN

Las razones que argumenta LA COMISIÓN para justificar la actitud de los Testigos de Jehová, y considerar que son ilegales las sanciones impuestas por no rendir honores a la bandera y no entonar el himno nacional, y que en LA RECOMENDACIÓN aparecen bajo el punto “III. Observaciones”, son las siguientes:

“(…) las autoridades escolares al aplicar sanciones a los alumnos Testigos de Jehová están sujetando el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y el derecho a la educación al cumplimiento de una obligación contenida en una ley secundaria, interpretación que atenta contra la supremacía constitucional consagrada en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además de que se vulneran tratados internacionales adoptados por nuestra país, que desarrollan el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la educación, así como la no discriminación por

por los testigos de Jehová sin interrupción desde 1879”. En México, y en español, su aparición es quincenal, bajo la responsabilidad de La Torre del Vigía.

De igual forma, los Testigos de Jehová, a través de La Torre del Vigía, publican en México, pero en inglés, la revista *The Watchtower. Announcing Jehovah's Kingdom*.

motivos religiosos, disposiciones que de acuerdo con la tesis P. LXXVII/99 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 10, correspondiente a diciembre de 1999, p. 46, de rubro TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBI-CAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, se encuentran, en la jerarquía normativa del sistema jurídico mexicano, por debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y locales.

En el artículo 24 constitucional se establece: “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, *siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley*” (las cursivas son nuestras). De este texto y de lo previsto en el 3o. constitucional, se derivan diversas leyes secundarias que regulan la materia que se comenta. Sin embargo, en LA RECOMENDACIÓN se afirma que esas disposiciones existentes en leyes federales no son aplicables, por existir una regulación internacional en la materia.

LA COMISIÓN afirma que en diversos instrumentos internacionales está fundamentado el derecho de los Testigos de Jehová a su actitud ante la Bandera y el Himno Nacionales. Para esto, se cita en LA RECOMENDACIÓN a los siguientes: artículos 1o., 12 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos;<sup>13</sup> artículos 18 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 2o.,<sup>14</sup> 14, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 2o.,<sup>15</sup> 18 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1o., 2o., 3o., 5o. y 6o.,<sup>16</sup> de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o

<sup>13</sup> Así aparece en La Recomendación, pero la denominación exacta es “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ‘Protocolo de San Salvador’.”

<sup>14</sup> En la Convención aparece como artículo 2, no como artículo 2o.

<sup>15</sup> En la Declaración aparece como artículo 2, no como artículo 2o.

<sup>16</sup> En la Declaración aparecen como artículos 1, 2, 3, 5 y 6, no como artículos 1o., 2o., 3o., 5o. y 6o.

las Convicciones; y los artículos 1o., 4o., 5o. y 6o.,<sup>17</sup> de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

Sin embargo, de la lectura de las Convenciones, Protocolo, Pactos y Declaraciones referidas no aparece un fundamento exacto, para sostener la afirmación de LA COMISIÓN. Es cierto que en los artículos referidos en LA RECOMENDACIÓN (que por cierto no son transcritos en la publicación hecha por LA COMISIÓN en el *Diario Oficial* el 30 de mayo de 2003),<sup>18</sup> está el derecho a la libertad religiosa y, en su caso, el derecho a la educación, pero eso no significa, de ninguna manera, que bajo el pretexto de la libertad de creencias o del acceso a la educación, se autorice el incumplimiento de deberes cívicos ante el Estado como es el de rendir honores a la bandera y cantar el himno nacionales.

Basta la simple lectura de los instrumentos internacionales correspondientes, en la parte citada por la propia COMISIÓN, para darse cuenta que la afirmación de la misma es falsa. No existe, en derecho internacional público, un fundamento para que los Testigos de Jehová incumplan los deberes a que se ha hecho repetidas menciones. Por lo tanto, al no estar regulado en ningún instrumento internacional, es plenamente aplicable lo previsto en nuestra legislación interna.

La segunda observación que argumenta LA COMISIÓN:

“(...) es ilegal imponer sanciones disciplinarias, especialmente sanciones que representan discriminación y privación de derechos fundamentales, expulsar del plantel educativo o no permitir la inscripción a los alumnos Testigos de Jehová porque se niegan a rendir honores a la Bandera y a entonar el Himno Nacional, esto porque ni esas sanciones ni otras, están previstas en la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional, en la Ley General de Educación, ni en los acuerdos 96, 97 y 98 que regulan la organización y funcionamiento de las escuelas primarias, secundarias y secundarias técnicas, así como los lineamientos emitidos por la Secretaría de Educación Pública. Las sanciones previstas en estos ordenamientos se

<sup>17</sup> En la Declaración aparecen como artículos 1, 4, 5 y 6, no como artículos 1o., 4o., 5o. y 6o.

<sup>18</sup> *Vid. infra*, “Anexo. Instrumentos Internacionales”. En este Anexo se reproducen, para una pronta referencia del lector, los Instrumentos Internacionales referidos, en la parte conducente.

refieren claramente no a la omisión, sino a los casos en que la conducta de los individuos represente una falta de respeto a los símbolos patrios, actitud que de ninguna manera presentan los alumnos que profesan la religión de Testigos de Jehová”.

Al quedar dicho que no es aplicable el derecho internacional, luego entonces, es procedente acudir a nuestra propia legislación, donde encontramos que existen los siguientes fundamentos para el caso que se comenta.

En el segundo párrafo del artículo 1o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, se prevé que “Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”. A su vez, en el artículo 29, fracción II de la citada Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, se señala que “constituyen infracciones a la presente ley, por parte de los sujetos a que la misma se refiere: agraviar a los símbolos patrios o de cualquier modo inducir su rechazo”.

De igual forma, en el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno nacionales, se establece que “las autoridades educativas federales, estatales y municipales dispondrán que en las instituciones de enseñanza elemental, media y superior se rindan honores a la Bandera Nacional los lunes, al inicio de labores escolares o a una hora determinada en ese día durante la mañana, así como al inicio y fin de cursos”. Esto se complementa con lo previsto en el artículo 56 de la misma Ley, donde se determinan sanciones por contravenciones a dicha Ley, que no constituyan delito, pero que impliquen un desacato o falta de respeto a los Símbolos Patrios.

Existen otras disposiciones, como son el “Acuerdo número 98, por el que se establece la organización y funcionamiento de las escuelas de educación secundaria”, donde se prevé, en el artículo 46, fracción VII que “corresponde a los alumnos: guardar respeto y rendir honores a los símbolos patrios”, y en el artículo 70, fracción II, que “serán sancionadas las conductas de falta de respeto a los símbolos patrios”.

Todos los anteriores fundamentos, LA COMISIÓN pretende desconocerlos, afirmando que las sanciones previstas en nuestro marco

jurídico, sólo se aplican cuando exista una falta de respeto a los símbolos patrios, pero no cuando exista una omisión al no rendir los honores correspondientes a la bandera y al himno nacionales. De esta forma, LA COMISIÓN afirma que la actitud de los Testigos de Jehová no es una falta de respeto a nuestros símbolos nacionales, toda vez que mantienen, durante las ceremonias escolares, una actitud pasiva y respetuosa.

El argumento de LA COMISIÓN resulta sofista. De presupuestos falsos, se pretende alcanzar una conclusión verdadera. Sin embargo, no resiste un análisis mínimo, como veremos en seguida: la obligación de los alumnos Testigos de Jehová, al igual que cualquier otro del sistema educativo nacional, es rendir honores a la bandera y al himno nacionales. Argumentando motivos religiosos, los Testigos de Jehová incumplen este deber y a pesar de estar presentes en las ceremonias, su actitud, como ellos mismos lo afirman, es pasiva. Luego entonces, no cumplen la obligación a que están sujetos todos los alumnos y con eso, manifiestan su desagrado a la bandera y al himno. Los propios Testigos afirman, y así lo recoge LA COMISIÓN en LA RECOMENDACIÓN publicada al 30 de mayo de 2003, que si rindieran honores a la Bandera y al Himno, cometerían un acto de idolatría, inconcebible para sus conciencias. Esto significa que el acto cívico de rendir honores a nuestros símbolos patrios, lo convierten en idolatría, algo que es menospreciado por ellos. Entonces, cabría preguntarle a LA COMISIÓN, si este acto, de permanecer pasivos en las ceremonias, no conlleva un rechazo manifiesto y el consecuente desprecio a nuestros símbolos. La respuesta debe ser clara: la actitud de los Testigos de Jehová, con la intención manifiesta por ellos mismos, es una falta de respeto a la bandera y al himno nacionales.

La tercera observación de LA COMISIÓN es un largo argumento de por qué, en su concepto, "(...) el conflicto que se presenta con los alumnos Testigos de Jehová, que se niegan a rendir honores a los símbolos patrios, debe encontrar solución en los principios que rigen la educación en nuestro país, y que están consagrados y desarrollados en el artículo 3o. constitucional y en la Ley General de Educación. Por ello deben enseñar a los alumnos los valores de la tolerancia y la convivencia, partiendo del derecho a la diferencia y del respeto que se debe tener a la dignidad de los individuos".

### Sigue diciendo LA COMISIÓN:

"La diferencia que plantea el credo de los alumnos Testigos de Jehová, debe ser respetada por toda la comunidad escolar, porque en la medida en que sus miembros acepten y comprendan al otro, los centros educativos del país formarán individuos preparados para insertarse en una sociedad plural y cambiante, que debe tener como valor principal el respeto a la dignidad humana. Los criterios que rigen la educación que imparte el Estado no pueden desarrollarse en un entorno en donde se discrimina y se sanciona a los individuos por sus creencias religiosas. Ello no es obstáculo para que el personal docente cumpla con el deber de enseñar a los alumnos Testigos de Jehová el aprecio por la historia, los símbolos patrios y las instituciones nacionales. De igual forma, se debe explicar a los educandos que por cuestiones de sus creencias religiosas los compañeros que pertenecen a la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová<sup>19</sup> no participarán activamente en la ceremonia para rendir honores a los símbolos patrios; sin embargo, estarán presentes en la misma con una actitud pasiva y guardando respeto".

Esta interpretación que hace LA COMISIÓN de los principios del artículo 3o. constitucional, desarrollados en la Ley General de Educación, es extremadamente amplia. Esto significaría que cualquier alumno, acogiéndose al respeto a sus creencias religiosas, podría ir en contra de toda la disciplina escolar y del orden mismo que es parte del ambiente de un centro de educación. Más aún, se llegaría al extremo de que todos los alumnos decidieran qué hacer y qué no hacer en el ámbito escolar, escudándose siempre en la libertad de creencias.

Es cierto que, en este caso, sólo hace LA COMISIÓN referencia a la ceremonia de honores a los símbolos patrios, donde los Testigos de Jehová no participan, o como en la propia RECOMENDACIÓN se dice, participan "con una actitud pasiva y guardando respeto". Pero interpretaciones así, permiten que esa excusa se pueda utilizar en la omisión de otros deberes cívicos y escolares que, al igual que el de la ceremonia de honores a la bandera y al himno, son tradicionales en

<sup>19</sup> Esta misma denominación de "Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová", en lugar de "Testigos de Jehová", aparece en MOCTEZUMA BARRAGÁN Javier y CASTRO ESTRADA, Álvaro. *México y su religiosidad*, México, Secretaría de Gobernación, 2003, pp. 57 y 63.

nuestras escuelas, forman parte del ambiente escolar y están regulados en la ley.

No es permitiendo que los Testigos de Jehová incumplan sus deberes cívicos, la forma de inculcar, a todos los alumnos, el amor a la patria, lo cual constituye una obligación del Estado, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 3o. constitucional. Lo que se está haciendo, al permitir esas conductas, es alentar el desamor a los símbolos nacionales, puesto que en la disyuntiva de escoger entre Dios y patria, los Testigos de Jehová se inclinan por Dios. Esto no es admisible, ni mucho menos necesario, toda vez que el Estado no pide que se renuncie a la religión, lo que exige es el respeto a los símbolos patrios. Los Testigos de Jehová son ellos mismos los que se han puesto en esta situación, de escoger entre Estado y religión. Las demás religiones, o asociaciones religiosas para efectos jurídicos, que existen en nuestro país, no tienen conflictos de esta clase, porque saben que el Estado y la religión no tienen por qué excluirse, sino al contrario, son dos aspectos del ser humano que pueden y deben complementarse uno al otro. El terreno religioso es lo divino y el ámbito de competencia del Estado es lo político y lo social.

LA COMISIÓN afirma que el personal docente debe cumplir “con el deber de enseñar a los alumnos Testigos de Jehová el aprecio por la historia, los símbolos patrios y las instituciones nacionales”. Esto, es evidente, está en contradicción con lo dicho en la propia RECOMENDACIÓN, puesto que el aprecio por los símbolos patrios se manifiesta, entre otras formas, mediante el hecho de rendir honores a la Bandera y al Himno nacionales. Para los Testigos de Jehová, esa ceremonia cívica donde se manifiesta respeto a la Bandera y al Himno, es un acto de idolatría (como en LA RECOMENDACIÓN se reconoce), y por lo tanto, no podrá haber aprecio en algo que es ajeno a su conciencia.

La pretensión de LA COMISIÓN, de que los alumnos Testigos de Jehová permanezcan en estas ceremonias cívicas con una actitud pasiva, implica un trato desigual hacia los demás alumnos, quienes participan activa y correctamente en el acto de rendir honores. Esta situación va en contra de lo previsto en el inciso c), fracción II del artículo 3o. constitucional, donde se ordena que la educación contribuirá a la mejor convivencia humana, sustentando los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres. LA RECOMEN-

DACIÓN va en contra de esos ideales de fraternidad y abre desigualdades entre los alumnos, al tratarlos de distintas formas, según sea su credo religioso.

La última observación de LA COMISIÓN consiste en:

“(…) este Organismo Nacional ha recibido también quejas de profesores que profesan la religión de los Testigos de Jehová, que señalan haber sido también objeto de hostigamientos y sanciones con motivo del ejercicio de su libertad de creencias, en términos similares a lo señalado arriba, respecto de los alumnos, al negarse a participar en las ceremonias cívicas y rendir honores a los símbolos patrios; casos en los que se pueden configurar violaciones, además de la libertad religiosa, al derecho al trabajo, previsto en el artículo 5o. constitucional, así como en los artículos 2o. y 6o.<sup>20</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 6° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos y Económicos, Sociales y Culturales”.

LA COMISIÓN se limita a afirmar que el hostigamiento y sanciones a los maestros Testigos de Jehová, son contrarios a la libertad religiosa y al derecho al trabajo, pero no da razones jurídicas o argumentos de por qué así lo considera.

Aquí cabe hacer comentarios similares a los que se han formulado para el caso de los alumnos Testigos de Jehová. Examinando los artículos citados, de los instrumentos internacionales referidos, no encontramos un fundamento para que, en ejercicio del derecho al trabajo, los maestros que son Testigos de Jehová, puedan incumplir las obligaciones laborales que les corresponden. Sin entrar a mayor detalle, puesto que LA COMISIÓN sólo le dedica dos párrafos en LA RECOMENDACIÓN al caso de los maestros Testigos de Jehová, podemos afirmar que ni en el artículo 5o. constitucional, ni en el 123 constitucional existe un fundamento para que los maestros Testigos de Jehová no participen en las ceremonias cívicas para rendir honores a los símbolos patrios. Ese fundamento tampoco existe en la legislación ordinaria, como es la “Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 constitucional”, ni en la “Ley Federal del Trabajo”, de aplicación supletoria, ni cualquier otra disposición normativa conducente.

<sup>20</sup> En el Pacto aparecen como artículos 2 y 6, no como artículos 2o. y 6o.

En esta materia es aplicable la siguiente jurisprudencia, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que no deja lugar a dudas sobre la conducta ilegal asumida por los maestros Testigos de Jehová, y que conlleva la aplicación de una sanción:

“TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ES JUSTIFICADO EL CESE DE UN PROFESOR QUE SE ABSTIENE DE RENDIR HONORES A LA BANDERA NACIONAL Y ENTONAR EL HIMNO NACIONAL. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 31 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, 1o., 9o., 12, 14, 15, 21, 38, 46, 54 y 55 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, 1o., 2o., y 3o., del decreto que ordena se rindan honores a la bandera los días lunes de cada semana en los planteles educativos de enseñanza primaria y secundaria, 2o., 3o., fracción III, y 18, fracciones I, IV, XIV y XX, del acuerdo que establece la organización y funcionamiento de las escuelas primarias, 6o., y 8o., del acuerdo por el que se reafirma y fortalece el culto a los símbolos nacionales, y 1o., 25, fracción IV, y 26, fracción VII, del Reglamento de las Condiciones Generales de Trabajo del Personal de la Secretaría de Educación Pública, el profesor de educación primaria tiene la obligación de fomentar en el educando el amor a la patria y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia; de tales disposiciones también se infiere que el escudo, la bandera y el himno nacionales son símbolos patrios de la República, en cuanto constituyen los elementos fundamentales de identidad de los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común; por tanto, es evidente que el maestro, por su profesión y la calidad de trabajo que desempeña, está obligado a fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores a la bandera nacional y a entonar respetuosamente el Himno Nacional, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y sociales que nos unen y nos identifican como nación. Por ello, el profesor que en los actos cívicos que está obligado a organizar o a participar en su centro de trabajo, se abstiene de rendir honores a la Bandera y de entonar el Himno Nacional, incurre en las causas de cese previstas en el artículo 46, fracción V, incisos a) e i), de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ya que con esa conducta incumple una obligación derivada de la ley y de las condiciones generales de trabajo que rigen su relación laboral, además de que no procede rectamente en las funciones que tiene encomendadas.

Octava época:

Contradicción de tesis 17/94. Entre las sustentadas por el Cuarto y Primero Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 15 de

agosto de 1994. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sergio González Bernabé.

Apéndice 1917-1995. Tomo V. Primera Parte. página 376. Cuarta Sala, tesis 571; véase la ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava época, tomo XIX, octubre de 1994, p. 99.<sup>21</sup>

### 3. Otros argumentos

A mayor abundamiento, existen otros razonamientos lógicos y fundamentos jurídicos, que demuestran la falta en que incurren los Testigos de Jehová, y que son los siguientes.

#### A. Artículo 24 constitucional

En este precepto se prevé, como lo hemos visto, que la libertad religiosa llega hasta el momento en que las ceremonias, devociones o acto de culto, constituyen un delito o falta penadas por la ley. El texto es claro y la interpretación, creemos, no admite duda. A pesar de lo anterior, hemos revisado los antecedentes de esta disposición constitucional, para tratar de encontrar algo que sustente las opiniones de LA COMISIÓN y no hemos encontrado nada que contradiga el espíritu del texto citado.

Este artículo fue discutido por el Congreso Constituyente de 1917, en las sesiones números 29a., del 4 de enero de 1917 y en la sesión 65a., del 27 de enero del mismo año. En ninguno de los debates aparece que la intención del Constituyente fuera permitir que, por motivos religiosos, se excusara a alguien de cumplir un deber que se regule en la ley. Esa es la intención y el alcance del 24 constitucional.

La actitud de los Testigos de Jehová, que alegando motivos religiosos incumplen deberes hacia el Estado, es lo que en doctrina se denomina “objeción de conciencia”. Esta podemos entenderla como “La negación de una persona concreta o de un determinado grupo social a observar una conducta ordenada por la ley, alegando para

<sup>21</sup> Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*. Tomo V. Materia del Trabajo. Jurisprudencia, vol. I, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia, 2000, pp. 536 y 537, tesis 660.

ello motivos de conciencia, basados, por lo común, en creencias religiosas".<sup>22</sup> En nuestro derecho esta figura no existe.

Revisando nuestro texto constitucional y las leyes que de ella emanan, podemos apreciar que no existe fundamento para la objeción de conciencia. Por lo tanto, no es válido argumentar motivos religiosos para no cumplir lo que el Estado ordena.

El artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la libertad de creencias, pero no abre la posibilidad de incumplir la ley por motivos religiosos. Todos somos iguales ante la ley, recogiendo nuestra tradición liberal del siglo XIX, y nadie debe tener un trato distinto a los demás. La intención del Constituyente nunca fue abrir diferencias por motivos religiosos.

El Estado mexicano es laico, y como tal no puede apoyar ni proteger ninguna religión. Permitir que los Testigos de Jehová incumplan un deber cívico tan elemental como el de rendir honores a la Bandera, implica apoyo a una religión, en contra de las demás.

Cada quien puede creer en lo que quiera o no creer, puede adorar al Dios o a los dioses que le agraden, puede externar su culto de la manera que más le agrade, pero lo que no debe hacer, ni el derecho permitir, es que bajo el pretexto de una libertad religiosa mal entendida, se vaya en contra del propio derecho.

### B. Artículo 3o. constitucional

Establece, en su fracción I, que la educación que imparte el Estado es laica y que, por lo tanto, se mantendrá ajena a cualquier doctrina religiosa. El hecho de permitir que los Testigos de Jehová no rindan honores a la bandera en ceremonias escolares, como pretende LA COMISIÓN al expedir LA RECOMENDACIÓN, va en contra de este precepto constitucional y atenta contra el derecho a la educación.

La educación es laica y es obligación del Estado acatar esta disposición constitucional, que estaría incumpliendo al permitir que en

<sup>22</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto, "Ley y conciencia", en *Objeción de conciencia* (memoria del Coloquio Internacional organizado por la UNAM en 1997), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 10.

una ceremonia cívica y escolar, como es el rendir honores a la Bandera y entonar el Himno Nacional, se introduzca elementos religiosos, como sería el permitir que los Testigos de Jehová, por sus opiniones y creencias religiosas, no participen deliberadamente. El autorizar que los Testigos de Jehová no tengan las mismas obligaciones que los demás alumnos, significa que se estaría permitiendo el incumplimiento y la omisión de deberes cívicos por causas religiosas, poniendo a la religión por encima del Estado, y dando el ejemplo, a todos los alumnos y a cualquier otra persona, que no deben respetarse las leyes del país cuando esa desobediencia es por motivos religiosos.

Con actitudes de esa naturaleza, la educación dejaría su carácter de laica, toda vez que la doctrina de los Testigos de Jehová se impondría en las ceremonias cívicas y cualquiera, alegando ese credo, podría desatenderse de sus obligaciones cívicas.

Tomando como pretexto la objeción de conciencia, que como lo hemos visto no tiene fundamento en nuestro derecho, se iría en contra del espíritu laico de la educación, se harían distinciones entre alumnos (los que cumplen esos deberes escolares y cívicos, y los que no), y se pondría de manifiesto una conducta mucho más peligrosa que, en el fondo, es lo que debe preocupar al Estado: se manifiesta desprecio por el Estado mismo, toda vez que la Bandera es un símbolo, y todo lo que significa y representa, o sea, gobierno, nación, patria. Los propios Testigos así lo dicen, y LA COMISIÓN lo recoge en LA RECOMENDACIÓN, que el "participar en las ceremonias de honores o saludo a la bandera (...) equivale a un acto de idolatría, inaceptable para su conciencia". El derecho no debe permitir esto, puesto que los Testigos de Jehová viven en un Estado al que deben atender y cuyas reglas deben cumplir.

Lo anterior queda reforzado con lo previsto en el inciso c), de la fracción II del propio artículo 3o. constitucional, donde se señala que uno de los criterios que orientará a la educación, es que evite los privilegios de religión. Permitir la conducta de los Testigos de Jehová, es conceder un privilegio, para no participar en ceremonias cívicas, con el contenido ideológico que ello implica, según fue antes comentado.

## IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

*"Pues dad a César lo que es de César,  
y a Dios lo que es de Dios"*  
Jesús<sup>23</sup>

La obligación de todos los alumnos de primaria y secundaria, es rendir honores a la bandera y al himno nacionales. Ese deber no admite, jurídicamente hablando, excepción alguna. Igual consideración cabe para los profesores de educación primaria y secundaria, habiendo en éstos, mayor responsabilidad, toda vez que son ejemplo, y deben ser guía, para sus alumnos.

La conducta de los Testigos de Jehová, al negarse a rendir honores a los Símbolos Patrios, no tiene fundamento. En los instrumentos internacionales referidos en LA RECOMENDACIÓN, no existe justificación de ninguna clase. Y a su vez, en nuestra legislación, tampoco hay una fundamentación válida para que los Testigos de Jehová, se desatiendan de sus deberes cívicos y legales. En México no existe la objeción de conciencia.

Las obligaciones que impone el Estado mexicano, no excluyen los deberes que exige la creencia en una religión, no son opuestos unos a otros, ni entran en colisión. El conflicto que se ha dado en las primarias y secundarias no fue motivado por las autoridades escolares. Son los propios Testigos de Jehová quienes lo han creado, con su negativa a participar en las ceremonias cívicas referidas.

LA RECOMENDACIÓN que ha emitido LA COMISIÓN podrá servir, en un primer momento, a que las autoridades escolares acepten la actitud de los Testigos de Jehová. Pero debe verse más allá, en las consecuencias a mediano y largo plazo que tendrá. Debilitará la disciplina escolar y ahondará, aún más, las diferencias entre los Testigos de Jehová, y el resto de alumnos y maestros. Y todo esto, debemos insistir, sin que exista fundamento expreso aplicable.

<sup>23</sup> San Mateo, capítulo 22, versículo 21. *La Sagrada Biblia*, traducida de la Vulgata latina al español, aclarado el sentido de algunos lugares con la luz que dan los textos originales hebreo y griego, e ilustrada con varias notas sacadas de los Santos Padres y expositores sagrados, por D. Félix Torres Amat. Ilustrada por Gustavo Doré, tomo IV, Nuevo Testamento, Barcelona, Montaner y Simón, 1884, p. 34.

Patria y religión son dos de las cosas más queridas y respetadas por la mayoría de los hombres. En un Estado laico, como lo es el mexicano, sus caminos no tienen causa o razón para oponerse, ni para dividir. Lo social y lo político es la materia del Estado, mientras que lo espiritual lo es de la fe en un credo religioso.

El mensaje que se subsume en LA RECOMENDACIÓN es que, invocando motivos religiosos, se podrán incumplir los deberes que se ordenan en la ley. Esa es la enseñanza que recibirán, no sólo los alumnos y maestros Testigos de Jehová, sino todo el alumnado y profesorado de nuestras escuelas primarias y secundarias. Ante la disyuntiva de escoger entre el cumplimiento de un deber cívico, regulado en la ley, o la aceptación de una conducta prescrita por los dogmas de una religión, el resultado no puede ser más que un antagonismo, innecesario y estéril.

*"(...) Como es evidente por lo antes dicho,  
la ley tiene dos aspectos esenciales:  
primero, el ser regla de los actos humanos;  
segundo, el ser coactiva.*

*Por tanto los hombres pueden estar sujetos a la ley de dos maneras.*

*Primero, como lo regulado está sujeto a su regla.*

*Y según esta manera, todos cuantos están sujetos a una potestad,  
lo están también a la ley que dimana de dicha potestad".*

Santo Tomás de Aquino<sup>24</sup>

## ANEXO

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

### Convención americana sobre derechos humanos (artículos 1, 12 y 19).

#### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garanti-

<sup>24</sup> AQUINO, Tomás DE, "Tratado de la Ley", Capítulo VII. Sobre el poder de la ley humana (I, II, cuestión 96), en *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, 6a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 44.

zar 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.

#### Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

#### Artículo 19. Derechos del Niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

#### Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>25</sup> (artículos 60 y 13).

#### Artículo 60. Derecho al trabajo.

<sup>25</sup> Vid. *supra* nota 13.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

#### Artículo 13. Derecho a la educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
  - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
  - b) la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

- c) la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - d) se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
  - e) se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.
  5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

### **Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículos 18 y 27).**

#### **Artículo 18. Observación general sobre su aplicación.**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden,

la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

#### **Artículo 27. Observación general sobre su aplicación.**

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

### **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 2, 6 y 13).**

#### **Artículo 2**

1. 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. Observación general sobre su aplicación.
2. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

## Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

## Artículo 13. Observación general sobre su aplicación.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
  - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
  - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por

cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
  - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
  4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

**Convención sobre los derechos del niño (artículos 2, 14, 28 y 29).**

## Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de

discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

#### Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

#### Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
  - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
  - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
  - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
  - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
  - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.
3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

#### Artículo 29. Observación general sobre su aplicación.

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
  - a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
  - b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
  - c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
  - d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
  - f) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.
2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

## Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2, 18 y 26).

### Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

### Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

### Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

## Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (artículos 1, 2, 3, 5 y 6).

### Artículo 1

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

### Artículo 2

1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares.
2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

### Artículo 3

La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal

de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.

#### Artículo 5

1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño.
2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.
3. El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad.
4. Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquellos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.
5. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración.

#### Artículo 6

De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

#### **Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (artículos 1, 4, 5 y 6).**

#### Artículo 1

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.
2. Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos.

#### Artículo 4

1. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.
2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.
3. Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno.
4. Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto.
5. Los Estados deberán examinar medidas apropiadas de modo que las personas pertenecientes a minorías puedan participar plenamente en el progreso y el desarrollo económicos de su país.

#### Artículo 5

1. Las políticas y programas nacionales se planificarán y ejecutarán teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.
2. Los programas de cooperación y asistencia entre Estados deberán planificarse y ejecutarse teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.

#### Artículo 6

Los Estados deberán cooperar en las cuestiones relativas a las personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas, el intercambio de información y de experiencia, con el fin de promover la comprensión y la confianza mutuas.

# SOBRE EL NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis Miguel CANO LÓPEZ  
Graciela RODRÍGUEZ MANZO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reforma constitucional de 1999.* III. *El nombramiento del actual presidente de la CNDH.* IV. *La reforma legal de 2001.* V. *Medios para controlar el nombramiento del presidente de la CNDH.* VI. *Discusiones pendientes.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las labores desempeñadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en torno a la salvaguarda de los derechos fundamentales debieran tener una gran trascendencia no sólo en el orden jurídico sino también en el sistema político mexicano. A fin de coadyuvar a la realización de objetivo tan esencial para la instauración de una democracia como es el respeto irrestricto de los derechos básicos de las personas, se ha emprendido en nuestro país un proceso para dotar de creciente independencia y atribuciones a esa institución, debido al cual hace casi cinco años adquirió el carácter de organismo constitucionalmente autónomo, según se reconoce en el artículo 102, apartado B, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este contexto, el procedimiento que se lleva a cabo para elegir al presidente de la CNDH representa un buen escenario en donde constatar el grado real de autonomía que se pretende para tal defensor del pueblo. En la medida que el nombramiento de ese servidor público cumpla íntegramente con los requisitos constitucionales y

legales pertinentes, asegurando por su origen y su cercanía con la sociedad, la necesaria libertad para ejercer sin ninguna restricción sus funciones frente a los demás poderes públicos y, eventualmente, también de cara a los grupos de poder privados, se podrá estar más próximo de la democracia con derechos que requiere México.

Con estas ideas en mente, a continuación se analizan la reforma constitucional de 1999 y la posterior modificación al ordenamiento legal de 2001, ambas relativas a la CNDH, para ello específicamente se acude a las iniciativas, las exposiciones de motivos, los dictámenes y los supuestos debates que dieron lugar a su aprobación en las instancias legislativas competentes.<sup>1</sup> Estos antecedentes, en conjunto con el repaso de otros datos, incluidos los jurisprudenciales, se reúnen aquí para argumentar la presencia de elementos objetivos que deben cumplirse si se quiere respetar a cabalidad el procedimiento de elección de un presidente que goce de la independencia suficiente para dirigir la citada comisión, así como para intentar mostrar ciertas vías para demandar su exigibilidad ante posibles incumplimientos.

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999

En aquella ocasión se precisó como uno de los dispositivos para reforzar la incipiente autonomía de la CNDH, un nuevo procedimiento para elegir a su titular, ya no dependiente de la participación del ejecutivo federal, ni siquiera en calidad de proponente, sino confiado enteramente a un órgano legislativo federal. Durante el proceso de reforma constitucional que se emprendió con tal fin, correspondió a la Cámara de Diputados, que fungía como cámara de origen en ese caso, el debate sobre quiénes, dentro del poder legislativo, deberían tener la facultad de nombrarle un presidente a la comisión. A pesar de que todas las iniciativas presentadas incluían algún tipo de intervención de la propia Cámara de Dipu-

<sup>1</sup> Se hace referencia a la reforma constitucional del apartado B del artículo 102 de nuestra ley fundamental que apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 13 de septiembre de 1999, así como a la reforma de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de noviembre de 2001. Asimismo, por lo que hace a los demás documentos, se han consultado el diario de los debates del senado de la república y los archivos históricos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

tados, extrañamente, sin ahondar en el estudio de reprobables motivaciones políticas, fue ella misma la que resolvió que recaería exclusivamente en el senado dicha tarea.

A modo de paréntesis, vale la pena mencionar al menos una interrogante en torno al razonamiento que finalmente permitió que fueran sólo los senadores los que asumieran la atribución de designar al presidente de la CNDH. Al respecto, en el dictamen elaborado por las comisiones competentes de la Cámara de Diputados, para justificar que la referida elección debiera recaer en el senado, se alude que por ser la CNDH un órgano federal, así como por las eventuales relaciones que sostendría con los organismos estatales equivalentes, es a los representantes de las entidades federativas a quienes conviene encomendar esa facultad.<sup>2</sup> Lo que no se discute y que debió tomarse en cuenta, es que ya en ese tiempo era dudoso que los senadores ostentaran esa representación debido a la aparición de senadores electos por el principio de representación proporcional, según mandato del artículo 56 constitucional, lo que significa que 32 de ellos se eligen gracias a un "sistema de listas votadas en una sola circunscripción plurinominal nacional", que para nada es congruente con aquella representación. En todo caso, el nombramiento del titular de la comisión también puede incumbir a la comisión permanente del Congreso de la Unión y como ésta se conforma tanto de senadores como diputados, ahí resulta todavía más claro que su participación no guarda relación alguna con esa aducida representatividad de carácter federal. De considerarse lo anterior, perdería sustento el punto de vista que niega bajo esa tesis la colaboración de los diputados en la designación del titular de la CNDH.

De mayor trascendencia en relación con el procedimiento para elegir presidente de la CNDH, en ese mismo dictamen se manifestó expresamente, al razonar sobre la idoneidad de una de sus disposiciones transitorias, que "en un plazo máximo de 60 días" y "a partir de una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los sectores del país, así como entre los organismos

<sup>2</sup> Se tienen en mente los párrafos que aparecen en la foja 20 correspondiente presuntamente al diario de los debates de la Cámara de Diputados del año II, núm. 3, de fecha 1 de junio de 1999.

públicos y privados dedicados a la protección o promoción de los derechos humanos”, se tendría que arribar “a la ratificación” de la entonces presidenta de la CNDH, o bien, “a la integración de una terna de candidatos”.<sup>3</sup>

De aprobarse en esos términos la reforma al artículo 102 constitucional, lo que se contenía en ese texto del dictamen presentado a la Cámara de Diputados eran sendas normas procedimentales que el senado o, en su caso, la comisión permanente, tendrían obligación de acatar llegado el momento de confirmar o elegir a un nuevo titular de la CNDH.<sup>4</sup> Efectivamente, para cumplir estrictamente con ese procedimiento de nombramiento, el mismo debería concluir a más tardar 60 días después de la entrada en vigor de la modificación constitucional y llevarse a cabo respetando el resultado de una serie de consultas a la sociedad civil, además de observar el requerimiento de una votación calificada de por lo menos las dos terceras partes de los miembros presentes de cualquiera de esos cuerpos colegiados para sancionar la elección y de apegarse a los cauces fijados legalmente para poner a consideración de las autoridades involucradas, las eventuales propuestas de candidatos a ocupar ese cargo.

Pues bien, el dictamen fue aprobado por una mayoría abrumadora de diputados sin que se hiciera cambio alguno a su comentado tenor original. Así las cosas, se turnó a la Cámara de Senadores, cuyas comisiones competentes elaboraron su propio dictamen que en esencia hacía suyas las consideraciones expresadas en la colegisladora. Del contenido de esa opinión parece aconsejable destacar la insistencia del senado en la independencia de los organismos encargados de proteger los derechos humanos, no sólo respecto “de los poderes tradicionales sino también de los partidos políticos o de otros grupos o factores reales de poder” y, específicamente por lo que hace al titular de la CNDH, la mención de que la autonomía de esa institución necesitaba “complementarse con la calidad apartidista” de sus funcionarios principales, su presidente en primerísimo lugar, así como una evocación para que el presidente de la CNDH pudiera disfrutar

“de total independencia en el ejercicio de sus funciones sin estar sujeto a mandatos imperativos ni recibir instrucciones de ninguna autoridad ni poder estatal, estando sólo sometido al imperio de la Constitución y de la Ley Orgánica del organismo”.<sup>5</sup>

Antes de proseguir, conviene una breve digresión para hacer hincapié en un punto bastante ilustrativo sobre un tema que con posterioridad fue objeto de debate, a saber, si la disposición transitoria que prevenía no la continuación del encargo de la entonces *ombudsman* hasta concluir el periodo original para la que fue nombrada, sino su ratificación o su posible sustitución, adolecía de vicios de retroactividad prohibidos por el propio artículo 14 constitucional. La diferencia de trato respecto de la entonces titular de la CNDH en comparación con los demás miembros del consejo consultivo de ese organismo, podía hacer pensar no sólo en una reforma retroactiva, sino, más grave todavía, una con carácter privativo.

Ciertamente podía tratarse de una reforma privativa si se interpretaba que esa disposición transitoria llevaba “nombre y apellido”, que su intención concreta era remover a la entonces presidenta de la CNDH, lo cual podía denotar un trato discriminatorio frente a sus compañeros del consejo, además de implicar una aplicación retroactiva de una norma en perjuicio de su persona. Con esto se hacía posible el incremento de la lista de derechos violentados por la reforma, adicionando a la afectación de la garantía contenida en el artículo 14 constitucional, la del artículo 13 constitucional, así como la del principio de igualdad ante la ley y la del principio de prohibición de tratos discriminatorios, los cuales, dicho sea de paso, informan varias disposiciones constitucionales e internacionales que obligan inexorablemente a todas las autoridades mexicanas.

A fortalecer esa interpretación de una reforma “personalizada” contribuyen las expresiones de ciertos legisladores que no se encontraban conformes con la gestión de la titular de la CNDH. Con inde-

<sup>5</sup> Estas frases se citan de la p. 9 del diario de los debates correspondiente a la Cámara de Senadores, núm. 3, de fecha 8 de junio de 1999. Cabe agregar que en la foja 10 se señala que “garantiza igualmente la independencia del Presidente de la Comisión Nacional, que su elección obedecerá a las propuestas que se hagan en la propia Cámara de Senadores, sin obedecer a propuestas de otra índole que pudieran afectar su necesaria y completa autonomía de gestión”.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>4</sup> De modo similar parece interpretarlo por lo menos un diputado participante de la discusión que siguió a la presentación del dictamen de referencia. *Idem*, p. 28.

pendencia de ello, lo que aquí es de llamar más la atención es la reflexión dada por las comisiones del senado que prepararon el dictamen en comento, precisamente al tratar de justificar las disposiciones segunda y tercera transitorias. Los senadores involucrados razonaban que la posibilidad de que los consejeros de la CNDH pudieran concluir su mandato y luego ser ratificados para uno posterior, se encontraba “ajustada a derecho, pues además de que conserva el ejercicio de funcionarios probos que han acreditado el cumplimiento de sus obligaciones sobre el particular, evita que pudiera interpretarse que la reforma que ahora se pretende pudiera conculcar o vulnerar el principio de la no retroactividad de las leyes”. Inmediatamente después y sin mediar explicación alguna,<sup>6</sup> confirmaban su beneplácito respecto de la disposición transitoria relativa al nuevo procedimiento de elección del *ombudsman*, sin darse cuenta de que la distinción en el trato entre los consejeros y la titular de la CNDH, podía dar lugar a pensar que en la entonces presidenta no encontraban ninguno de los motivos que apenas antes les habían hecho decir que la propuesta respecto de los consejeros les resultaba “ajustada a derecho”, o peor todavía, que en este caso no importaba “que pudiera interpretarse que la reforma que ahora se pretende pudiera conculcar o vulnerar el principio de la no retroactividad”.<sup>7</sup>

Habría que aclarar, como después se hizo, que una reforma constitucional, incluidos sus artículos transitorios, no puede ser inconstitucional, puesto que su contenido es, una vez aprobado adecuadamente por el procedimiento del artículo 135 constitucional, parte integrante de la propia Constitución y así, tratándose de disposiciones constitucionales, no hay jerarquía que prevalezca, lo que hace que sus posibles contradicciones sean irresolubles. Otra cosa es la vulneración de los derechos reconocidos en el ámbito internacional, pero eso es una historia distinta.

<sup>6</sup> Peor aún porque de hecho su pretendida justificación consistía en suscribir cabalmente los “razonamientos expresados” en el dictamen preparado por la Cámara de Diputados. *Idem*, p. 13. Lo malo es que esos razonamientos en realidad son inexistentes, como puede comprobar cualquiera que dé lectura a ese documento de la colegisladora, en especial de sus fojas 22 y 23.

<sup>7</sup> Se vuelve a hacer referencia al diario de los debates correspondiente a la Cámara de Senadores, núm. 3, de fecha 8 de junio de 1999, ahora en su p. 12.

Es en ese entendido que a primera vista no parece correcto hablar de inconstitucionalidad de las disposiciones transitorias, no obstante ser patente que mediante ellas se dispensó un trato diferenciado a los entonces servidores de la CNDH. Cuestión separada y de gran interés para el tema central de esta disertación es la aceptación expresa, por parte de las comisiones pertinentes del senado, de que el artículo transitorio que dispuso el novedoso mecanismo para elegirle titular a ese organismo constitucionalmente autónomo contenía normas procedimentales vinculantes para esa cámara o, en su caso, para la comisión permanente, aplicables justamente a ese procedimiento de selección del *ombudsman* del cual iban a estar encargadas. Al respecto, abiertamente los senadores argumentaron que “el propio transitorio contiene dos reglas principales, de carácter procedimental y de principios de justicia, pues por una parte en su inciso A establece que la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos, para proponer la terna consiguiente, y por otra parte, en el inciso B, se establece que con base en la auscultación señalada, la comisión de referencia podrá proponer la ratificación del actual titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos o, en su caso, integrar una terna de candidatos”.<sup>8</sup>

Con esta reflexión el senado, es decir, la cámara del poder legislativo federal que fungía como revisora en ocasión del procedimiento de reformas iniciado para dar cumplimiento al artículo 135 constitucional, abría la posibilidad de introducir elementos suficientes a fin de argumentar y probar que la interpretación constitucionalmente adecuada de las disposiciones transitorias del decreto que iba a modificar el artículo 102 de la ley fundamental, es aquella que defiende que la decisión del propio senado o de la comisión permanente del

<sup>8</sup> Este párrafo se halla en las pp. 12 y 13 del dictamen del senado anteriormente citado. Asimismo, no debe pasar desapercibido que el referido inciso A del artículo tercero transitorio nada expresaba sobre la inmediata presentación de una terna de candidatos luego de acabado el proceso de consulta ciudadana, sino que por disposición del propio inciso B, una vez realizada esa auscultación, se abrían dos posibilidades, o la ratificación de la presidenta de la CNDH, o entonces sí, la puesta en consideración de la terna de aspirantes seleccionados para sustituirle.

Congreso de la Unión, no resulta totalmente discrecional. Lo anterior, si se toma en cuenta que es con fundamento en la consulta hecha a la sociedad civil sobre quién puede ser la persona idónea para ostentar la responsabilidad de dirigir a la CNDH, consulta conducida por la comisión interna del senado facultada especialmente para este asunto pero que en última instancia debiera atender íntegramente las opiniones ciudadanas, que se podía proponer, precisamente por dicha comisión senatorial con base en el resultado de tal consulta, la ratificación de la presidenta de la CNDH, o bien, la terna de candidatos para que de entre ellos se eligiera al próximo titular de esa institución, recayendo la decisión final en el pleno del senado o, si éste se encontraba en receso, en la comisión permanente.

En otras palabras, desde este punto de vista, es el sentir ciudadano el que debe vincular las acciones de la comisión interna del senado y, por ese medio, informar y hasta limitar en cierto grado al propio senado o a la comisión permanente sobre quiénes son los candidatos que en la sociedad civil se perciben como más aptos para intentar gobernar la CNDH, justamente porque se les ve como personas comprometidas con la defensa de los derechos humanos y cercanas a la ciudadanía, no a los sectores poderosos que normalmente están tentados para lesionar precisamente esos derechos. Aceptando este enfoque, de cualquier manera conviene observar que la comisión interna del senado, obligada por el resultado de la auscultación, puede proponer o la ratificación o la consideración de una terna de aspirantes, mientras que continúa siendo facultad del senado o de la comisión permanente, decidir, de plantearse la ratificación, si procede o no, o bien, de formularse una terna, cuál de entre los aspirantes debe ser nombrado presidente de la CNDH, o también, si resulta que no está de acuerdo con ninguna de las candidaturas, la ratificación de quien en ese momento sea titular de ese organismo autónomo o la petición de una nueva terna respetuosa de la opinión ciudadana. Es decir, esos órganos colegiados conservan la libertad para resolver discrecionalmente, mas nunca arbitrariamente, lo que estimen conveniente de entre las opciones que les presente esa comisión interna del senado, pero igual, indirectamente, quedan obligados a guardar las opiniones de la sociedad que con anterioridad se hayan manifestado a esa comisión, condicionando su actuación.

No obstante, hay que reconocer que existe otra posible interpretación mucho más condescendiente con los poderes gobernantes. A su vez, en esta perspectiva se pueden apreciar dos categorías, una de las cuales aumenta los niveles de discrecionalidad hasta hacerlos prácticamente incontrolables para todos los entes encargados de la selección del presidente de la CNDH, mientras que la otra sólo lo hace respecto de aquéllos en los que descansa la decisión final. Llamadamente, se puede argumentar que ni siquiera la comisión interna del senado encuentra límites para tomar las decisiones que le corresponden, o bien, defender esta completa libertad exclusivamente para el senado o la comisión permanente cuando llega a actuar en este asunto. Desde el primer enfoque, la comisión interna goza de total independencia frente a las opiniones que ante ella hubieren vertido los sectores sociales interesados en participar en el proceso de elección del *ombudsman*, por tanto, tiene la posibilidad de desatender sus demandas y proponer la ratificación de alguien que no posea la confianza de un amplio espectro de la ciudadanía o poner a consideración una terna con personajes que tampoco ostenten la confianza ciudadana, a pesar de que el titular de la CNDH si cuenta con un importante apoyo popular. En fin, puede hacer lo que le plazca. Desde la segunda orientación, esta amplísima libertad se deposita únicamente en el senado o la comisión permanente, los cuales, frente a las proposiciones de la comisión interna que sí estén constreñidas por la voz ciudadana, pueden resolver lo que estimen conveniente, incluyendo como alternativa, además de las mencionadas anteriormente, regresar la terna que se les presenta para que la comisión senatorial conforme una nueva, aunque con ello se desestime el proceso de auscultación que previamente hubiere conducido. Utilizando ambos puntos de vista, queda claro que se hace nugatoria la participación de la sociedad civil.

Quizá faltaría para completar este recuento de la reforma constitucional de 1999, rescatar del presunto debate que siguió a la presentación del dictamen elaborado por los senadores, cierta opinión vertida por uno de los miembros de esa cámara. En ella se lamentaba que el procedimiento de consulta ciudadana necesario para arribar al nombramiento del siguiente presidente de la CNDH, quedara establecido solamente en una disposición transitoria, cuando debido a su trascendencia, las reglas que ponían en marcha ese mecanismo de auscultación

ción deberían formar parte “expresa en la redacción propia del artículo 102, apartado B, a fin de asegurar en la norma constitucional la participación de dichas organizaciones”.<sup>9</sup> Aquí conviene hacer notar que su aparición en los preceptos transitorios en nada demeritaba la obligatoriedad de su aplicación por parte de las autoridades encomendadas de la búsqueda del titular del organismo autónomo protector de los derechos humanos, aunque también es debido reconocer que su inclusión en el texto del referido artículo 102 constitucional actualmente permitiría argumentar su aplicabilidad a posteriores procedimientos de selección y no únicamente al que se llevó a cabo en esa ocasión.

De cualquier manera, a fin de contribuir con argumentos que demuestren la fuerza normativa de las disposiciones transitorias, no sobra recuperar lo dicho en este tema por algunos jueces federales. En primer lugar viene a la memoria un criterio defendido recientemente por un tribunal colegiado en el cual se ubica a los artículos transitorios como parte del ordenamiento jurídico al que siguen, al mismo tiempo que se destaca que su observancia resulta obligatoria. En un ámbito relacionado, explícitamente en torno a disposiciones transitorias que escoltan una reforma constitucional, la Suprema Corte de Justicia ha reconocido su valía para facilitar la armonización del orden jurídico. Finalmente, convenientemente para el gobierno, una jurisprudencia más remota de esa corte ha señalado que en los preceptos transitorios inclusive pueden hallarse legalmente establecidos ciertos impuestos, sin que esta circunstancia menoscabe su obligatoriedad, precisamente en razón de que estos artículos son “parte integrante del ordenamiento legal”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Idem*, p. 20. Enseguida, el mismo legislador al criticar la posible aplicación retroactiva de la disposición transitoria que implicaba la posibilidad de remover a la entonces titular de la CNDH, parecía menospreciar el valor de las normas transitorias que acompañan las modificaciones constitucionales. Al respecto, cabe mencionar que cuando todas estas normas, inclusive aquéllas que eventualmente se convertirán en parte del texto constitucional, se encuentran en la fase de proyecto, obviamente no alcanzan la categoría de disposición constitucional y, por lo tanto, su confección debe ceñirse al procedimiento establecido en el artículo 135 de la ley fundamental, pero a ello conviene añadir que independientemente de su contenido, una vez aprobadas correctamente por los órganos encargados de la revisión constitucional, asumen por igual la misma jerarquía, volviéndose todas ellas elementos integrantes de la Constitución política de nuestro país.

<sup>10</sup> En el orden en que se citan, se trata de los siguientes criterios, *Artículos transitorios. Forman parte del ordenamiento jurídico respectivo y su observancia es obligatoria*,

En conclusión, es viable defender que las normas transitorias de una reforma a la ley fundamental comparten la jerarquía constitucional de cualquier otra norma que se encuentre en la Constitución, pero lo que resulta bastante más complejo es negar que generalmente poseen una función determinada en el tiempo y sujeta a los pormenores de un caso concreto, así como que esto último dificulta su aplicación en futuras oportunidades. Así las cosas, solamente resta por señalar que el dictamen presentado en el senado fue aprobado por unanimidad, salvo lo relativo a las materias de eventual conocimiento por parte de la CNDH, que de todos modos recibió una aplastante mayoría de votos favorables. Posteriormente, la reforma consiguió el apoyo de la mayoría de las legislaturas estatales y con ello se dio cumplimiento al procedimiento del artículo 135 constitucional, siendo su texto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de septiembre de 1999.

De lo publicado ese día conviene transcribir lo siguiente:

Artículo Único. Se reforma el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 102. [...]

B [...]

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a se-

novena época, segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del sexto circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, tesis VI.2o.A. 1K, p. 1086, *Acción penal. La reforma al artículo 21 constitucional, relativa a la posibilidad de impugnar por vía jurisdiccional las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, entró en vigor el 1 de enero de 1995*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, diciembre de 1997, tesis P. CLXIII/97, p. 109, e *Impuesto establecido en artículo transitorio de una ley. No determina su inconstitucionalidad*, séptima época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 205-216, primera parte, p. 165.

guir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

[...]

#### TRANSITORIOS:

[...]

SEGUNDO. Los actuales integrantes del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, continuarán en su encargo hasta concluir el periodo para el que fueron designados, pudiendo, en su caso, ser propuestos y elegidos para un segundo periodo en los términos de lo dispuesto por el quinto párrafo del apartado B del artículo 102 que se reforma por este Decreto.

TERCERO. En un plazo máximo de sesenta días, la Cámara de Senadores o, en su caso, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, deberá elegir al Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, conforme al procedimiento dispuesto por el apartado B del artículo 102 que se reforma por este Decreto. Para tal efecto, se observarán las siguientes reglas:

A. La Comisión correspondiente de la Cámara de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos.

B. Con base en la auscultación antes señalada, la Comisión podrá proponer la ratificación de la actual Titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos o, en su caso, integrar una terna de candidatos.

[...]

### III. EL NOMBRAMIENTO DEL ACTUAL PRESIDENTE DE LA CNDH

Vistas las reformas al artículo 102 constitucional, en especial las bases normativas que han pretendido regular el proceso de nombramiento del titular de la CNDH, ha llegado el momento propicio para recordar cómo se desarrolló en concreto la designación del actual *ombudsman*. Se acude a ello con la esperanza de encontrar elementos adicionales que evidencien los límites jurídicos aplicables a ese me-

canismo de elección, si es que existe algún otro. En este orden de ideas, nuevamente se recurre al diálogo efectuado al interior de la Cámara de Senadores y del cual es posible hallar una transcripción fidedigna, aunque conviene advertir desde ahora que parte de la información en torno a las discusiones realizadas entre los senadores probablemente ha quedado inaccesible al público en general por tratarse de datos que no aparecen en el diario de los debates de ese órgano.

Se puede comenzar este relato señalando que fueron los coordinadores de los diversos grupos parlamentarios existentes en el senado los responsables de preparar el denominado "Acuerdo relativo al procedimiento para la auscultación en relación con el nombramiento del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos", el cual fue aprobado por esa cámara sin dificultad alguna, estableciéndose de esa forma el camino que debía seguirse para cumplir los mandatos del decreto de reformas constitucionales aparecido unos días antes. Inicialmente, de este documento puede rescatarse la afirmación de los legisladores en el sentido de que el siguiente titular de la CNDH necesitaba "garantizar no solamente la cobertura de los requisitos constitucionales y legales que corresponden, sino un amplio consenso social en su favor".<sup>11</sup>

En este contexto, expresamente los senadores se mostraban a favor de reiterar su reconocimiento a las reglas procedimentales que en su oportunidad habían acordado y que hacían referencia a las consultas que requerían hacerse a la sociedad en su conjunto para poder desembocar en la formulación al pleno de esa cámara de "alguna de las propuestas que autoriza el transitorio tercero, fracción B, del Decreto aludido", así como a la que a la postre se convertiría en la norma decisiva que marcaría ese proceso de elección del presidente de la CNDH, a saber, la que obligaba al senado a que en un máximo de 60 días tomara una decisión concreta sobre el particular.<sup>12</sup>

Asimismo, en ese acuerdo específicamente se depositaba en la comisión de derechos humanos del senado la tarea de conducir la auscultación que debía de culminar con la presentación de las personas

<sup>11</sup> Se hace alusión al diario de los debates correspondiente a la Cámara de Senadores, núm. 7, de fecha 30 de septiembre de 1999, p. 9.

<sup>12</sup> *Ídem*, p. 10.

más aptas para aspirar al puesto de mando del organismo autónomo protector de los derechos humanos. De hecho, gracias a los coordinadores que redactaron el citado acuerdo, es aquí donde puede constatar un antecedente de la manifestación de elementos añadidos para arribar al nombramiento del *ombudsman*, pues para aceptarse las candidaturas se hacía necesario no sólo “cubrir los requisitos” normales ordenados por el artículo 9 entonces vigente de la ley de la CNDH, sino también los demás que la comisión interna pensara “útiles para garantizar el cumplimiento de la responsabilidad que corresponde al cargo en cuestión”. Con similar trascendencia, en el punto sexto de aquel documento se dispuso que “concluida la auscultación, la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República, emitirá un dictamen al pleno de la asamblea a efecto de que conozca el resultado del proceso de consulta y se presente alguna de las propuestas que autoriza el transitorio tercero, fracción B del Decreto mencionado”, con lo cual, en esa base se empezaban a hallar ingredientes que en la actualidad propician las diferentes interpretaciones sobre las probabilidades de controlar la actuación de las autoridades involucradas en el nombramiento del titular de la CNDH.<sup>13</sup>

Supuestamente después de hechas las consultas entre las capas de población interesadas en participar en la selección del *ombudsman*, la comisión de derechos humanos del senado presentó a discusión el dictamen que originaría la toma de protesta del actual presidente de la CNDH. Lo que la comisión interna alegaba en esa ocasión era que una vez realizada la auscultación prevista en la Constitución, el resultado de aquélla era que se debía formular una terna de postulantes al pleno de esa cámara, a fin de que ese órgano colegiado decidiera lo conducente. Algunos senadores se inclinaron en favor de modificar el referido dictamen, toda vez que, en su opinión, lo que convenía era proceder a reconsiderar la posible ratificación de la entonces titular o incluir otros aspirantes. Al final, quizá conscientes de que estaba por agotarse el citado plazo de 60 días, una abrumadora mayoría de los senadores asistentes dieron por buena la propuesta de candidatos y entre ellos eligieron al que hasta el día de hoy conduce la CNDH.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*

Básicamente, lo que puede enseñar este dictamen hecho por la comisión interna del senado respecto del procedimiento para encontrarle un presidente a la CNDH es que, primero, se recalca la obligatoriedad de los mandatos constitucionales aplicables, segundo, específicamente en relación con el proceso de consultas se reconoce que también se lleva a cabo para honrar los compromisos internacionales adquiridos en el marco de las Naciones Unidas, en los que se recomienda como “garantía de independencia y el pluralismo”, un mecanismo que asegure “la representación pluralista de las fuerzas sociales (sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos”, tercero, sin que medien pruebas que fundamenten el dicho de los senadores, se asienta que “el sentir de la mayoría de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción o defensa de los derechos humanos fue el de renovar la Presidencia de la CNDH e integrar una terna de candidatos de la cual se eligiera a su titular”, cuarto, se define como “una facultad soberana” del propio senado la de nombrarle presidente a la CNDH, pero haciendo hincapié en que es por respeto a la reciente autonomía de ese organismo que deviene necesario la elección de una persona distinta al frente del mismo e, inclusive, que no conducirse en tal sentido “genera consecuencias que van más allá del incumplimiento de las disposiciones transitorias”, toda vez que se “estaría minimizando su autonomía de gestión”, quinto, se entiende vital la transparencia en la identificación de los razonamientos que motivan la conducta del senado en este asunto para que no se entienda como una falta de aprobación al desempeño de la entonces titular de la CNDH, y sexto, se recuerda que por tratarse de una norma constitucional está descartada toda posibilidad de inconstitucionalidad a la hora de no ratificar a la presidenta de la CNDH, lo que en todo caso se hace para “eliminar cualquier vínculo de origen que pueda convertirse en limitante de... [su] actuación”.<sup>14</sup>

En este escenario surgen varios elementos para defender la interpretación que se empeña en encontrar en los preceptos del decreto que reformó al artículo 102 constitucional, límites jurídicamente

<sup>14</sup> Los párrafos que se resumen aparecen en las pp. 4 y 5 del diario de los debates correspondiente a la Cámara de Senadores, núm. 19, de fecha 11 de noviembre de 1999.

atendibles para el propio senado o la comisión permanente del Congreso de la Unión, que hacen que sus resoluciones en la materia no resulten totalmente discrecionales. Obviamente hay personas que pueden observar en la frase relativa a la atribución “soberana” del senado para elegir al *ombudsman*, un dato suficiente para negar todo control a su decisión, pero parece aconsejable abandonar este tipo de juicios superficiales en una época en la que no debiera existir comportamiento alguno de los gobernantes que no quede sujeto al escrutinio no sólo público sino sobre todo jurídico. Así, por el otro lado, de esas consideraciones generales expresadas por el dictamen senatorial importa resaltar inicialmente que siempre se asumió como vinculante tanto el ordenamiento constitucional como los acuerdos internacionales que imponían recurrir a la opinión ciudadana antes de designarle un titular a la CNDH, precisamente para que su voz influyera en dicho nombramiento.

No sólo eso, aunque justificado insuficientemente, en el dictamen de la comisión de derechos humanos del senado se dice obedecer al sentir social a la hora de presentar la terna correspondiente, lo que demuestra que los legisladores comprendían perfectamente el alcance del referido proceso de consultas. Además, concretamente por lo que hace a la facultad soberana de nombramiento, ésta se reconoce únicamente para el pleno del senado y no para los miembros de la comisión interna encargada de conducir todo este procedimiento. Incluso, ellos aceptan sin mayor problema que “[n]o proceder de inmediato a nombrar un nuevo Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos”, cuando eso precisamente es lo que debían realizar los senadores para respetar cabalmente el mandato de la ciudadanía, traería por consecuencia el “incumplimiento de las disposiciones transitorias” de la reforma al artículo 102 constitucional. Por si fuera poco lo hasta aquí sustentado, resulta viable defender que esos legisladores redactores del dictamen, del que no se olvide eventualmente participaría todo ese cuerpo colegiado, inclusive comprendían que la mencionada facultad soberana de cualquier forma tenía que ejercerse en congruencia con la autonomía de la CNDH. Para ellos, ese principio de autonomía representaba el máximo valor a tomar en cuenta, pero eso no debe hacer pasar por alto que también se trata de una norma expresamente inserta en el texto constitucional del citado artículo 102. Con esto en mente, no podría argumentarse

que la soberanía del senado le alcanza para elegir como *ombudsman* a alguien que hiciera que el organismo protector de derechos humanos perdiera su autonomía o independencia.<sup>15</sup>

Como se anticipó, la comisión interna del senado tras aseverar que daba cumplimiento a las normas constitucionales, incluidos los mandatos contenidos en los preceptos transitorios, haciendo alusión expresa al proceso de consultas con la sociedad civil, pero sin motivar detalladamente los razonamientos que le llevaban a presentar en la terna de aspirantes a las personas que proponía, es más, sin mediar elemento alguno que hiciera posible confirmar que los candidatos puestos a consideración del pleno del senado efectivamente eran los que contaban con el beneplácito de la mayoría de los ciudadanos participantes en la auscultación necesaria para nombrarle titular a la CNDH, acordaba la no ratificación de la entonces presidenta de dicho organismo y la consecuente integración de una terna de suspirantes. En esas circunstancias resultaba patente que en la parte medular del dictamen, la comisión de derechos humanos del senado fallaba al menos en informar a los interesados en la elección del *ombudsman*, tanto los demás legisladores como la ciudadanía en general, sobre los datos concretos que justificaban su actuación. Por consiguiente, es este panorama el que invita igualmente a reflexionar sobre las opciones que se tienen en el ordenamiento jurídico mexicano para lograr conocer, juzgar y por ende, controlar esas deliberaciones y votos de los senadores que a la postre desembocan en la designación de los funcionarios que rigen los destinos de la CNDH.<sup>16</sup>

Antes de dirigirse a la búsqueda de esos instrumentos de control, todavía puede añadirse que en el debate entre los senadores se trajeron a colación algunos otros elementos que dan qué pensar sobre la toma de decisiones en torno al proceso de nombramiento del *ombudsman*, así como nuevamente advierten sobre la conveniencia de su revisión. Independientemente de los reconocimientos más o menos explícitos de algunos senadores en el sentido de que no se había respetado plenamente la opinión de los asistentes al proceso

<sup>15</sup> Las referencias de este párrafo se pueden consultar en *Ídem*, p. 5.

<sup>16</sup> Las consideraciones finales que se recuerdan en este parte, así como el punto resolutivo del dictamen que se puso a discusión, se encuentran transcritas en la p. 6 del documento que se viene citando.

de consultas ciudadanas, lo que de por sí sería sumamente grave, deja perplejo a los interesados en este tema la insinuación de que no fue la comisión de derechos humanos del senado la verdadera autora de la terna propuesta, sino que en el desempeño de ese encargo plas-maba los acuerdos previamente tomados en el seno de la junta de coordinación política del propio senado y no únicamente eso, peor aún, que en este otro órgano interno del senado ya se había concluido quién de entre los tres candidatos a ocupar la presidencia de la CNDH iba a ser el elegido, con anticipación de lo que al respecto tuviera que resolver el pleno de esa cámara. Así resultaría que al final son tres o cuatro personas las que mayor influencia tienen para seleccionar a este guardián de los derechos humanos de todos los habitantes de México, con lo que de paso se exhibirían los deplorables niveles de autonomía de los demás senadores y se suscitarían claras dudas sobre la representatividad que estos servidores mantienen en relación con sus electores, porque primero que presuntos representantes de las entidades federativas o, de plano, agentes partidistas, son representantes de cada una de las personas que participaron en su elección, incluso de aquéllos que no les apoyaron con su voto. Eso y no otra cosa es lo que define en parte un régimen democrático.

Bienvenidos los mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos al interior de las autoridades como el senado que solamente pretenden mejorar los índices de gobernabilidad en nuestro país. Bienvenido que se deba conceder importancia a órganos que intenten impulsar las coincidencias necesarias para arribar a arreglos que posibiliten el desempeño de las atribuciones confiadas a esos servidores públicos, como legalmente tiene encomendado la junta de coordinación política de esa cámara legislativa. Mas no bienvenido que esos cuerpos menores suplanten la libertad y la responsabilidad que vienen aparejadas al cargo de elección popular que forzosamente debieran ejercer los senadores para honrar su mandato.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Perdone el lector si no vale la pena referir la cuestión adicional que a continuación se relata, pero si así se ha procedido es porque se piensa que efectivamente guarda relación con la autonomía que debiera ostentar el presidente de la CNDH. En estas discusiones entre senadores salió a la luz pública la supuesta orientación religiosa que el actual *ombudsman* posee. En esta órbita, ciertamente parece atendible el argumento de que ese dato no requeriría influir en la valoración de la idoneidad de cualquiera de los candidatos a ocupar un puesto, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una discriminación

En fin, a riesgo de saturar este apartado con excesivas citas sobre las posturas de los senadores que tomaron parte en la discusión del dictamen que se saldó con la elección del actual titular de la CNDH, vale la pena dejar constancia de algunas cuantas que por su trascendencia merecen ser consideradas en la evaluación definitiva de este trabajo.<sup>18</sup> Así, en una intervención se señaló que en la propia comisión de derechos humanos del senado no existió acuerdo respecto de la terna de aspirantes que se presentaba al pleno de la cámara, al mismo tiempo que se cuestionaba la razón por la que en la entonces reciente ley orgánica del poder legislativo federal no se hubiera incluido disposición alguna que facilitara este proceso de nombramiento y, adicionalmente, se criticaba que esa designación estuviera condicionada por un acuerdo partidista y no por el voto individual y libre de cada uno de los legisladores. Por su parte, otro senador, una vez recordada la máxima obligatoriedad de la Constitución, reconocía como “un segundo mandato, levantar o realizar un procedimiento de auscultación”, para inmediatamente desvirtuar sus afirmaciones al entender como una opción no condicionada la correspondiente a la comisión interna y al hablar del carácter político de la resolución del senado, que obviamente no demandaba unanimidad, pero que tampoco observaría a cabalidad los preceptos constitucionales y legales aplicables únicamente escudándose en una mayoría calificada remisa en atender a amplios sectores sociales que se pronunciaran en contra de uno de los candidatos.<sup>19</sup>

opuesta a la libertad de creencias. No obstante, lo que resulta más aventurado sostener es que la vinculación con una poderosa agrupación de inspiración religiosa, por parte de un individuo que aspira a convertirse en titular de la institución gubernamental defensora de los derechos humanos de todas las personas, no puede llegar a afectar su independencia en el ejercicio de tal cargo, máxime si se recuerda que el mismo senado a la hora de aprobar la reforma al artículo 102 constitucional, se pronunció porque la CNDH y su presidente se mantuvieran alejados de cualquier “grupo o factor real de poder”.

<sup>18</sup> Nuevamente se va a recurrir al diario de los debates correspondiente a la Cámara de Senadores, núm. 19, del 11 de noviembre de 1999. En este párrafo específicamente a las pp. 10 a 15.

<sup>19</sup> Esta aportación, como otras posteriores, ratifica la utilidad de que los resultados del proceso de consultas ciudadanos sean abiertamente debatidos y totalmente accesibles para todos los interesados, a fin de que ninguna persona o fracción pueda querer manipularlos a su conveniencia.

Otro de los puntos interesantes que se descubre en estas discusiones, es la propuesta alternativa que promovieron algunos pocos senadores para detener la aprobación del dictamen finalmente acordado y que fue rechazada por los demás probablemente al considerar que se agotaba el plazo de 60 días para nombrar al presidente de la CNDH. En ella se aludía al anterior acuerdo emitido por el senado para dotar de bases al procedimiento de auscultación, del 30 de septiembre de 1999, sobre todo a la parte que razonaba sobre la necesidad de que el próximo *ombudsman* debía contar con “un amplio consenso social en su favor”. En ese documento alterno, el grupo minoritario de legisladores confirmaba la presencia de “cambios de último momento en la integración de la terna, que no fueron consensuados para valorar los requisitos de los candidatos propuestos para que así se pudiera garantizar no sólo la cobertura de los requisitos constitucionales y legales que corresponden, sino un amplio consenso social”. En ese entendido, estas personas solicitaban la suspensión de la discusión del dictamen de la comisión interna del senado, lo cual estrictamente en términos legales no podía prosperar, y su revisión, para así estar en posibilidad de “integrar una terna que corresponda al espíritu de la reforma constitucional de los acuerdos suscritos y del proceso de auscultación con el consenso social”. El escrito se puso a votación de todos modos, pero no obtuvo el asentimiento de la cámara.<sup>20</sup>

En el otro lado de la balanza, efectivamente hubo quien defendió abiertamente que la terna de candidatos a la presidencia de la CNDH presentada al pleno del senado y especialmente la persona que sería elegida como su titular, contaban con el respaldo de diversos sectores de la sociedad civil. Asimismo, desde su punto de vista, era patente que no se actualizaba violación alguna al artículo tercero transitorio de la reforma al artículo 102 constitucional.<sup>21</sup> Esta circunstancia demuestra con claridad que sin los mecanismos adecuados para hacer públicas cada una de las etapas del proceso de consultas que requiere el nombramiento del *ombudsman*, así como sin la puesta en marcha de los instrumentos de control adecuados, bien porque no exis-

ten o, todavía peor, porque los que se encuentran legislados no se utilizan con una interpretación liberal que permita limitar la actuación de los poderes gobernantes, siempre existirá la posibilidad de que algunos de los participantes en la toma de decisiones vitales para el avance de nuestra sociedad, como fue y será la designación del funcionario que encabece el organismo protector de los derechos humanos en el ámbito nacional, posean elementos para justificar decisiones totalmente contradictorias, dependiendo de los intereses que en ese momento representen.

Retomando el tenor de anteriores interpelaciones, un senador diferente reiteraba que la terna de aspirantes puesta en consideración por la comisión de derechos humanos del senado al pleno de la cámara, no había sido debatida en ese órgano interno. También revelaba la ausencia en ella de un “análisis de los candidatos”, así como que se trataba de una decisión adoptada “en la coordinación, pero [que] jamás pasó por la evaluación de la Comisión de Derechos Humanos y, por lo tanto, no hubo una evaluación sobre sus filiaciones políticas, ideológicas, religiosas”. Con todo, este legislador entendía que no se estaba “tomando una decisión ilegal”, aunque si admitía que el “acuerdo fundamental” sobre la designación del *ombudsman* tenía que darse entre el senado y la sociedad.<sup>22</sup>

Tomaba la palabra otro legislador, quizá para rebatirle, y era en su intervención en la que se hacía explícito el rol jugado por la junta de coordinación política. Se narraba a detalle cómo en este otro órgano interno del senado se había realizado lo necesario para atender el procedimiento de designación del presidente de la CNDH y cómo ello se efectuaba en el entendido de que se trataba de una atribución y una obligación de ese cuerpo secundario. Inclusive, en una parte bastante reveladora de ese discurso, se refería que una vez agotada la posibilidad de ratificar a la entonces *ombudsman*, se dio inicio a la revisión de las personas que el proceso de consultas había arrojado como candidatos viables, dando así con la conformación de la terna propuesta y, finalmente, con el nombre de quien llegado el tiempo, asumiría la alta responsabilidad de conducir ese organismo. De paso, se evidenciaba al partido político que primero había dado su benepláci-

<sup>20</sup> Todo esto se halla en el diario al que se viene aludiendo, en sus pp. 17, 18, 24, 27, 28 y 29.

<sup>21</sup> *Idem*, pp. 18 a 20.

<sup>22</sup> *Idem*, fojas 20 y 21.

to a esa elección, para luego quejarse y desacreditar el consenso así obtenido.<sup>23</sup>

Adicionalmente, y eso es muy importante recalcarlo, este último senador expresaba que existiendo un “acuerdo político” en la junta de coordinación, éste se había “impulsado” ante la comisión de derechos humanos del senado, que de cualquier manera “estaba en toda su facultad de integrar la [referida] terna”.<sup>24</sup> De lo hasta aquí expuesto, conviene retener un par de datos que ilustran bien ciertos elementos que requieren tomarse en cuenta para intentar limitar el proceso de selección del presidente de la CNDH. Primero que nada, resulta arriesgado sostener que, cualquiera que sea el órgano interno del senado que dirija esa elección, el mismo se encuentre facultado para desatender las propuestas ciudadanas recogidas en las consultas previas admitidas para apoyar o la ratificación conducente o la presentación de la terna de candidatos. Obviamente de esas consultas pueden surgir decenas de nombres, pero a los senadores involucrados en este asunto no les queda más que promover al titular en funciones, si es que cuenta con el apoyo generalizado de la ciudadanía, o bien, a los tres aspirantes socialmente más favorecidos para en su caso su plantarlo.

En segundo lugar, es prudente recordar que en las reformas constitucionales publicadas el 13 de septiembre de 1999, cristalinamente se indicaba que era una comisión del senado la que estaría encargada de realizar todo el proceso de consultas a la sociedad, así como obtener de ello una conclusión en el sentido de ratificar a la entonces *ombudsman* o conformar una terna de candidatos para sustituirle, al mismo tiempo que expresamente se señalaba en el propio texto del artículo 102 que sería la ley la que “determinaría” “los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara”. Se comprende así que corresponde a las leyes detallar los

<sup>23</sup> *Idem*, pp. 22 y 23.

<sup>24</sup> De hecho, se manifestaba que por incumplir el acuerdo obtenido en la junta de coordinación política, el partido que en esa ocasión tanto se opuso al nombramiento del *ombudsman*, nada podía alegar respecto de que una persona que inicialmente se había manejado en la propia junta de coordinación como posible integrante de la terna presentada al pleno del senado, ahora no apareciera “impulsada” en el “nuevo acuerdo al interior de la Comisión de Derechos Humanos”, es decir, el órgano interno que supuestamente debía conducir todo el proceso de nombramiento. *Idem*, pp. 23 y 24.

mecanismos para facilitar que se lleven a cabo o la puesta en consideración de la ratificación o la formulación de la terna, que son las únicas propuestas que pueden hacerse por parte del senado, a través precisamente de la comisión facultada para ello. Si resulta que en las leyes se omite establecer las indicaciones pertinentes para conducir este procedimiento, de todos modos queda claro que es esa comisión interna de la Cámara de Senadores la que ya tiene expresamente determinadas sus funciones. Así las cosas, para justificar la intromisión de la junta de coordinación política habría que interpretar que se trata de la comisión a la que se refieren estas disposiciones, pero de esa forma no quedaría explicada la intervención de la comisión de derechos humanos del senado, o bien, que puede ayudar a ésta porque en una ley, la orgánica del Congreso de la Unión, su participación se entiende como parte de esos pasos a seguir para arribar a “la presentación de las propuestas por la propia Cámara”.

Entonces, cuando la Constitución habla de la comisión correspondiente del senado, el intérprete no debe leer en ello que solamente tiene la posibilidad de conducir los preparativos para el nombramiento del *ombudsman*, un único órgano interno del senado, en este caso, su comisión de derechos humanos, sino que se encuentran permitidas igualmente las tareas que para auxiliarle a cumplir con sus atribuciones tienen encomendadas otros cuerpos internos de esa cámara, como puede ser la junta de coordinación política, máxime si la propia ley fundamental abre la vía para que sea la ley la que determine o desarrolle “los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara”, al amparo de lo cual, en la propia ley orgánica del poder legislativo federal, se faculta a esa junta para intentar obtener acuerdos que faciliten la observancia de las obligaciones del senado y específicamente en relación con proposiciones que van a ser votadas por el pleno, como son las de este asunto de la designación del titular de la CNDH. Tomando en cuenta estos razonamientos, parece acertado no negar la legalidad de la actuación de la junta de coordinación política.

Pero en el otro extremo, tampoco resulta una interpretación idónea la que argumenta que la labor en esa junta es capaz de suplantar toda deliberación y responsabilidad de la comisión de derechos humanos del senado, pues si esta última es la comisión a la que hacen referencia las normas constitucionales transitorias, ninguna disposi-

ción de menor jerarquía como la ley orgánica del Congreso de la Unión puede interferir en el cumplimiento de las obligaciones que constitucionalmente se le asignen, para depositarlas en otros cuerpos internos de la Cámara de Senadores. Por otro lado, hay que repetir, si la junta de coordinación política fuera esa comisión que se prevé en la reforma al artículo 102 de la ley fundamental, entonces lo que no tendría sustento es la colaboración de la comisión de derechos humanos. Sin embargo, lo acontecido en el senado con base en sus reglas internas de organización lleva a concluir que constitucional y legalmente se encuentra permitida la participación de ambos órganos internos, pero sin que la actividad de uno se haga en detrimento de la del otro.

Es por eso que quedaría completamente injustificado que, como confiesan ciertos senadores, en la elección del *ombudsman* hubiera sido inexistente el acuerdo en la comisión de derechos humanos del senado respecto de la terna de aspirantes que se presentaba al pleno de la cámara, o bien, que cambios de último momento en la integración de la terna no fueran consensuados en esa comisión para valorar los requisitos de los candidatos propuestos, o incluso, que la terna ni siquiera hubiera sido debatida en lo absoluto en ese órgano interno, ni discutidos los perfiles de los candidatos involucrados, con todo lo cual exclusivamente se estaría haciendo eco de una decisión adoptada en la junta de coordinación política, pero sin que ella pasara por evaluación alguna de dicha comisión. Con esto se estaría negando una participación de la comisión de derechos humanos del senado que constitucionalmente se encuentra demandada, es decir, se estarían violando diversas disposiciones de la ley fundamental y de las leyes que la complementan. Y todo esto con independencia de que ambos cuerpos internos de la Cámara de Senadores requieren respetar las resoluciones previas que se hayan obtenido como consecuencia del procedimiento de auscultación hecho a la sociedad civil.

Para culminar con este repaso de lo acaecido en el senado, conviene agregar que en la intervención del legislador que había dirigido los trabajos de la comisión de derechos humanos, al que se culpaba de las inconsistencias en el comportamiento del partido político que más reticente se mostró con esa elección, se anteponían a su defensa supuestas trabas al funcionamiento normal de ese órgano interno por parte de sus otros integrantes, lo cual adquiere todavía mayor rele-

vancia por tratarse del presidente de esa comisión. Asimismo, este individuo manifestaba de forma contundente su oposición al candidato que posteriormente iba a ser impuesto por la mayoría de sus compañeros de cámara, argumentando que ello acarrearía “un retroceso al espíritu de la reforma y la voluntad de la sociedad vertida principalmente por los organismos no gubernamentales, defensores o promotores de los derechos humanos en el [entonces] reciente proceso de auscultación”. Finalmente, como si se necesitara una confirmación expresa de lo hasta aquí insinuado, era otro senador el que invocaba un incumplimiento generalizado al procedimiento relativo a la selección del actual *ombudsman*, precisamente motivado por la desatención al dictado de la ciudadanía, por el intento realizado en la junta de coordinación política para suplantar a la comisión de derechos humanos en el desempeño de sus tareas, así como por la falta de transparencia y la superficialidad con la que se pretendieron salvar las responsabilidades impuestas a esos cuerpos deliberantes.<sup>25</sup>

No sobra mencionar que el último senador en pasar a la tribuna antes de que se votara en esa cámara lo que estaba a discusión, remató opinando que igualmente la junta de coordinación política no podía ostentar la palabra final en los debates porque sobre ese órgano se hallaban las comisiones internas y por supuesto el pleno del senado, así como también porque inclusive este mismo no podía ignorar la voz de la sociedad que, según el dicho de este personaje, se manifestaba en contra del aspirante que iba a ser investido en la presidencia de la CNDH, y todavía peor, sin jamás haberse realizado un análisis a conciencia de los mejores candidatos ni haberse arribado a una propuesta consensuada.<sup>26</sup> De nada sirvió lo expresado en la Cámara de Senadores en este sentido, el dictamen original fue aprobado mayoritariamente y así fue elegido como *ombudsman* su actual titular.

#### IV. LA REFORMA LEGAL DE 2001

Variando el tema pero aún previo a la disertación sobre los medios para controlar el proceso de designación del *ombudsman*, es necesari-

<sup>25</sup> Se retoman las citas del diario de los debates correspondiente a la Cámara de Senadores, núm. 19, del 11 de noviembre de 1999, ahora en sus pp. 24 a 27.

<sup>26</sup> *Idem*, fojas 27 y 28.

rio repasar recientes reformas al ordenamiento legal de la CNDH, incluso fugazmente en lo tocante a los requisitos que debieran cubrir las personas con interés en desempeñar esa alta función pública. Al respecto, lo primero a considerar es que se tiene que esperar más de un año para encontrar la iniciativa que a la postre ajustaría la ley secundaria con las reglas dispuestas en la reforma del artículo 102 constitucional.

Sobre todo interesa analizar brevemente estas modificaciones a la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (LCNDH) con el objeto de resaltar que a partir de ellas ha quedado plasmado, siquiera en normas secundarias, lo que en las disposiciones de la reforma constitucional al artículo 102 únicamente aparecía con carácter transitorio, a saber, que para realizar correctamente la designación del titular de la CNDH, empezando por la que tendrá que llevarse a cabo en pocos meses, resulta obligatorio para los órganos internos del senado que de esto sean responsables, basar sus decisiones, ya sea la formulación de una terna de aspirantes o la ratificación de la persona que se venga desempeñando como *ombudsman*, en los resultados de las consultas que para tal efecto se convoquen entre los diferentes sectores sociales comprometidos con el respeto de los derechos humanos, siendo ese proceso de auscultación incluso condicionante para el pronunciamiento que al final se vote en el pleno del senado.

En realidad, el precepto legal hoy vigente solamente fusiona lo que en las disposiciones constitucionales quedaba separado entre el texto permanente del artículo 102 y la regla tercera transitoria, aunque con la variante de que ahora en el artículo 10 de la LCNDH se invierte el orden con que se enuncian las posibles propuestas a las que eventualmente debe arribar la comisión interna del senado, señalándose en primer lugar la puesta en consideración de la terna de suspirantes e inmediatamente después la alternativa de ratificación. Este pequeño cambio no debiera interferir en nada de lo que hasta el momento se ha argumentado sobre la fuerza vinculante que el sentir ciudadano guarda para los entes gobernantes así comprometidos. No obstante, puede no faltar el experto que interprete que esta modificación trae por consecuencia que de darse el caso que las consultas conducidas por la comisión interna del senado resultaren inatendibles, porque no sea posible discernir con claridad las personas que gocen

del mayor grado de confianza en la sociedad, o bien, porque las “negociaciones” entre los senadores quedaren empantanadas, ello actualizaría la obligación de presentar como única opción la reelección del que para ese tiempo funja como presidente de la CNDH.

Inclusive se podría avanzar en esta línea de argumentación, forzando de plano el contenido del referido artículo 10, sosteniendo que de no llegarse en el pleno del senado a un acuerdo que permita la designación de uno de los integrantes de la terna, la cual se constituya para obedecer un proceso de consultas que sin lugar a dudas se haya inclinado por la sustitución de la persona que en ese instante se encuentre como máximo encargado de la CNDH, lo inevitable para esa cámara resultaría hacer caso omiso a las voces de la sociedad civil para entonces resignarse con intentar la ratificación de que se trate, eso sí, contando con el voto de las dos terceras partes de los legisladores presentes. Asimismo, con una orientación diversa, podría interpretarse esta disposición de la LCNDH en el sentido de que siempre debe buscarse primero la composición de una terna de sustitutos y solamente en la hipótesis de que no prospere, pretender la ratificación. Aunque todo esto se vea como simple especulación, lo que evidencia es la falta de reglas precisas para enfrentar casos de parálisis en las resoluciones del senado, normas que probablemente van a necesitarse en un plazo sumamente corto.

Similar preocupación se puede experimentar si uno repara que para el proceso de nombramiento del titular de la CNDH que va a iniciarse inminentemente en nuestro país, sea que derive en la sustitución o en la reelección del actual *ombudsman*, tampoco se cuenta con un ordenamiento adecuado que defina los tiempos para poner en marcha el mecanismo de auscultación pertinente que desembocará en tal designación, siendo lo único indiscutible que antes del 16 de noviembre de 2004 se tendrá que haber concluido con todo esto, pues un día antes habrán transcurrido cinco años desde que ese funcionario tomare posesión de su puesto. Quizá el otro elemento en cuanto a tiempos pudiera ser que de cualquier forma se tendría que acordar un plazo de 60 días para llevar a cabo el ciclo de consultas y las discusiones al interior de la Cámara de Senadores, como en su momento se hizo para la denominación anterior, aplicando por analogía esa antigua disposición transitoria de la reforma al artículo 102 constitucional. Aunque, por otra parte, pudiera intentarse utilizar la norma

del artículo 17 de la LCNDH concerniente a los miembros del consejo consultivo de la CNDH, que señala como periodo propicio para efectuar su sustitución el mes de octubre del año que corresponda, a fin de tomarla en cuenta como pauta en aquella otra elección. Como es fácil de percibir, lo inconveniente de estas circunstancias es que, debido a las prisas que pudieran generar, se propicie una situación en la que no exista espacio suficiente para debatir, demostrar y/o justificar a cabalidad el apego a las expresiones de la mayoría de los sectores sociales inmiscuidos en la salvaguardia de los derechos humanos, que son los actores principales en esta búsqueda de presidente para el organismo constitucionalmente autónomo que se supone defiende tales derechos.

Adelantadas estas cuestiones resulta prudente transcribir los preceptos torales de la platicada reforma a la LCNDH, según fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de noviembre de 2001.

Artículo Segundo: Se reforman diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para quedar como sigue:

[...]

“Título II  
Capítulo II”

“De la elección, facultades y obligaciones  
del Presidente de la Comisión”

“Artículo 9o. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos deberá reunir para su elección los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos;
- II. Tener cumplidos treinta y cinco años de edad, el día de su elección;
- III. Contar con experiencia en materia de derechos humanos, o actividades afines reconocidas por las leyes mexicanas y los instrumentos jurídicos internacionales;
- IV. No desempeñar, ni haber desempeñado cargo de dirección nacional o estatal, en algún partido político en el año anterior a su designación;
- V. No desempeñar ni haber desempeñado cargo de Secretario o Subsecretario de Estado, Procurador General de la República, Gobernador o procurador general de justicia de alguna entidad federativa o jefe de gobierno del Distrito Federal, en el año anterior a su elección;

- VI. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena, y
- VII. Tener preferentemente título de licenciado en derecho”.

“Artículo 10. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, será elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. Para tales efectos, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos.

Con base en dicha auscultación, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores propondrá al pleno de la misma, una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo o, en su caso, la ratificación del titular”.

“Artículo 11. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos durará en su encargo cinco años, y podrá ser reelecto por una sola vez”.

[...]

“Capítulo III”

“De la integración y facultades del Consejo”

“Artículo 17. ...

El Presidente de la Comisión Nacional lo será también del Consejo Consultivo. Los cargos de los demás miembros del Consejo serán honorarios. A excepción de su Presidente, anualmente, durante el mes de octubre, serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo. Para el caso de que existan más de dos consejeros con la misma antigüedad, será el propio Consejo quien proponga el orden cronológico que deba seguirse”.

“Artículo 18. Los miembros del Consejo Consultivo serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión con la misma votación calificada.

La comisión correspondiente de la Cámara de Senadores, previa auscultación a los sectores sociales, propondrá a los candidatos para ocupar el cargo o, en su caso, la ratificación de los consejeros”.

La reforma a la LCNDH no se agota con estos artículos, pero para los objetivos de este estudio es suficiente con lo hasta aquí plasmado, añadiendo en todo caso que en sus preceptos transitorios no se dispone regla alguna que permita resolver los altercados que pudieran presentarse al interior de la Cámara de Senadores en torno al nombramiento del siguiente *ombudsman*, ni tampoco que posibilite aclarar las dudas relacionadas con los tiempos para abrir el proceso de auscultación que se requiere llevar a cabo antes de aprobarse esa designación. Dicho lo cual, conviene volver un poco los pasos a fin de recuperar cierta información surgida a lo largo del recorrido que la iniciativa de modificaciones del citado ordenamiento legal tuvo que transitar hasta ser votada en el poder legislativo federal y publicada en el *Diario Oficial de la Federación*. De entrada, debido es reconocer que dicha iniciativa se va transformando durante el proceso legislativo, con lo cual, el texto finalmente resultante guarda diferencias con el propuesto originalmente.<sup>27</sup>

Con estas nociones en mente, lo primero que puede advertirse es que en la exposición de motivos que acompaña a la iniciativa formulada en el senado, se reitera la preocupación por dejar constancia de que la autonomía con que debe investirse a la CNDH no debe ser únicamente “respecto de los poderes institucionales, sino también de los partidos políticos y de otros grupos o factores reales de poder”. De mayor trascendencia para la cuestión central que se quiere demostrar en este apartado, es la reflexión de los senadores en el sentido de reconocer que las variaciones que se plantean para la LCNDH intentan congraciarse ese ordenamiento secundario con las normas contenidas en la reforma al artículo 102 constitucional. En este escenario, específicamente vinculado con la elección del *ombudsman*, se reconoce la necesidad de “actualizar” la ley, “adecuando las disposiciones que se refieren a su designación, esto con la finalidad de ga-

<sup>27</sup> No obstante, para las personas que acudan a los documentos confeccionados en estas instancias y se ocupen de su lectura, será sencillo descubrir que buena parte de los argumentos vertidos van reproduciendo lo dicho en anteriores ocasiones, circunstancia que exhibe la pobreza de la actividad deliberativa que transcurre en las sedes legislativas de nuestro gobierno federal.

rantizar a la sociedad mexicana un desempeño lo más imparcial y objetivo posible”.<sup>28</sup>

Más adelante, ya en el propio texto de la iniciativa, los cambios propuestos al artículo 9 en el que se señalan expresamente los requisitos con que deben contar los aspirantes a ese puesto público, no coinciden con los definitivamente adoptados. Lo mismo acontece con su artículo 10, cuya redacción preliminar no preveía una “amplia” auscultación, se dirigía explícitamente a “las universidades” como parte de los sectores sociales involucrados en tales consultas y, sobre todo, manejaba como una posible alternativa para el órgano interno del senado que conduciría todo esto, no la presentación de una terna de candidatos, sino la puesta en consideración de una sola persona frente a la ya conocida ratificación.<sup>29</sup>

No es necesario dejar pasar la oportunidad para comentar que el actual artículo 9 de la LCNDH, además de los requisitos que normalmente se señalan para ocupar una función pública, como pueden ser la ciudadanía mexicana por nacimiento, aunque ya no con un carácter excluyente de la posibilidad que brinda el optar por una doble ciudadanía, el pleno goce y ejercicio de los derechos, la edad mínima, el buen nombre, con un especial énfasis en el hecho de no haber estado involucrado en delito alguno, el contar “preferentemente” con una formación jurídica, así como el no caer en las incompatibilidades temporales que garantizan que no se busque el poder desde una posición ventajosa, incluyendo no sólo altos cargos públicos sino también puestos de dirección partidista, añade un requisito más sustantivo, si puede permitirse esta expresión, porque dispone como una exigencia para aspirar a la presidencia de la CNDH el que se valore la “experiencia” en el ámbito de los derechos humanos o en “actividades afines” por parte de los eventuales candidatos, siempre y cuando ese ámbito o esas actividades se hallen reconocidas en la legislación de origen interno o en el orden jurídico internacional, inclusive sin

<sup>28</sup> Para sustentar las referencias hechas en este párrafo se está considerando un documento que supuestamente es copia fiel de la iniciativa presentada por tres senadores a su propia cámara el día 5 de abril de 2001, que será la que desemboque en el decreto de reformas publicado en noviembre de ese mismo año. Concretamente se cita de lo que aparece en las fojas 8 y 10.

<sup>29</sup> *Idem*, pp. 15 y 16.

mencionar con claridad que los instrumentos de este último sistema debieran formar parte de esa legislación nacional. Así, la inserción de dicho requisito posibilita demandar que los aspirantes a *ombudsman* sean vistos con beneplácito por los sectores sociales que para su designación requieren ser consultados, al mismo tiempo que tendenciosamente empleado abre la puerta para que se le use de filtro totalmente subjetivo e incontrolable.

Retomando un instante esa iniciativa de los senadores, únicamente cabe agregar, a manera de cierre, que en ella se contemplaba un mecanismo para intentar fortalecer las recomendaciones emitidas por la CNDH a partir del apoyo que le pudiera brindar una comisión interna del propio senado, la cual estaría facultada para hacer comparecer a cualesquiera autoridades que no aceptaran una de esas recomendaciones o no la cumplieran satisfactoriamente. Al final, este instrumento no quedó plasmado dentro de las reformas que posteriormente serían aprobadas y publicadas, circunstancia que en todo caso hace intuir el tipo de compromiso que, en esta ocasión, se adquirió con la defensa efectiva de los derechos humanos en las diversas sedes legislativas participantes en dicho proceso de modificaciones.

No obstante lo interesante del tema, lamentablemente tales especulaciones tendrán que quedar como discusiones pendientes. Siendo así, para continuar este análisis conviene revisar las peripecias surgidas en torno al dictamen que prepararon los senadores a partir de la iniciativa que se les presentara.<sup>30</sup> En realidad, en relación con aquel documento solamente puede evidenciarse su falta de congruencia, toda vez que en sus considerandos sexto y noveno se ponderan como “fundadas” y “procedentes” las reformas formuladas en primera instancia, para luego, sin mediar razonamiento alguno que justificara su accionar, pasar a modificar la redacción de artículos como el 9 y 10, que acá son los que más importan, los cuales, eso sí, continuarían ya sin cambio hasta su publicación.

Ni siquiera cuando se somete a escrutinio de los demás legisladores ese dictamen es posible hallar escuetas pistas sobre las razones

<sup>30</sup> El texto de ese dictamen aparece en las pp. 17 a 22 del diario de los debates de la Cámara de Senadores, núm. 14, de fecha 9 de octubre de 2001.

por las que se modifica la iniciativa.<sup>31</sup> Independientemente de ello pero con mayor cercanía al proceso de selección del *ombudsman*, que es lo que aquí se viene comentando, es en una de esas exposiciones en la que se confiesa que la apertura originada por el ciclo de consultas a la ciudadanía, junto con el papel desempeñado por el senado, son dos factores que dotan de sustento democrático al presidente de la CNDH. De igual modo, expresamente se entendían las características personales de ese servidor público como detonantes de la fortaleza del organismo constitucionalmente autónomo encargado de la defensa de los derechos humanos, motivo por el que una mayor exigencia en los requisitos para aspirar a esa función, sobre todo en los que probaran su compromiso con la defensa de esos derechos, se tomaba como un elemento indispensable para perfeccionar tal institución.

Con idéntico tono, en otra de las intervenciones de los senadores se presume la importancia del mecanismo para lograr la designación del titular de la CNDH, manifestando que los cambios planteados al ordenamiento legal en esta materia, “promueven un proceso de selección participativo, abierto y plural, acorde con la diversidad nacional, pero, cuidadoso asimismo de manera escrupulosa, del perfil y de las calificaciones que deben reunir los propuestos [a fin de] que garanticen la imparcialidad y el buen cumplimiento de una tarea tan trascendente como es la protección de los derechos humanos”.<sup>32</sup> Convenientemente puede pensarse que las que anteceden no dejan de ser meras expresiones políticas, pero para avanzar en la vía del control del poder, resulta obligado para el intérprete utilizar estos datos para confrontar a las autoridades con sus propias palabras y demandarles de esa forma una completa observancia de los compromisos que van adquiriendo para servir al bienestar de las personas que las emplean.

<sup>31</sup> En lo que sigue, se hace referencia a las opiniones que se transcriben en las pp. 37 a 44 del diario de los debates de la Cámara de Senadores, núm. 15, de fecha 11 de octubre de 2001. En todo caso, no sobra cuestionar que en lo concerniente al apoyo que se había solicitado a esa cámara para robustecer las recomendaciones de la CNDH, las únicas aseveraciones que se esgrimen para rehusarlo es que no se trata de una atribución del senado y que ello “desvirtuaría” su esencia, sin dar nuevamente argumentación alguna que convalida de esas firmes creencias.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 42.

Sin embargo, debido es reconocer que en esta etapa de las discusiones en sede legislativa también puede buscarse alguna voz más proclive a cuidar la discrecionalidad que raya en la arbitrariedad de los poderes públicos gobernantes. No es así, cuando uno de los legisladores encuentra una “facultad exclusiva” del senado en las labores que su comisión de derechos humanos tiene encargado realizar dentro del proceso de elección del *ombudsman*, inmediatamente la califica como una función que “no se ejercerá a espaldas de la sociedad”, añadiendo con contundencia que en este terreno es necesaria “una amplia auscultación para que sean los sectores de la sociedad los que reflejen su interés en quienes recaiga la responsabilidad de la defensa de los derechos humanos”.<sup>33</sup>

Resta mencionar que fue unánime la aprobación en el senado de este dictamen, acontecido lo cual se transmitió a la Cámara de Diputados para continuar con el procedimiento legislativo. No le llevó excesivo tiempo a este cuerpo estudiar tal documento para luego coincidir con su contraparte, razón por la que en menos de cuatro semanas daba su voto afirmativo a las reformas a la LCNDH y se las remitía al ejecutivo federal para que, agotados los demás trámites marcados en la Constitución, mandara publicarlas a finales de noviembre de 2001. Reunida toda la información anterior, resulta oportuno cambiar de rubro para intentar encontrar en el ordenamiento jurídico de nuestro país los medios adecuados para controlar que el procedimiento de nombramiento del presidente de la CNDH se conduzca con estricto apego a derecho.

#### V. MEDIOS PARA CONTROLAR EL NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA CNDH

Un resumen que identifique los límites jurídicos que condicionan la designación del *ombudsman* parece el inicio ideal. Claramente en la Constitución, ya sea por remisión o por señalamiento expreso, se contienen normas de carácter procedimental aplicables a tal nombramiento. Es en el artículo 102 constitucional donde se dispone una votación calificada en el senado o en la comisión permanente del

<sup>33</sup> *Idem*, p. 43.

Congreso de la Unión, se autoriza que sea por medio de simples leyes como se regule la forma para presentar las propuestas que eventualmente conducirán a la elección del titular de la CNDH, se permite por una sola ocasión la reelección de ese servidor público, así como se establece como término de su mandato un lapso de cinco años. Asimismo, como una norma sustantiva, se prevé en ese precepto de la ley fundamental que la institución defensora de los derechos humanos a nivel nacional cuente con autonomía, siendo esta independencia no sólo un principio que debe informar todas las cuestiones relativas a ese organismo, incluida la búsqueda de su presidente, sino igualmente una regla concreta que demanda su cabal cumplimiento.

Por otra parte, precisamente en atención a esa delegación que la ley fundamental confía a la legislación secundaria, es por lo que en la vigente LCNDH se reconocen como obligatorias las consultas ciudadanas, se definen los sectores entre los que se lleva a cabo el proceso de auscultación, se encomienda a una comisión del senado su conducción y se determinan como opciones para ese órgano interno, a fin de ponerlas en consideración ante el pleno de esa cámara, formular una terna de candidatos, o bien, proponer la ratificación de quien venga ocupando la presidencia de aquel organismo autónomo, siempre y cuando esta alternativa no se oponga al principio constitucional que limita a una sola reelección la estancia de cualquier *ombudsman*. Específicamente vinculado con las consultas, se admite en sede legal que es “con base” en sus resultados que la comisión senatorial debe presentar alguna de las dos propuestas referidas. Del mismo modo, completando las fórmulas para realizar este trámite de selección al interior del senado, en las disposiciones de la ley orgánica del Congreso de la Unión se posibilita, acorde a una interpretación integral, la colaboración entre la comisión de derechos humanos de esa cámara y su junta de coordinación política.

Por lo que toca a los requisitos que debe cubrir la persona que vaya a ocupar el máximo cargo de la CNDH y, por ende, cada uno de los posibles candidatos a ese puesto, el artículo 9 de la ley que organiza esa institución aparte de señalar varias características objetivas y alguna que otra un tanto etérea como puede ser la relativa a la “buena reputación” o la “buena fama en el concepto público”, también exige un elemento de carácter material bastante particular, a

saber, la “experiencia en materia de derechos humanos o actividades afines”. Estos últimos dos requisitos ciertamente introducen datos altamente valorativos que pueden llegar a complicar la actuación de los senadores involucrados en el nombramiento del *ombudsman*. De cualquier forma, parece adecuado sostener que una excelente manera de juzgar apropiadamente esos requerimientos es por medio del proceso de auscultación, pues el buen nombre y la práctica probada en cuestiones relativas a los derechos humanos o similares, son rasgos que se ganan con el esfuerzo permanente en actividades cercanas a la población. En este orden de ideas, al entender que las responsabilidades vitales de la CNDH y del funcionario público que la encabeza tienen estrechísimos lazos con la defensa de los derechos de todos, se revela la idoneidad de que sean los destinatarios de sus servicios los primeros encargados de evaluar si los aspirantes a la presidencia de este organismo reúnen o no ambos elementos, constituyendo esa opinión una referencia obligada para los miembros del senado.

Adicionalmente, otros requisitos normativos para encontrar *ombudsman* también se pueden desprender del análisis de todo el trabajo legislativo que culminó con este novedoso marco jurídico en torno a la CNDH. Previamente, en el acuerdo en el que se disponen las bases para efectuar la primera designación del titular de ese organismo una vez pasada la reforma al artículo 102 de la ley fundamental, se habló expresamente de la necesidad de que gozara de un “consenso social” e, igualmente, en el dictamen senatorial que desembocó en la elección del actual defensor de los derechos humanos, se estimó de gran trascendencia el contar con un mecanismo que asegurara la representación pluralista, confesando incluso que ello atendía principios internacionales reconocidos por nuestro país. Después, propiamente en ese proceso legislativo que originó las reformas a la LCNDH, durante el cual se reconoció que el llevarlo a cabo permitiría que la ley se ajustara a los mandatos constitucionales, se manifestó por parte de algunos senadores que la forma en la que se había estructurado el procedimiento de nombramiento aseguraba la legitimidad democrática y una elección participativa, abierta y plural. Entonces, con base en estas instancias, valores como la democracia, la participación y el pluralismo, se han convertido en pautas que regulan este asunto.

Brevemente, otro de los límites jurídicos obligatorios para conducir el proceso de elección del *ombudsman* tiene que ver con el plazo que se deje para realizar tanto las consultas como los debates al interior del senado, ambos necesarios para arribar a esa designación. Al respecto, como se anticipó, no existen reglas claras aplicables a los futuros procesos de selección, pero, considerando las normas y los principios que aseguran una participación ciudadana veraz, al menos debieran ser los 60 días que con anterioridad se manejaron en el transitorio constitucional.

Finalmente, pero no por ello de menor importancia, una obligación de los entes gobernantes que debe iluminar todo el procedimiento alrededor de la elección del presidente de la CNDH es la concerniente a la transparencia. Efectivamente, el derecho a la información, de manera destacada el derecho a conocer la que manejan las autoridades y en la que basan sus decisiones, con el objetivo de facilitar el control de sus actividades, es otro de los mandatos constitucionales y legales que demandan una completa observancia. Este caso no es la excepción, motivo por el cual resulta prudente acudir a la ley federal de la materia para hacer unos cuantos señalamientos y así desterrar alguna interpretación más proclive a la opacidad de las actuaciones del poder inmiscuido en dicho nombramiento.<sup>34</sup>

Si bien la denominada Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental contiene un mayor número de disposiciones vinculantes para el poder ejecutivo y su aparato administrativo, no deja de ser cierto que desde su artículo inicial cristalinamente extiende su órbita de aplicación a los demás órganos estatales, entre ellos el legislativo, al cual se le califica como uno más de los “sujetos obligados” por este ordenamiento, sin que se olvide incluir en dicha definición a cualquiera de los cuerpos internos que lo conforman. Tampoco sobra mencionar que obviamente los preceptos de esta ley igualmente alcanzan a todos los servidores públicos federales que laboran en esos entes estatales y que su desatención es causa, al menos, de responsabilidades administrativas. En ese entendido, los senadores a los que se les confía llevar a buen puerto la

<sup>34</sup> El ordenamiento que a continuación se utiliza aparece publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 11 de junio de 2002.

designación del *ombudsman*, que son servidores públicos según disposición expresa del artículo 108 constitucional, se encuentran obligados en todo ese procedimiento a hacer pública la información que motiva sus resoluciones.

No obstante, existe la posibilidad de argumentar una excepción que de nueva cuenta pretenda deteriorar los niveles de control de la actuación de estos representantes de elección popular. Lo anterior con base en la propia ley federal de transparencia, en concreto, considerando los preceptos que hablan de la información “reservada” o “confidencial” y que señalan un régimen especial para evitar que esos datos sean puestos a disposición del público, o inclusive, el artículo 7 en el que se prevé el tipo de información que puede darse a conocer sin problema alguno. Sobre este último precepto, es verdad que explícitamente no contiene una referencia al caso del nombramiento del presidente de la CNDH, pero esta circunstancia no debería impedir el aceptar sin mayor obstáculo que lo relativo a esa elección es de dominio público, toda vez que entre las fracciones que enumeran la información accesible a la sociedad se hallan “los informes que, por disposición legal, generen los sujetos obligados”, “los mecanismos de participación ciudadana”, así como “cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante”, supuestos en los que fácilmente pueden encuadrarse las acciones que el senado y sus órganos internos llevan a cabo en torno a esta selección del titular del mencionado organismo autónomo.

Por si ello no fuera suficiente, el citado artículo 7 está redactado de forma enunciativa y no limitativa, lo cual se comprueba al tomar en cuenta el texto de su primer párrafo que maneja como excepción la información reservada o confidencial, mientras que a los supuestos de información pública los considera únicamente como unos casos “entre otros”. En este sentido, es conocido que las excepciones en derecho deben interpretarse de manera restrictiva, a lo cual tiene que sumarse que en el artículo 6 rotundamente se establece que la interpretación de este ordenamiento secundario demanda el respaldo del “principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados”. Adicionalmente, conviene añadir que los datos de dominio público requieren publicarse de tal forma que se agilice su consulta, utilización y entendimiento, al igual que su “calidad,

veracidad, oportunidad y confiabilidad”, por determinación expresa del propio artículo 7.

Descartada esta visión fundada en el artículo 7, inclinada hacia la opacidad de las actuaciones gubernamentales en la elección del funcionario defensor de los derechos humanos, llega el turno de estudiar críticamente el aspecto asociado con la información reservada o confidencial. En este contexto, resulta oportuno interrogarse si cualquiera de los datos que son puestos a consideración de los senadores inmiscuidos en el procedimiento de nombramiento del *ombudsman* o que ellos mismos generan, ya sea la información que conocen en relación con las personas que aspiran a ese puesto, pero sobre todo la que motiva y sustenta sus deliberaciones y posterior decisión respecto de cuál de entre esos candidatos es el personaje óptimo para ocupar la presidencia de la CNDH y por qué razones, pueden llegar a clasificarse precisamente como información con carácter reservado o confidencial, en términos de los diversos artículos 13, 14 o 18.

Por lo que toca a la información reservada, parece difícil de sostener que alrededor de los elementos que adquieren relevancia pública durante el proceso de consultas a la ciudadanía o en las discusiones al interior del senado sobre los distintos suspirantes a convertirse en *ombudsman*, sea posible que surjan datos que puedan actualizar alguna de las hipótesis que se regulan en los artículos 13 y 14, salvo quizá la que en este último precepto se establece en su fracción sexta en lo concerniente a la información contenida en “las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva”, que de todos modos requiere, al concluir el proceso de que se trate, quedar “documentada”. Es de este supuesto del que puede derivarse esa interpretación restrictiva de la transparencia de la información en torno a la designación del titular de la CNDH, alegando que por tratarse de testimonios y debates previos a la emisión de la resolución con la que se cierra esa elección, no se origina la obligación de darlos a conocer anticipadamente a la sociedad en su conjunto.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Los otros casos de información reservada de los que se hace mención en dichos artículos son aquellos en los que sea posible llegar a “comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional”, entorpecer la manera en que se dirigen las

En cuanto a la información confidencial, las implicaciones que puede acarrear para el referido procedimiento de nombramiento básicamente se dan a través de los “datos personales” de los candidatos a *ombudsman* o de cualquier otra información con aquella naturaleza que pudiera entregarse durante su transcurso al senado o a sus cuerpos internos, cayendo lo segundo en el supuesto regulado en la fracción primera del artículo 18 en relación con el artículo 19 de la ley federal de transparencia, para lo cual de todas formas se requeriría una reserva expresa de parte de los aspirantes y que legalmente ésta fuera permitida. A manera de paréntesis, de estos preceptos importa resaltar el carácter tautológico del rasgo de confidencialidad, pues se considera como tal, la información que así califiquen los particulares involucrados, así como, todavía peor, denunciar la palmaria confusión entre datos reservados y confidenciales a causa de sus mutuos reenvíos legales.

Independientemente de ello, se define en el artículo 3 como datos personales a “la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad”. Así las cosas, parte de esta información, que no tendría porque hacerse pública, seguramente queda a disposición de los miembros del

“negociaciones” o las “relaciones internacionales” de México, “dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país”, arriesgar “la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona”, o bien, originar perjuicios graves a “las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio [y/o] las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado”, así como la información que “por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial”, forme parte de los “secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal”, pertenezca a “averiguaciones previas”, a “expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado”, o bien, a los “procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva”, respectivamente.

senado y puede con anterioridad ser evidenciada en el procedimiento de auscultación con la sociedad civil. El problema es que probablemente nada pueda hacerse al respecto, debido justamente a que algunos de esos elementos ya se encuentren ampliamente difundidos para cuando inicia la búsqueda del *ombudsman*. Aunque igualmente podría pensarse en la posibilidad de que sean los propios candidatos a la presidencia de la CNDH, los interesados en dar a conocer parte de tal información por entender que es pertinente tomarla en cuenta para impulsar sus aspiraciones o, con un ejercicio de honestidad que demandaría reconocimiento, por imaginar que podría representar un impedimento a debatirse a lo largo de esa designación. A todo lo cual, habría que agregar que tratándose de una responsabilidad como la que va aparejada a este puesto, para permitir la participación de ciertos individuos, deviene fundamental ser conscientes de su “ideología, opiniones políticas, creencias, convicciones religiosas o filosóficas”, a fin de ponderarlas a la hora de debatir la idoneidad de su elección.

Siendo así, en primera instancia se puede concluir respecto de la información confidencial que efectivamente parte de ella no debería ser hecha pública, sin que esta circunstancia signifique una falta de claridad en las actuaciones gubernamentales, sino al contrario, como reconocimiento de los límites que la privacidad o intimidad de las personas demandan, como derechos humanos que son, para los órganos estatales y/o, incluso en ciertos supuestos, para los propios particulares. En estos casos, ni siquiera por tratarse de personas que aspiran a un cargo público se tiene el derecho para entrometerse en sus vidas privadas, por lo que respecto de estas cuestiones ninguna autoridad o individuo debe fomentar la divulgación de esa información.

Eso sí, en lo perteneciente a la “ideología, opiniones políticas, creencias, convicciones religiosas o filosóficas” de los diferentes candidatos a *ombudsman*, aun calificando como datos confidenciales, resulta necesario su transparencia y su debate por parte de los sectores sociales y los senadores participantes en este proceso de nombramiento, como elementos a tomar en cuenta para seleccionar a la persona con mayores capacidades para ocupar la titularidad de la CNDH, pues a partir de ellos se posibilita saber qué tanta tolerancia y apertura, por ejemplo, puede llegar a tener quien finalmente sea elegido. Y

suponiendo sin conceder que esta interpretación no fuera legalmente viable, de cualquier manera puede defenderse que si dicha información no se manifestara libremente por los suspirantes a tan alto puesto, eso debiera ser motivo suficiente para descartarlos como pretendientes idóneos, así como, por mayoría de razón, tampoco tendría por qué ser ocultada por los miembros del senado, so pena de introducir sospechas que descalifiquen toda su labor en la mencionada designación.

Un último señalamiento sobre este asunto de la transparencia invita a recalcar que, por remisión del artículo 61, al poder legislativo federal, incluidas cada una de sus cámaras, le compete reglamentar las normas que le resultan aplicables, entre ellas las relativas al tipo de información que estiman reservada o confidencial de entre la que generan por propia cuenta. Considerando lo anterior, conviene una reflexión respecto del llamado Acuerdo parlamentario para la aplicación de la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental en la Cámara de Senadores, que precisamente es el ordenamiento dado por este cuerpo colegiado para cumplir con las disposiciones de la materia. En principio, tampoco se señala expresamente nada concerniente al nombramiento del *ombudsman* en su artículo 4 que habla de la información que debe hacerse pública, sin embargo, algunas de sus fracciones pueden propiciar el conocimiento de elementos cercanos a esa designación, como aquellas que mencionan que requieren revelarse “las facultades de cada una de sus unidades legislativas, técnicas, administrativas y parlamentarias”, “los puntos de acuerdo presentados para su discusión y dictamen”, “el registro del sentido del voto por cada legislador en los casos de... puntos de acuerdo y elección o ratificación de nombramientos que se voten en forma nominal”, “los mecanismos de participación ciudadana”, o bien, “cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante”.

No obstante, lo realmente trascendente es que dentro de la clasificación dada en ese acuerdo respecto de la información reservada, documento que aparentemente comenzó su vigencia el 30 de abril de 2003, ya no se contiene la relacionada con “las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva”, como sí establece el artículo 14 de la ley federal

de transparencia.<sup>36</sup> De esta forma, el propio senado ha cerrado la puerta para que de aquel supuesto sea posible derivar una interpretación restrictiva de la publicidad de la información alrededor de la elección del *ombudsman*, que en todo caso, ahora se puede decir, resulta jurídicamente insostenible en razón de que la falta de claridad en esta cuestión impide conocer si se han atendido cabalmente los resultados del proceso de consultas ciudadanas que, como ha intentado demostrarse, son vinculantes para los senadores. Es por ello que se entiende como una obligación del senado y sus órganos internos el hacer accesible a todos, la información que sirve para motivar las decisiones que adoptan para cumplir con los mandatos de la sociedad, porque de otra manera no se tendrían elementos para corroborar su observancia.

Acabado este recuento de los límites jurídicos que condicionan la designación del presidente de la CNDH, a las personas que se empeñan en ver como una facultad francamente arbitraria la que ahí acontece, no les queda más que concluir que no existen medios para controlar la actuación de los senadores encargados de tal nombramiento. Por el otro lado, para las personas que se han convencido o aún dudan de la presencia de pautas obligatorias en torno a este asunto, quizá interese proseguir esta exposición a fin de que, una vez plasmados los instrumentos de vigilancia adecuados y defendida su utilización propicia, cuenten con los argumentos completos para formarse una postura que eventualmente se pueda debatir en posteriores ocasiones.

Sin mayor preámbulo, debido es reconocer que incluso estos posibles medios de control presentan no pocos obstáculos para su correcta aplicación como garantía de los límites a que requiere sujetarse el nombramiento del *ombudsman*. A veces pueden ser prácticas por muchos años reiteradas las que se esgriman como excusa para

<sup>36</sup> No sobra hacer hincapié en que incorrectamente la fracción sexta del artículo 19 perteneciente al referido acuerdo, invierte el principio que deja a la información reservada como una excepción, para de esa forma intentar atribuir a la Cámara de Senadores el poder discrecional para extender sus supuestos. Ciertamente ello resulta inadecuado porque un ordenamiento con esta jerarquía no puede contrariar las normas superiores contenidas en la ley federal de transparencia y, en todo caso, la amplitud del listado de datos que pueden considerarse como reservados tiene que ajustarse lo más posible al dispuesto en la propia ley de la materia.

evitar su adecuación en la vigilancia del accionar de los senadores involucrados en dicho proceso, otras, pudiera aducirse la novedad del tema y la consecuente escasez de precedentes. A pesar de ello, es posible observar en las controversias constitucionales o en el juicio de amparo, dos mecanismos propicios para intentar que las decisiones votadas en la Cámara de Senadores se ajusten estrictamente a derecho y, sobre todo, que esas resoluciones gubernamentales tomen en cuenta la opinión vertida por la sociedad civil que les vincula.

Se inicia entonces con las controversias constitucionales. Actualmente este medio de justicia constitucional, reconocido en el artículo 105 de nuestra ley fundamental y regulado a detalle en la ley reglamentaria de ese precepto, puede funcionar como instrumento para vigilar los actos del senado y sus órganos internos, aunque igualmente resulta cierto que su manejo adecuado requiere esquivar algunos inconvenientes. En este contexto, es posible dejar constancia de nueva cuenta de dos interpretaciones, la primera pone en entredicho la viabilidad jurídica de esas controversias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento aplicable a este asunto, la segunda defiende a cabalidad la posibilidad constitucional y legal que poseen estos instrumentos jurisdiccionales para conseguir esa observancia, al mismo tiempo que deja de manifiesto que los únicos impedimentos para lograr esa garantía son predominantemente de carácter político.

De entrada parece relativamente sencillo, si se recuerda que el procedimiento de elección del presidente de la CNDH consta de una serie de actos encomendados al senado y a sus cuerpos internos, ubicar como supuesto para entablar una controversia constitucional en esta materia, aquél en el que se presenta un conflicto entre el jefe del ejecutivo federal y una de las cámaras del poder legislativo federal, concretamente el senado o, en su caso, la comisión permanente del Congreso de la Unión, cuando el nombramiento recaiga en ella, hipótesis que ha quedado prevista en el inciso c) de la fracción primera del artículo 105 de la ley suprema. En similares coordenadas, de una vez resulta pertinente dejar señalado que este tipo de controversias son de las que posibilitan que las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) adquieran efectos generales, siempre y cuando invaliden el o los actos de que se trate y sean adoptadas por una mayoría calificada de los miembros de ese tribunal. Asimismo, es evidente que en la designación del *ombudsman* no se estaría juz-

gando respecto de normas generales emitidas por los senadores, sino de actos precisos.

Avanzando un poco más, el problema supuestamente jurídico que puede anticiparse desde ese primer punto de vista, reacio a controlar por este medio la selección del titular de la CNDH, consiste básicamente en que el presidente de la república no posee un interés legítimo para promover una controversia en este tema. A partir de dicho panorama puede resaltarse que las controversias constitucionales representan medios para garantizar las órbitas competenciales de los poderes y que, en tales circunstancias, nada tiene que hacer el ejecutivo federal aquí, en atención a que ni siquiera interviene en el nombramiento del defensor de los derechos humanos. Brevemente, podría argumentarse que no obstante contar con una legitimación activa en el proceso, carece en este asunto de una legitimación en la causa, lo que evidentemente tendría que ser objeto del fondo de la controversia, por lo que de cualquier forma ésta no debería ser rechazada alegando su notoria improcedencia. Ahora bien, las complicaciones aumentan si se repara en que también participan en la elección del *ombudsman* sectores de la sociedad que no cuentan con la capacidad de iniciar estas controversias, motivo por el cual, cualquiera de los poderes estatales enfrentados puede pretender monopolizar la defensa del verdadero sentir ciudadano.

Para ahondar en las explicaciones jurídicas que se aportan en el párrafo anterior, resulta prudente considerar su posible sustento en tesis jurisprudenciales emitidas por la SCJN. Así, existen algunas resoluciones en materia de controversias en las que se destaca que los poderes que se estimen afectados por la usurpación que de sus facultades lleve a cabo otro poder, tienen la posibilidad de recurrir por este medio ante ese alto tribunal a fin de que dirima en definitiva a que ente corresponde la atribución de que se trate. En ese orden de ideas, al diferenciarse las controversias constitucionales de las acciones de inconstitucionalidad, también reguladas en el artículo 105 de la ley suprema, se ha anotado que las primeras son instituidas para proteger el principio de división de poderes, toda vez que en ellas se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución y, por tanto, requieren que el promovente manifieste la existencia de un agravio en su perjuicio. Con similar tendencia, se ha aseverado que "el orden constitucional tiende a pre-

servar la regularidad en el ejercicio de las atribuciones establecidas en favor de las autoridades, las que nunca deberán rebasar los principios rectores previstos en la Constitución federal, ya sea en perjuicio de los gobernados, por violación de garantías individuales, o bien, afectando la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otro orden jurídico”.<sup>37</sup>

Otro pronunciamiento de la SCJN que no conviene pasar por alto, afina lo relativo a la presencia de un agravio en las controversias, para indicar que “debe entenderse como un interés legítimo para acudir a esta vía, el cual, a su vez, se traduce en una afectación que resienten en su esfera de atribuciones las entidades poderes u órganos”, obviamente envueltos en estas cuestiones, precisamente “en razón de su especial situación frente al acto que consideren lesivo”, actualizándose su interés “cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve en razón de la situación de hecho en la que ésta se encuentre, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada”. De todas formas, también hay que reiterar que es verdad que esa falta de interés legítimo del presidente no puede presumirse, sino que tendrá que descontarse hasta finalizado el juicio.<sup>38</sup>

Si únicamente se consideran estos precedentes, se hace patente que el presidente enfrenta serios problemas para justificar ante la SCJN que se le causa un agravio a través de cualquiera de las actua-

<sup>37</sup> Se hace referencia a los criterios que se identifican con los rubros *Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P./J. 71/2000, p. 965, y *Controversia constitucional. Los objetivos del orden jurídico constitucional son la asignación de competencia y el control de su ejercicio por las autoridades de los demás órdenes jurídicos*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, tesis P./J. 97/99, p. 709, respectivamente.

<sup>38</sup> Se citan en el orden de aparición un par de criterios, a saber, *Controversia constitucional. Interés legítimo para promoverla*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, julio de 2001, tesis P./J. 83/2001, p. 875, y *Controversia constitucional. La falta de afectación al interés del actor, al constituir una cuestión de fondo que no puede ser analizada al presentarse la demanda, no es motivo manifiesto e indudable de improcedencia*, novena época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, junio de 2002, tesis 1a. XLIV/2002, p. 431.

ciones de los senadores que van a desembocar en la elección del titular de la CNDH, o bien, que en ellas se le descubre un interés legítimo para demandarlos. Aunque siempre podría argüir que su comportamiento obedece al intento de salvaguardar el respeto por los resultados del proceso de auscultación, ello no levantaría las sospechas sobre la inviabilidad jurídica de su injerencia en facultades exclusivamente encomendadas al senado. Adicionalmente, puede querer resaltar que en el artículo 105 constitucional no se prevén expresamente como partes de estas controversias, a los órganos internos de esa cámara, por lo que, atendiendo a esta circunstancia, tampoco sería apropiado la admisión de una demanda que se entable en contra de sus acciones. En conexión con esto último, hay que aceptar que quizá no se está en presencia de órganos estatales “originarios”, sino ante órganos “derivados o legales”, pero eso en nada impide que su proceder quede sujeto al control jurisdiccional, ya que la “tutela jurídica” de las controversias se extiende para preservar todo el orden constitucional, el cual, igualmente les compromete.<sup>39</sup>

Afortunadamente los antecedentes citados previamente no son los únicos que pueden encontrarse en la actualidad. Primeramente, para terminar de desterrar toda duda sobre la posibilidad de que actos de la comisión de derechos humanos del senado o de su junta de coordinación política puedan dar pie a promover una controversia constitucional por parte del jefe del ejecutivo federal, con base en el inciso c) de la fracción primera del artículo 105 de nuestra ley fundamental, tan sólo basta recuperar una tesis aislada de la SCJN que se expresa sobre la legitimación activa y pasiva en torno a este instrumento de control constitucional.<sup>40</sup> En ella se mantiene en esencia que cuentan con legitimación activa para ejercer dichas controversias todos los entes, poderes u órganos mencionados en el citado precepto de la

<sup>39</sup> Ahora se alude a la tesis aislada *Controversia constitucional. La tutela jurídica de esta acción es la protección del ámbito de atribuciones que la ley suprema prevé para los órganos originarios del estado*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. LXXII/98, p. 789.

<sup>40</sup> Toca el turno al criterio ubicado bajo el rubro *Controversia constitucional. Legitimación activa y legitimación pasiva*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. LXXIII/98, p. 790.

ley suprema, negándosele en contrapartida a los denominados órganos derivados. Al mismo tiempo, y esto es lo interesante para la cuestión que ahora se debate, se señala que en lo concerniente a la legitimación pasiva para intervenir en estos procedimientos, “no se requiere, necesariamente, ser un órgano originario del Estado, por lo que, en cada caso particular deberá analizarse ello, atendiendo al principio de supremacía constitucional, a la finalidad perseguida con este instrumento procesal y al espectro de su tutela jurídica”. En conclusión, las intervenciones de esos cuerpos internos del senado durante el proceso de selección del *ombudsman*, suponiendo que no pudieran atribuirse a la propia Cámara de Senadores, no por ello quedarían excluidas *a priori* del escrutinio que puede realizarse por vía de este medio jurisdiccional.

Seguidamente, por lo que toca a la interpretación que encasilla a las controversias constitucionales como mecanismos con los que exclusivamente se combaten las invasiones entre poderes, es momento de contrastarla con otras opiniones de la SCJN en las que se extiende su órbita de protección hasta abarcar la totalidad del ordenamiento jurídico mexicano. Para inaugurar este recuento, puede acudir a un sugestivo precedente de ese alto tribunal en el que se considera que una adecuada garantía de la supremacía constitucional y el federalismo, implica que los actos de los gobernantes respeten a cabalidad las disposiciones de la ley fundamental, lo cual, concretamente, invita a abandonar criterios que rehúsen el estudio de “conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución federal”. El sostén para tal reflexión es fácil de observar, si la justicia constitucional busca la “unidad y cohesión” de cada uno de los niveles del ordenamiento jurídico “en las relaciones de las entidades u órganos de poder que los conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes”, como son las controversias, “dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones”. Esto último debe evitarse porque complicaría la conservación de la supremacía constitucional y el federalismo, al limitar la procedencia de las

controversias únicamente con base en “interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control”.<sup>41</sup>

Aunque cuente con una orientación más conservadora, es de utilidad resaltar otra tesis jurisprudencial de la SCJN, en la que sin dejar de reconocer a las controversias como un medio que ampara la correcta distribución de competencias entre autoridades, se les entiende igualmente como instrumentos para asegurar precisamente la “regularidad” del ejercicio de esas facultades, que en todo instante deben mantenerse acordes con la Constitución.<sup>42</sup> Así, al principio de afectación causado por la invasión de esferas, se añade el “combate” de los actos estatales que pretendan quebrantar cualquiera de los contenidos constitucionales.

A fin de superar las dudas que pueda suscitar la comparación de estos dos últimos criterios jurisprudenciales, resulta oportuno retroceder a un antecedente de mayor antigüedad en el que cristalinamente se expone la amplitud del ámbito de garantía que se puede lograr por medio de las controversias constitucionales. En palabras de la SCJN, tomando en consideración el objetivo que persiguen medios de control constitucional como las acciones de inconstitucionalidad o las controversias, que no es otro que “someter a la decisión judicial el examen integral de validez de los actos impugnados”, deviene “procedente el estudio del concepto de invalidez invocado en una contro-

<sup>41</sup> Estos textos pertenecen al criterio *Controversia constitucional. El control de la regularidad constitucional a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoriza el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución federal*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, tesis P/J. 98/99, p. 703.

<sup>42</sup> *Controversia constitucional. Mediante esta acción la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene facultades para dirimir cuestiones que impliquen violaciones a la Constitución federal, aunque no se alegue la invasión de esferas de competencia de la entidad o poder que la promueve*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, tesis P/J. 112/2001, p. 881.

versia constitucional, si en él se alega contravención al artículo 16 de la Constitución federal, en relación con otras disposiciones, sean de la Constitución local o de leyes secundarias, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o la ley reclamados, como sucede en el caso en el que se invocan transgresiones a disposiciones ordinarias y de la Constitución local dentro del proceso legislativo que culminó con el ordenamiento combatido que, de ser fundadas, lo invalidarían”.<sup>43</sup>

Ciertamente el caso que origina esta opinión de la SCJN no es asimilable al que pudiera darse a partir del nombramiento del *ombudsman*, pero lo trascendente es que desde que ese criterio es adoptado, se posibilita que la órbita de protección de los medios de justicia constitucional crezca exponencialmente. Sin que se soslaye que un poder de semejantes proporciones en manos de aquel alto tribunal tiene que ser acompañado de un estricto y permanente escrutinio por parte de la sociedad en su conjunto, así como de los demás órganos de gobierno, lo que aquí interesa es dejar constancia de los elementos que con esas tesis se introducen para hacer justiciables los límites jurídicos aplicables a dicha designación.

En primer lugar, se deja zanjada cualquier incertidumbre respecto de que una controversia constitucional pueda no ser un medio viable para impugnar las acciones del senado en lo tocante a la elección del titular de la CNDH, alegando que no es materia de estos instrumentos más que el respeto de la distribución de competencias y que, en ese entendido, el jefe del ejecutivo federal no se ve afectado ni tiene interés legítimo en solicitar el control de algunos de los actos de los senadores participantes en tal nombramiento, toda vez que estas actuaciones en nada interfieren con las atribuciones que constitucionalmente le son otorgadas. A la luz de las jurisprudencias enunciadas, este razonamiento no es correcto, porque al presidente de la república, aunque no colabore en esa designación, le debe interesar

<sup>43</sup> Estas ideas básicas, que hace algunos años hemos de confesar nos dejaban perplejos, se hallan plasmadas en *Controversia constitucional. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o la ley reclamados*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, abril de 1997, tesis P./J. 23/97, p. 134.

que en ella se respete el orden constitucional aplicable y que el senado o sus órganos internos, sea la comisión de derechos humanos o la junta de coordinación política, se apeguen cabalmente a las normas constitucionales.

En segunda instancia, con estos criterios en mente, también se hace posible descartar el argumento que niega la vigilancia de los actos de los legisladores por medio de una controversia constitucional, aseverando que en el procedimiento de selección del *ombudsman*, cualquier futura desatención a la voluntad ciudadana expresada a través de las consultas, se correspondería en todo caso con una violación a normas contenidas en la legislación secundaria y no en la ley suprema, al recordar que el mandato para “basar” en los resultados de esa auscultación las propuestas realizadas en el seno del senado, únicamente ha sido reconocido en la LCNDH. Manifestar que un incumplimiento semejante cae fuera del espacio de garantía de las controversias es olvidar que en el propio artículo 102 constitucional se hace una remisión expresa a las leyes en cuanto a los procedimientos y que, de todos modos, esto no impide que la inobservancia a dichas leyes pueda ser analizada y controlada en aras del resguardo “integral” del ordenamiento jurídico que se produce gracias al estudio y eliminación de sus “violaciones indirectas”.

Posteriormente, como un tercer agregado que completa este círculo de protección, es la última tesis jurisprudencial citada la que explícitamente muestra el camino para estructurar los alegatos necesarios para invalidar los actos del senado que pudieran contravenir el derecho aplicable en este asunto. Así las cosas, de no atenderse las opiniones de los sectores sociales en lo concerniente a la designación del presidente de la CNDH, el senado estaría violentando, al menos, el artículo 16 constitucional, en relación con el diverso artículo 102 de la ley suprema, así como con el artículo 10 de la LCNDH, porque en estos preceptos se establece esencialmente la forma o los procedimientos que requieren cumplirse para que el acto consistente en la elección del *ombudsman* sea jurídicamente aceptable, generando su inobservancia, la inconstitucionalidad de esa nominación.

Por si lo anterior fuera poco, todavía es posible aludir a otro criterio de la SCJN en el que se determina que las controversias no se conforman con una defensa “orgánica” de la Constitución, sino que a través de ellas también resulta factible salvaguardar “de manera

relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio” de las instituciones gubernamentales. Específicamente se habla de la función protectora de las denominadas garantías individuales frente a la arbitrariedad de los servidores públicos y entre ellas se resaltan las contenidas “en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes”, derechos que a su vez se ven amparados por aquellos mecanismos de justicia constitucional, y de los que no sobra decir que en igual o en mayor medida se les encuentra reconocidos en varios instrumentos internacionales que completan nuestro ordenamiento jurídico. Del mismo relieve, esta tesis culmina confesando el carácter instrumental que el propio orden jurídico y todas las autoridades estatales poseen, puesto que solamente se trata de medios que responden a los intereses de las personas que los han creado para facilitar su armónica convivencia social.<sup>44</sup>

Con esta perspectiva, es obvio que todo lo que acontece alrededor del nombramiento del *ombudsman*, incluida la propia designación de este funcionario, debe de mantenerse en esa línea de respeto a los derechos humanos, sin que nunca se pierda de vista que su legitimidad y razón de existir se encuentran en su capacidad de ser un medio propicio para el bienestar de la sociedad. Llegado este punto de la exposición, resta concluir con dos indicaciones de tipo procedimental, la primera, que al jefe del ejecutivo federal no le conviene iniciar una controversia constitucional si exclusivamente cuenta con un argumento genérico consistente en la ausencia de respeto de los cauces jurídicos adecuados para realizar esa designación por parte del senado, sin que le consten otros indicios que sustenten dicho incumplimiento, puesto que de ser ese el caso, a los legisladores les sería relativamente sencillo negar tal circunstancia y transferirle la carga probatoria.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> La opinión que inspira este párrafo queda reconocida bajo el rubro *Controversia constitucional. La finalidad del control de la regularidad constitucional a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, tesis P./J. 101/99, p. 708.

<sup>45</sup> Así se desprende del siguiente criterio, *Controversia constitucional. Cuando se reclaman omisiones, corresponde a la parte actora desvirtuar las pruebas con las que la*

No obstante, la segunda puede aportar mayor tranquilidad para los asesores presidenciales que litiguen esa hipotética controversia constitucional, porque aunque su petición no fuera la óptima, en virtud de la amplitud de la responsabilidad que los miembros de la SCJN mantienen en lo tocante a la depuración de las faltas que pueden aparecer durante el transcurso de este procedimiento, ya sea los errores que eventualmente se presenten en la cita de los artículos que se invoquen como violados, la falta de claridad de las cuestiones efectivamente planteadas, o de plano, las francas deficiencias en la demanda o en los escritos posteriores, se ha dictaminado que “no es posible jurídicamente que se establezca que los argumentos hechos valer por el promovente de la controversia o [sus] conceptos de invalidez, puedan considerarse deficientes”, precisamente porque debido a esa obligación de enmienda confiada a ese alto tribunal, no hay nada que pueda interferir con el buen desarrollo de este juicio.<sup>46</sup>

Enunciadas todas estas evidencias, ahora es de esperarse que se entienda el porqué no resulta cuestionable que el presidente tiene la posibilidad jurídica de entablar una controversia para asegurar el cumplimiento de las reglas aplicables al nombramiento del *ombudsman*, permaneciendo quizá como único impedimento, uno de carácter político, que no quiera inmiscuirse en facultades exclusivas del senado de las que expresamente se le desterró con la reforma al artículo 102. Si así opinara, todavía tendría que hacer frente a esa obligación de “guardar y hacer guardar” nuestro ordenamiento que le impone el diverso artículo 87 constitucional.

Ya para terminar esta disertación, queda por discutir lo relativo al juicio de amparo. La ventaja que ofrece este otro instrumento de control constitucional es que para promoverlo no se depende de la voluntad discrecional de ninguna autoridad, pues cualquiera que

*demandada demostró su inexistencia*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis P./J. 81/99, p. 567.

<sup>46</sup> Para corroborar esta visión no hace falta más que leer la tesis *Controversia constitucional. En ella no es posible jurídicamente considerar deficientes los conceptos de invalidez planteados*, novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, noviembre de 1996, tesis P./J. 68/96, p. 325.

sienta que en el procedimiento de elección del titular de la CNDH se presentan actos que violan sus garantías individuales, tiene la posibilidad de demandar por este medio su protección constitucional, siguiendo cuidadosamente las normas dispuestas en los artículos 103 y 107 de la ley fundamental, así como las contenidas en su ley reglamentaria. Tristemente, el asunto no es tan sencillo. No es lo mismo iniciar un amparo que obtener una sentencia favorable de los tribunales federales. Para salir exitoso de tal empresa deviene trascendental librar bastantes obstáculos, antes que todos, convencer que existe algún derecho que se contraviene con los actos de autoridad de los senadores participantes en dicho nombramiento, luego, acreditar que se posee un interés jurídico que merece ser garantizado, enseñada, evitar caer en las demás causales de improcedencia que se utilizan con extrema facilidad para interrumpir este juicio y, si todo sale bien, que la resolución que conceda el resguardo constitucional no se pueda llegar a entender como una con efectos generales, así como que pueda resultar eficaz.

Con semejantes dificultades que sortear, lo que desde ahora puede adelantarse es que probablemente ninguna de las personas, ni mucho menos las organizaciones interesadas en colaborar con esa designación del *ombudsman*, albergan grandes oportunidades para conseguir un juicio de amparo próspero. Aun suponiendo que con cierta rapidez puedan persuadir que existe una violación de garantías individuales, siquiera porque se alegue algo tan simple como ataques injustificables al derecho consagrado en el artículo 16 constitucional, requieren argumentar que la elección para la presidencia de la CNDH de la persona que recibe el soporte del senado, de esa en particular y no de otra, les causa una afectación más allá de la defensa abstracta del cumplimiento de los procedimientos aplicables a este nombramiento o de la traición a su punto de vista individual en lo concerniente a quien debe ser el que acceda a ese alto puesto público, en pocas palabras, necesitan probar que se perjudican sus intereses jurídicos. Peor todavía, les es perentorio demostrar que una sentencia favorable que podría traer por consecuencia la alteración en la selección del titular de ese organismo autónomo, les beneficia personalmente. Y a todo esto, nada se ha dicho sobre las escasas posibilidades de hallar un juez progresista y garantista, que sin perjuicio

alguno y con imparcialidad e independencia absolutas, esté dispuesto a examinar profundamente y con ánimo innovador este asunto.

Mas no todas son malas noticias, de una búsqueda detenida entre los criterios jurisprudenciales que complementan el ordenamiento jurídico en torno al amparo, es altamente conveniente resaltar aquellos que dejan latente un resquicio para intentar controlar y hacer efectivos los límites que condicionan la actuación de los senadores, de entrada, los actos de los que serán responsables en el próximo proceso de elección del *ombudsman*, cuya realización es inminente. Con su recuerdo es como se pone punto final a este trabajo, sabiendo que se demandan otras voces, así como más y mejores esfuerzos para alcanzar esa meta.

Extrañamente a lo que pudiera creerse, es analizando uno de los aspectos de improcedencia del juicio de amparo más amargamente célebres, a saber, el que ha servido para declinar la protección de los derechos políticos, en donde uno puede encontrar esa puerta para pretender que los actos de las autoridades que eligen al presidente de la CNDH resulten justiciables. No se hace referencia a la opinión que asevera que los derechos consagrados en el artículo 35 constitucional no posibilitan el amparo por estar fuera del territorio al que se ciñen las garantías individuales, encerradas exclusivamente en los primeros 29 preceptos de nuestra ley suprema, lo que de paso ignora sendos tratados internacionales que los reconocen como derechos humanos y exigen para ellos medios de defensa adecuados, los cuales apenas "recientemente" han sido legislados en el ámbito electoral del ordenamiento jurídico mexicano. Más bien, aunque evidentemente se trata de uno de esos derechos enunciados como prerrogativas del ciudadano, se apunta a la causal de improcedencia que se expresa en la fracción octava del artículo 73 de la aún vigente ley de amparo.<sup>47</sup> Es en estas coordenadas donde se puede notar que efectivamente hay personas que mantienen la oportunidad de cuestionar el

<sup>47</sup> El texto de esa disposición se transcribe a continuación: "Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente: [...] VIII. Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las legislaturas de los estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente".

accionar de los senadores, precisamente los aspirantes que gocen del respaldo popular expresado durante las consultas a la sociedad civil a los que se haya dejado fuera de la competencia a fin de colocar en la cabeza de aquel organismo autónomo a un personaje que no ostente más que el favor del senado.

El sentido común hace intuir que mayores explicaciones son bienvenidas y para ello no hace falta más que acudir nuevamente a los criterios jurisprudenciales. Al respecto, una advertencia preliminar, las personas que atiendan a este diálogo deben ser plenamente conscientes de que existen opiniones encontradas en la materia, pero que resulta provechoso de una vez optar por reseñar las tesis que son útiles al control de los actos gubernamentales, reconociendo igualmente que se trata de resoluciones para nada recientes. En las tres primeras que aquí se consideran, y que giran sobre la interpretación que los jueces han dado a la fracción octava del mencionado artículo 73, la reflexión en común se enfoca en destacar la procedencia del amparo siempre que los actos de autoridad que se impugnen no se hayan originado debido a facultades que posean el carácter de “soberanas” o “discrecionales”. Asimismo, todas ellas surgen a partir del análisis de actos correspondientes a legislaturas locales y nunca de los emitidos por el poder legislativo federal o por alguna de sus cámaras.<sup>48</sup>

De hecho, pueden acompañarse estas interpretaciones judiciales con otras tantas de orientaciones prácticamente equivalentes.<sup>49</sup> Sin

<sup>48</sup> Este trío de tesis aparecen con rubros idénticos o muy similares, *Derechos políticos, amparo contra la violación de*, quinta época, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LII, p. 103, *Derechos políticos*, quinta época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LIII, p. 1875, y *Derechos políticos*, quinta época, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LIII, p. 1875.

<sup>49</sup> Enseguida se enuncian respetando el orden por el que se les evoca en este párrafo, *Ayuntamientos, remoción de los miembros de (legislación de Nuevo León)*, quinta época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXI, p. 57, *Ayuntamientos, remoción de sus miembros (legislación de Tlaxcala)*, quinta época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXI, p. 2015, *Ayuntamientos, amparo en caso de suspensión de miembros de los*, quinta época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXIII, p. 1452, y *Elección de presidentes municipales (legislación de Chiapas)*, quinta época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXVII, p. 2925.

embargo, en la primera de estas tesis se aporta un elemento adicional cuando se resuelve que, en las constituciones correspondientes, es necesario que expresamente se reconozcan los rasgos de soberanía o discrecionalidad al calificar las atribuciones de suspensión o remisión, aunque nada impide que se extienda a la de elección, para que únicamente así, el amparo resulte improcedente o, en sus propias palabras, “si el Legislador constituyente local, hubiese querido conferir esa facultad, a la Legislatura, lo hubiese expresado así, con toda claridad, dada la importancia y trascendentales consecuencias del ejercicio de la propia facultad”. En similar orden de ideas, el segundo criterio reitera la ausencia de una presunción de soberanía o discrecionalidad aparejada a los actos de las legislaturas, señalando claramente que no es suficiente para negar la procedencia del amparo, el hecho de que el acto impugnado emane de un congreso. Por su parte, la tercera de estas decisiones define como incompatible con esa libertad de las legislaturas, el que se prevea alguna formalidad o procedimiento legal para aprobar la suspensión o remoción de que se trate, lo que indudablemente aplica también a la elección, tal como se confirma en la cuarta opinión que se mantiene en lo dicho pero explícitamente para el supuesto de que una persona “crea haber sido electa” para desempeñar un cargo, obviamente sin que importe que puesto sea.

Para quien desee observar con extrema suspicacia estos criterios judiciales con la intención de rehusar la “justiciabilidad” de los actos de los legisladores en la designación del presidente de la CNDH, el camino a transitar es predecible. Todas son opiniones antiguas, la mayoría no se originaron con motivo de ni por tanto se refieren expresamente a casos de elección de funcionarios, ninguna trata de resoluciones o declaraciones del poder legislativo federal, menos del senado y por supuesto es imposible que se pronunciaran pensando en el nombramiento del *ombudsman*. Además, ya encarrilados, interpretando la causal del artículo 73 y a la luz de esas tesis, es viable afirmar que en lo concerniente a las decisiones de los entes federales no resulta aplicable el texto final de la fracción octava, porque las constituciones “correspondientes” en donde se confieren esas facultades de resolución soberana o discrecional, no pueden ser otras que las locales. Y por si eso no bastara, la libertad que el término discrecional permite para los miembros del senado o de la comisión per-

manente es inmensa, puesto que habitualmente la totalidad de los actos de estos órganos participan de esa característica.

A lo anterior tendrá que sobreponerse el intérprete que defiende el control judicial de la elección del *ombudsman*. A continuación un intento. Es sencillo acordar que los precedentes de los tribunales no requieren para tomarse en cuenta en futuras ocasiones que indispensablemente exista una coincidencia extrema entre los diferentes casos en los que se ven involucrados, el que lo origina y al que se le va a aplicar, sino que más bien se prestan a una interpretación analógica. Siendo así, no trasciende que en anteriores disputas judiciales no se haya presentado el caso de la elección de un funcionario a un puesto federal asimilable a la presidencia de la CNDH, como parece lógico si se repara en la novedad del proceso de designación que aquí se estudia. Esta circunstancia en nada debe influir para que los criterios jurisprudenciales expuestos puedan ser de utilidad.

Un segundo tema que tampoco debiera ser controvertido es el de la extensión de la fracción octava del artículo 73 de la ley de amparo. Respecto a si únicamente tratándose de constituciones locales es necesario para que se actualice la improcedencia del juicio de amparo, el que a las legislaturas correspondientes se les confíe una facultad soberana o discrecional, mientras que esa calificación deviene superflua en el caso del poder legislativo federal, ante cuyas decisiones nunca podría proceder este instrumento de control constitucional, es patente de la redacción de ese precepto que cuando se hace mención de las constituciones, se está refiriendo a todas, tanto las locales como la general. Independientemente de ello, lo que sí se alcanza a desprender de su texto es que sólo en las normas constitucionales se pueden conferir esas atribuciones soberanas o discrecionales. No podría ser de otra manera, porque lo que se pretende limitar con el amparo es un acto de un poder legislativo y si se dejara simplemente en una ley la ocasión para otorgar esas facultades soberanas o discrecionales, lo que sucedería es que al mismo poder que se quiere controlar se le daría como alternativa asegurar la exclusión de sus actuaciones, precisamente si a través de otro acto suyo, una ley, tuviera la posibilidad de conferir a sus acciones el manto de la soberanía o la discrecionalidad que las harían inatacables. De cualquier modo, en esta materia hay que ser cuidadoso porque siendo el amparo un medio constitucionalmente regulado para proteger los

derechos, sus improcedencias no pueden ser más que las permitidas por la propia ley suprema o las que guarden congruencia con ella.

En fin, se podría argumentar con gran seguridad que el obstáculo que mayor complejidad presenta para defender el control de este tipo de actos es el de que basta con que en la facultad de elección se otorgue discrecionalidad, para hacer improcedente el amparo, porque para evitar caer en ese ámbito de lo discrecional, claramente en las normas se tendría que establecer el resultado del acto al que se debe llegar, sin que quepa la posibilidad de ningún otro. En estas circunstancias, es indudable que el nombramiento del *ombudsman* podría encuadrarse en aquella órbita, dando por consecuencia la improcedencia del amparo en su contra. Para dar una respuesta apropiada a tal problema, ahora interesa sobremanera retomar las reflexiones que en su momento intentaron demostrar que algunas de las decisiones de los senadores no son siquiera discrecionales, porque entendiéndolo se tiene la ocasión de demostrar que el amparo efectivamente es procedente.

Entonces, ante dicha aseveración afín a la falta de control de los actos gubernamentales, una refutación escalonada aparece como altamente pertinente. Brevemente y para no caer en repeticiones innecesarias, las actuaciones de los legisladores involucrados, sean miembros del senado o de la comisión permanente del Congreso de la Unión, exclusivamente son discrecionales en lo relativo a la votación definitiva sobre quien ostentará la presidencia de la CNDH, a su vez, acción limitada entre los candidatos soportados por los sectores sociales, sean los aspirantes que conformen la terna o el que busque su reelección. Asimismo, esa discrecionalidad además de que debe resultar congruente con la autonomía que se dispone para esa institución defensora de los derechos humanos en el artículo 102 constitucional, no se encuentra expresamente señalada en el texto de la ley fundamental, en el que se reenvía a la legislación secundaria para determinar los procedimientos aplicables, que según el artículo 10 de la LCNDH, tienen como base el proceso de consultas a la sociedad civil.

Igualmente, para aprovechar las enseñanzas de los criterios judiciales resumidos con anticipación y no sólo el texto de la fracción octava del artículo 73 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, interesa reiterar que a fin de hacer improce-

dente un juicio de amparo promovido frente a actos de los legisladores que desembocan en la elección del *ombudsman*, esa discrecionalidad tendría que estar reconocida explícitamente en la Constitución, cosa que no sucede, a diferencia de lo que sí acontece para los casos de las decisiones en torno al juicio político o la declaración de procedencia, las cuales, “con toda claridad”, son calificadas de inatacables en los artículos 110 y 111 de la ley fundamental, respectivamente. Aún más, la discrecionalidad en las acciones del poder legislativo no se presume, por lo que el hecho de que esa designación recaiga en la Cámara de Senadores en nada la exenta de la observancia del derecho y el control judicial. Y para cerrar todo esto, contrariamente a lo que la discrecionalidad implica, se prevén sendas reglas procedimentales para aprobar aquel nombramiento, la principal, que se realice “con base” en las consultas.<sup>50</sup>

Por mayoría de razón, en cuanto a los actos de los cuerpos internos del senado que guardan relación con este nombramiento, la afirmación de su discrecionalidad es francamente incorrecta, toda vez que en las normas jurídicas que los regulan, el procedimiento legislativo para aprobarlas y hasta en la práctica concreta de la designación del actual *ombudsman*, siempre se les ha apreciado como vinculados a la opinión ciudadana. No hay motivo jurídicamente sustentable para que ese reconocimiento de obligatoriedad, quizá superficial y retórico entre buena parte de las autoridades envueltas en este asunto, no adquiera un carácter real, eficaz o efectivo, a la hora que se demande su respeto ante instancias jurisdiccionales.

Entiéndase bien, en este asunto debe salvarse un perfecto equilibrio entre la participación de la sociedad civil y las responsabilidades encomendadas a los legisladores que al final van a elegir al titular del organismo constitucionalmente autónomo que lleva la defensa de los derechos humanos. Si no es posible argumentar que los miembros del senado o, en su caso, de la comisión permanente del Con-

<sup>50</sup> Nótese que puede argüirse como un elemento extra para defender la procedencia del amparo, el que la discrecionalidad se usa como sinónimo de soberanía en la citada fracción octava. De esa forma, lo ganado en falta de control, suponiendo que la soberanía equivale a arbitrariedad, algo difícil de aceptar en un Estado constitucional de derecho, de todos modos se compensaría con ventaja para tal causa, debido a que su calificación para los actos implicados en la selección del *ombudsman*, resultaría más compleja y demandaría en mayor grado un reconocimiento expreso.

greso de la Unión, únicamente deben constatar qué persona cuenta con la mayoría de las opiniones ciudadanas favorables a su candidatura para irremediablemente designarle como el siguiente *ombudsman*, tampoco es aceptable lo contrario, es decir, que esos gobernantes gocen de total libertad para nombrar a quien les plazca para esa función pública, aunque ello traicione, ignore o haga superflua la concurrencia de los sectores sociales. Constitucional y legalmente lo que manda observarse es la colaboración entre ellos, por lo que toda medida que impida o haga inoperante tal convergencia acaba siendo ilegal.

De momento no hay más que añadir respecto del juicio de amparo y el desenlace de todo cuanto se ha platicado no puede ser otro que apoyar el control jurídico y judicial de los actos de las autoridades encargadas de la elección del presidente de la CNDH. En síntesis, a los legisladores en los que descansa la conducción de este procedimiento de nombramiento les son obligatorios los resultados de las consultas con la sociedad civil, restringiéndose su designación al marco dado por esas opiniones ciudadanas vertidas a través de la auscultación, lo cual a su vez requiere contar con altos niveles de transparencia. De contravenir abiertamente esta regla procedimental, la selección que realicen puede ser combatida por los candidatos que estimen contar con el respaldo social, aduciendo violaciones a por lo menos el artículo 16 constitucional en relación con la fracción segunda del artículo 35 y el 102 de la propia ley suprema, así como con el artículo 10 de la LCNDH, porque a cualquiera de esos aspirantes se les ve comprometido su derecho a ser nombrado para un empleo, diverso de un cargo de elección popular, aun “teniendo las calidades que establezca la ley”, primordialmente, la confianza de los sectores dedicados a la lucha por los derechos humanos, al mismo tiempo que se actualiza en su contra un incumplimiento de los cauces jurídicos que son determinantes para ajustar el actuar estatal a la competencia establecida en las leyes, toda vez que el senado o la comisión permanente exclusivamente están facultados para elegir al *ombudsman* respetando el derecho aplicable al caso.<sup>51</sup> Así, la senten-

<sup>51</sup> Acá podrían sumarse perfectamente transgresiones a un derecho contenido en tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico de nuestro país y si no se profundiza en ello es para no entretener mucho más a los pacientes lectores que se han

cia que amparara a tales individuos evidentemente atendería sus intereses jurídicos y probablemente lo haría sin hacer declaraciones generales.

## VI. DISCUSIONES PENDIENTES

Para cerrar esta investigación conviene dejar algunas pequeñas aclaraciones en atención a las personas que amablemente han invertido su tiempo para seguir estas líneas. En primer lugar, si en ocasiones se ha hecho referencia únicamente de actos de los senadores, del senado o de la Cámara de Senadores, ello no significa que se ha olvidado que existe la posibilidad de que la comisión permanente del Congreso de la Unión sea la encargada de nombrarle titular a la CNDH. Asimismo, como un segundo comentario que resulta vital para entablar una adecuada defensa judicial de los límites a los que se encuentran sometidas las actuaciones de esas autoridades, conviene adquirir plena conciencia de que las violaciones alegadas al artículo 16 de nuestra ley suprema requieren ser formuladas como el producto de actos de molestia emitidos por poderes u órganos incompetentes, siendo ese agravio inicial algo más propio del juicio de amparo.

Precisamente como un acto de molestia porque no se priva definitivamente a los candidatos incorrectamente ignorados del derecho a ocupar el más alto cargo de aquel organismo autónomo, sino que únicamente se les impide por una ocasión el concursar por ostentar tal responsabilidad, es decir, se trata de una restricción provisional. Pero de igual importancia, como acciones fuera de la órbita de las normales atribuciones de los legisladores participantes, toda vez que en el ordenamiento jurídico si bien se les faculta para designar al *ombudsman*, no se les permite elegirlo bajo cualquier circunstancia,

molestado en seguir este estudio. Como sea, debido es recordar que tanto en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, como en la Convención americana sobre derechos humanos, se reconoce con esa categoría al "acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas", igualdad que se rompe siempre que los candidatos más capaces y con mayor confianza ciudadana, se ven superados por un personaje que notoriamente posea como único respaldo, el acuerdo político de grupos de interés representados al interior del senado o la comisión permanente.

su encomienda, su competencia, no es la de nominarlo sin estar basados en las opiniones de la sociedad civil, sino que debe ser acorde, respetuosa y estrictamente delimitada a las alternativas que aparecen como el resultado del proceso de auscultación llevado a cabo entre los sectores interesados en la defensa de los derechos humanos, sea la presentación de una terna o la ratificación de la persona que venga ocupando tal puesto.

Aún podría intentarse como contravención al artículo 16 de la ley fundamental una falta de motivación si no quedan cristalinamente evidenciados los argumentos que se usaron durante todo el trámite acontecido en la sede legislativa para concluir en la selección específica del presidente de la CNDH y ante esto no parece viable aducir como suficiente para cumplir con ese mandato constitucional el que por ahí quede constancia de esos antecedentes, más si uno considera las precisas obligaciones que en materia de transparencia vinculan inclusive al poder legislativo y concretamente a su Cámara de Senadores. En este asunto no tiene que haber duda alguna de los hechos, circunstancias, rasgos y cualquier otro elemento que conduzca a la comisión de derechos humanos, a la junta de coordinación política, al senado o, en su caso, a la comisión permanente, a las resoluciones que correspondan. Llanamente, es inevitable que debe comprobarse fehacientemente quiénes son las personas favorecidas en el proceso de consultas, en consideración a qué eventos, bajo qué metodología, así como los pasos que siguen los cuerpos internos del senado a fin de asegurar que cualquiera de sus dos propuestas es reflejo fiel de esa auscultación, para así, posteriormente, tal vez con mayor flexibilidad, dar fe de las razones que originan el voto final del pleno.

La tercera aclaración tiene que ver con ese otro derecho que resulta contravenido en un proceso de selección del *ombudsman* irrespetuoso del sentir ciudadano, el derecho de nombramiento acorde a la ley, contenido en la fracción segunda del artículo 35 constitucional. Al respecto se puede interpretar que en la designación del presidente de la CNDH únicamente existe una especie del derecho a ser votado, puesto que ciertamente es una votación la que culmina con este asunto, con lo cual el medio de impugnación pertinente para la defensa de tal prerrogativa podría ser el previsto en la fracción cuarta del artículo 41 y quinta del artículo 99 constitucionales y que se sigue ante el tribunal electoral federal. No obstante, ese punto de vista además de

traer aparejadas no pocas complejidades prácticas, se intuye forzado para encuadrar la nominación de la que se habla. De entrada la aprobación en el senado o en la comisión permanente no puede ser calificada como una elección popular, ni el puesto de mando en ese organismo autónomo es un cargo de elección popular, aunque claramente el procedimiento de auscultación entre la sociedad civil desemboca en una especie de mandato mayoritario para los órganos internos de dicha cámara, por lo menos en la forma en la que se le entiende en este trabajo. Por otra parte, el peligro de apartar aquel derecho de nombramiento acorde a la ley del derecho de ser votado es que de rehusarse la procedencia del juicio de amparo a fin de garantizarlo, quedaría sin protección jurisdiccional alguna y eso sería contraproducente para nuestro ordenamiento jurídico.<sup>52</sup> Lo que pensándolo bien sirve como un argumento adicional para aceptar al amparo como un instrumento idóneo para entablar su defensa eficaz.

Un cuarto punto requiere enfocarse en desterrar toda duda sobre las opciones que mantiene el senado o la comisión permanente a la hora de elegir al titular de la CNDH. En su momento se hizo un señalamiento en el sentido de que esos entes conservan como parte de la discrecionalidad de la función que tienen confiada, la posibilidad de ratificar o no a la persona que se encuentre como *ombudsman*, siempre que sea viable su reelección, la de seleccionar a cualquiera de los integrantes de la terna que se les presenta, dentro de la cual, ahora puede añadirse, parece no haber impedimento para que también se halle el funcionario que busque su confirmación en el cargo. Asimismo, aunque no expresamente previsto, como parte de la responsabilidad de designación que se les encomienda va unida la alternativa para rechazar las propuestas realizadas por los cuerpos senatoriales, probablemente incluso la petición para que se constituya una nueva terna, aunque para eso no tendrían que existir limitaciones de tiempo, prisas para culminar el proceso antes de la fecha en la que necesariamente

<sup>52</sup> Además, si pudiera emparentarse este derecho de nombramiento acorde con la ley con el anteriormente mencionado derecho de acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, entonces la falta de mecanismos de garantía no sólo resultaría un simple inconveniente sino una patente violación a los compromisos internacionales que México ha asumido tanto en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos como en la Convención americana sobre derechos humanos.

debe nombrarse al encargado de tal organismo autónomo. Con independencia de ello, definitivamente lo que cae fuera de dicha órbita de discreción es contrariar los resultados de las consultas, porque de proceder así se estaría desvirtuando y no tendría caso la participación social, así como las normas legales que la reconocen.

En quinto y ahora sí último lugar, falta comentar lo oportuno que resulta estudiar ciertas controversias constitucionales que en el pasado reciente se han entablado para cuestionar la elección de magistrados de los tribunales supremos de algunas de las entidades de la federación, casos en los que las sentencias respectivas contienen elementos que pueden aplicarse al nombramiento del *ombudsman*. En concreto, a continuación se destaca fugazmente la experiencia seguida con motivo de la controversia número 34/97.<sup>53</sup> La advertencia previa indispensable es que tal juicio se originó por un conflicto entre el poder legislativo y el judicial locales, ambos participantes en un acto de designación complejo en el que se demandaba su colaboración. Ante esto, es claro que en la selección del titular de la CNDH no hay más que un poder involucrado, el legislativo federal, pero también es evidente que el procedimiento que culmina con la toma de protesta al presidente de dicho organismo autónomo implica la asistencia tanto de legisladores como de la sociedad civil, sin que sea posible prescindir de ninguna de ellas, lo que convierte a este acto igualmente en uno de carácter complejo. El principio que debe imperar en esta materia reza que "la intervención de uno, no puede nulificar la del otro".

En los debates que anticiparon y eventualmente dieron sostén a la resolución de la SCJN en la controversia constitucional que se comenta, se exponen por parte de los ministros varios razonamientos de interés. El primero es que al menos uno de ellos era plenamente consciente de que el criterio resultante de la sentencia podría llegar a ser aplicable a cualquier otro proceso de elección de funcionarios

<sup>53</sup> Esta resolución junto con las discusiones que generó entre los miembros de la SCJN, así como las tesis jurisprudenciales resultantes, aparece publicada como *Discrecionalidad del acto del Congreso del estado de Guanajuato en la elección de magistrados al Supremo Tribunal de Justicia del Estado*, serie Debates Pleno, núm. 34, México, 2001, obra editada precisamente por ese alto tribunal y a la cual pertenecen las citas utilizadas en el transcurso de los párrafos siguientes.

públicos tanto en el ámbito federal como en el local, lo cual corrobora el uso analógico que de las reflexiones vertidas en ese juicio puede darse para el supuesto de la selección del *ombudsman*. Probablemente el segundo aspecto a resaltar pudiera ser que este tipo de nombramientos son producto de un procedimiento, es decir, un conjunto de actos encaminados a encontrarle, en este caso particular, titular a la CNDH. Entre los miembros del máximo tribunal federal tal argumento sirvió para flexibilizar las exigencias de motivación a la hora de elegir a los magistrados del tribunal supremo por parte del poder legislativo de la entidad involucrada, pero trasladadas esas consideraciones a las coordinadas aquí analizadas parece prudente afirmar que si la justificación de la designación del presidente de ese organismo autónomo es posible hallarla a lo largo de todo el proceso que inicia con el llamado a la sociedad para que a través de las consultas muestre a los órganos internos del senado las preferencias por tales o cuales candidatos, la obligación de una adecuada motivación se requiere cumplir y hacer transparente durante todas las etapas que se presentan en dicho proceso. Sencillamente, los legisladores responsables de esta nominación necesitan dejar constancia de cada una de sus acciones, sin que sea suficiente la "posibilidad" de que esto ocurra.

De cualquier manera, debido es reconocer que los ministros de la SCJN se comprometieron a defender que inclusive tratándose de facultades discrecionales es requisito indispensable observar la obligación de motivar y fundar el acto que corresponda, sabiendo que lo contrario resultaría pésimo para un incipiente "Estado constitucional de derecho" como el de nuestro país. En otro orden de ideas, un tercer comentario a partir de esta controversia constitucional podría ser que si bien la designación del presidente de la CNDH es producida después de agotado un proceso ante el poder legislativo, específicamente el senado o, de darse el caso que no se encuentre reunido, la comisión permanente, no se trata del procedimiento legislativo que desemboca en la confección de una norma general, sino que este nombramiento es de los actos que pueden calificarse como materialmente administrativos y formalmente legislativos.

Con una mayor cercanía a los puntos esenciales relacionados con la elección del *ombudsman*, habrá que señalar que en las discusiones al interior de la SCJN surgieron argumentos que pueden fundamen-

tar la distinción de dos fases en ese procedimiento de selección, a saber, la etapa en la que se "integra" la terna de aspirantes y otra diversa en la que se "designa" de entre ellos al próximo titular de la CNDH. La integración es responsabilidad de los cuerpos senatoriales, sea su comisión de derechos humanos, su junta de coordinación política o ambos, encontrándose esta ocupación vinculada al respeto pleno de los resultados de las consultas realizadas a la sociedad civil, con lo cual los legisladores participantes aseguran la "elegibilidad" de los candidatos a la presidencia del referido organismo autónomo, obviamente junto con la confirmación que hacen respecto a que tales aspirantes cumplen con los demás requisitos contenidos en el artículo 9 de la LCNDH. Esto es primordialmente lo que asegura la "razonabilidad" del acto de designación atribuido a la Cámara de Senadores o a la comisión permanente del Congreso de la Unión, lo que a su vez trasciende porque los actos discrecionales de ninguna forma pueden convertirse en actos "caprichosos" o "arbitrarios".

En lo concerniente exclusivamente a esa facultad del senado o de la comisión permanente, importantes son las opiniones aducidas en el sentido de que no se encuentran permitidas las "ternas de uno", o bien, de que la atribución confiada a los legisladores en materia de nombramientos coordinados de servidores públicos no es una de ratificación sino una de elección. Con ello, los integrantes de la SCJN defienden el principio de colaboración que impide que las actuaciones de uno de los entes participantes en la selección de que se trate, haga nugatoria o superflua la intervención del otro. Así las cosas, es verdad que el proceso de auscultación entre los sectores sociales interesados en la salvaguarda de los derechos humanos no puede ser interpretado como un "mandato imperativo" para que la persona más popular desde la perspectiva ciudadana tenga acceso inmediatamente al puesto de *ombudsman*, porque en todo caso, lo que las normas demandan es la formulación de una terna con base en dichas consultas, con lo cual, siempre quedará abierta la alternativa para las autoridades de proceder libremente a nombrar a cualquiera de las personas que de ese modo se les propongan. Lo que no se puede no conceder es que razón semejante impera a la inversa, por lo que jamás debe quedar de lado el punto de vista de la sociedad.

Sin embargo, en los dos párrafos anteriores nada se menciona sobre la posibilidad de que se presente como opción respaldada por la

gente la de la reelección, la alternativa en la que más se limita la discrecionalidad de los legisladores y que por supuesto no fue parte del litigio que solucionó la controversia constitucional que se repasa. Ante tal circunstancia, lo mínimo que se puede esperar es que si el senado o la comisión permanente deciden que ese no es el sentido verdadero del proceso de consultas, la consecuencia de su proceder sea la de maximizar los controles de sus actos. Lo que en este supuesto justificaría el accionar de tales autoridades no puede ser otra cosa que el alegar que los órganos senatoriales no cumplieron con su obligación de plasmar el sentir ciudadano y que por esa grave desatención les toca a ellos enderezar el procedimiento de nombramiento del *ombudsman*. Indiscutiblemente no queda dentro de sus atribuciones simplemente negar la fuerza vinculante de las expresiones de la sociedad civil. En dicho escenario, tal vez el mayor grado de exigencia correspondería a la motivación de las actuaciones de las autoridades, por lo que no está de más repetir la importancia que juega aquí todo lo relacionado con la transparencia. Asimismo, los principios que deberían argumentarse como pautas determinantes para formarse un criterio al respecto tienen que ser, por un lado, aquél que enseña que a los gobernantes exclusivamente se les permite realizar lo que expresamente se les reconoce como parte de sus facultades, lo que así entendido, deja ver que en ningún lado se les autoriza a ir en contra de los sectores sociales interesados en esta designación y, por el otro, una interpretación generosa del valor *pro homine*, la cual haga inclinarse por el mayor peso de la participación de la ciudadanía.

Finalmente, atendiendo al cuerpo de la sentencia que recayó a la controversia constitucional 34/97, preponderantemente debe hacerse hincapié en que las facultades en lo tocante a elecciones complejas de miembros de los entes gobernantes pueden definirse como atribuciones “parcialmente regladas y parcialmente discrecionales”, ya sea en el caso concreto que ese juicio solventó, el de los magistrados de un tribunal supremo estatal, como en el diverso supuesto de la selección del presidente de la CNDH. En el fallo aprobado por unanimidad de diez votos en la SCJN, dado que uno de los ministros quedó excusado de conocer del asunto debido a que para él se actualizaba una causal de impedimento, se reitera que el procedimiento para llevar a cabo este tipo de designaciones implica necesariamente una elección a cargo de los legisladores y no solamente un “nombramiento

miento sujeto a [su] aprobación”, pero también se expresa que se trata de un acto en parte reglado precisamente porque resulta vinculado por la propuesta realizada previamente, ahí la formulación de una terna, en el caso del *ombudsman* igualmente una terna aunque acompañada posiblemente de una proposición de ratificación. Aprovechando las palabras de aquel alto tribunal, sería ilógico y contrario a la razón excluir o condenar a la irrelevancia la participación de los senadores o de los integrantes de la comisión permanente, condicionándolos irremediabilmente al mandato de la sociedad civil, pero en menor medida a lo que resultaría si la opinión ciudadana pudiera ser ignorada por esas autoridades, tal como demuestra la situación planteada en las líneas previamente escritas.

En este contexto, quizá con igual preeminencia, no sobra mencionar que la SCJN concluyó que el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad para un cargo público producto de un procedimiento de elección como el que se estudia, así como la observancia de otras normas relacionadas con la forma en la que se conduce esta especie de nombramientos, queda a cargo ineludiblemente de la autoridad que presenta las propuestas al poder legislativo conducente y no tanto en este último y menos aún se traduce en la limitación de su atribución de designación hasta el grado de reducirla a un acto totalmente determinable a partir de, para el caso del *ombudsman*, el proceso de consultas a la sociedad civil, nuevamente salvo la hipótesis recientemente reseñada. De esta manera, resulta que los principales obligados en ceñirse a las obligaciones en cuanto a la selección del presidente de la CNDH son los órganos internos de la Cámara de Senadores. No obstante, la responsabilidad para cuidar que no se aparten del estricto apego a las normas aplicables no sólo recae en las personas que eventualmente promuevan un amparo, también descansa en el jefe del ejecutivo federal que se encuentra constreñido a velar y hacer guardar la Constitución y, antes que cualquiera de ellos, corresponde al propio pleno del senado que no debería poder escudarse en la fe sobre la corrección de las actuaciones de su comisión o su junta, sino que tendría que ser el primer interesado en asegurarse que así suceda. Lamentablemente no llega hasta acá el voto de los ministros y eso constituye un motivo suficiente para continuar conversando.

Algo adicional se discute sobre la manera adecuada de motivar y fundar actos de autoridad que no inciden directamente en la esfera de derechos garantizados a los particulares. Aunque enmarcar lo que acontece en el nombramiento del presidente de la CNDH en ese ámbito resulta problemático, siquiera por la contingente violación a las garantías de los candidatos frustrados en su camino a ese cargo público, de todos modos parece plausible argumentar que esa motivación que evita que las facultades discrecionales se conviertan en "arbitrarias" o "caprichosas" también se requiere hacer presente en dicha designación. Así, sin importar el criterio subjetivo que pueda asociarse a las decisiones del senado o de la comisión permanente, a los jueces que les corresponda resolver un eventual conflicto en torno a esta elección se les abre la posibilidad de "anular el ejercicio de esta facultad en la medida en que el juicio subjetivo no sea razonable sino arbitrario o cuando sea notoriamente injusto o inequitativo, o bien, cuando omita tomar en consideración circunstancias de hecho o éstas sean alteradas injustificadamente, así como cuando el razonamiento sea ilógico o viole los principios generales del derecho".<sup>54</sup> En definitiva, si en la búsqueda del *ombudsman* los actos de los legisladores prescinden de los resultados de las consultas a la sociedad, no hay más que decir que se apartan de los "antecedentes fácticos" en que deben "basar" sus actuaciones y, en consecuencia, fallan incluso a la hora de motivar correctamente sus determinaciones, violando con eso la "garantía de legalidad" que manda respetar nuestra Constitución, así como la totalidad del ordenamiento jurídico del país.

<sup>54</sup> En la publicación a la que se ha hecho referencia, estas frases se leen en su p. 146.

# PRINCIPIOS DE ORDEN SUSTANTIVO RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principio de responsabilidad penal de los menores*. III. *Principio del interés superior del menor*. IV. *Principio de establecimiento de tramos de edades*. V. *Principio de especialización*. VI. *Principio de legalidad*. VII. *Principio de proporcionalidad*. VIII. *Principio de intervención mínima*. IX. *Principio acusatorio*. X. *Principio de oportunidad*.

## I. INTRODUCCIÓN

El menor, sabemos, es un ser humano que se encuentra en un proceso de formación, la cual, como refiere Ruth Villanueva<sup>1</sup> se traduce en una sucesión de pasos que implica etapas consecuentes de maduración (niñez, pubertad, adolescencia) y que se manifiesta en dos esferas: la individual inherente a su integración y maduración de la personalidad y la social que se traduce en la experiencia vivida por el menor en la sociedad, a la que se integra o no para decidir, cuando adulto, si acepta o transgrede sus normas.

<sup>1</sup> Ruth VILLANUEVA, "Menores infractores y el reto actual de la integración de un Sistema Nacional Mexicano", en *Revista Criminalia*, Porrúa, año LXV, núm. 1, ene-abr. 1999, p. 247.

Ser mayor o menor de edad es algo que no sólo atiende a un aspecto meramente biológico, sino primordialmente se corresponde con la toma de consideración por el ordenamiento jurídico del desarrollo humano,<sup>2</sup> así, el concepto de menor de edad viene proporcionado por la norma, de ahí que, como refiere Hernández Galilea<sup>3</sup> sobre sentido sólo en el ámbito jurídico, de lo cual podemos decir que la condición de ser un menor de edad para efectos del tratamiento de la llamada delincuencia infantil o de menores coloca a éstos en un *status particular*, diferente por tanto del de los adultos cuando se trata de enjuiciarlos por la comisión de una conducta estimada por la ley penal como delito o falta, pues como refiere Gómez Colomer<sup>4</sup> es delito lo que comete el menor de edad.

<sup>2</sup> Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA, "Naturaleza y fundamento de la intervención sobre menores en conflicto social". Jesús Miguel HERNÁNDEZ, María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, Ana NOGUERAS MARTÍN, José LORCA MARTÍNEZ, Ansel GUILLAMAT RUBIO y María Rosa VINUESA CASAS, *El sistema español de justicia juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 23. Vid. Francisco BUENO ARÚS, "La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Jornadas Sobre Derechos de los Menores*, Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, coordinadores: Isabel E. Lázaro González e Ignacio V. Mayoral Narros. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 315, quien respecto del concepto de menores a efectos penales refiere que, desde una perspectiva sustancial, significa, pues, fijar la edad a partir de la cual se supone (o presupone) que el sujeto tiene la suficiente madurez como para dirigir sus propios actos y responder (ser imputable) de la realización voluntaria de actos prohibidos por la norma, mereciendo el correspondiente reproche por ello. *Cursivas, paréntesis y texto en el mismo, en texto original.*

<sup>3</sup> *Loc. cit.*

<sup>4</sup> Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, "Tuición procesal penal de menores y jóvenes". Manuel Guillermo ALTAVA LAVALL, Francisco Antón BARBERÁ, Asunción COLÁS TURÉGANO, María Luisa CUERDA ARNAU, José Luis CUESTA MERINO, Manuel Jesús DOLZ LAGO, Juan Luis GÓMEZ COLOMER, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Luis Fernando MORA GARCÍA, Andrea PLANCHADELL GARGALLO, Eugenio Vicente PONZ NOMDEDÉN, Juan Salvador SALOM ESCRIVÁ, Joseph María TAMARIT SUMALLA y Antoni VAQUER ALOY, *Justicia penal de menores y jóvenes* (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). José Luis GONZÁLEZ CUSSAC-Josep María TAMARIT SUMALLA (Coordinación penal), Juan Luis GÓMEZ COLOMER (Coordinación procesal). (Tirant Lo Blanch, Tratados, Valencia, 2002), p. 155. Vid. Vicente GIMENO SENDRA, prólogo al libro *El nuevo proceso penal del menor*, de Ágata María SANZ HERMIDA (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Monografías, Cuenca, 2002), que al respecto refiere que el modelo de enjuiciamiento penal (refiriéndose al de menores) es similar al de los "mayores", respetuoso con los derechos y las garantías fundamentales vigentes en el ordenamiento, pero atemperado tanto en su desarrollo procedimental como en las consecuencias jurídicas aplicables al menor por el establecimiento de diversos instrumentos de descriminalización, desjudicia-

Para estos efectos, el proceso que regula las bases de una justicia penal de menores en España, se contiene en la denominada Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor del 5/2000 de fecha 12 de enero (en adelante LORRPM) cuya orientación es la prevención especial educativa,<sup>5</sup> y que, a decir de Landrove,<sup>6</sup> parte de ciertos principios básicos que ya habían inspirado la reforma parcial de 1992, de las garantías proclamadas por la Constitución española<sup>7</sup> y de las directrices internacionales ampliamente difundidas en los últimos años por cualificados organismos internacionales, con la particular invocación de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.<sup>8</sup>

lización y desinstitucionalización, en atención precisamente a la condición de "menor" de los sujetos a él sometidos. *Corchetes en texto original.*

<sup>5</sup> Ello es así, pues su fin primordial es claramente el interés superior del menor al que se pretende exigirle responsabilidad por sus actos (delitos o faltas según el CP y leyes penales especiales) a través de la aplicación de medidas cuya determinación resulta flexible, pero basada dicha exigencia de responsabilidad en criterios educativos.

<sup>6</sup> Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, Tirant Lo Blanch, Tratados, Valencia, 2001, p. 159.

<sup>7</sup> Vid. María Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Ed. Bosch, Barcelona, 2001), pp. 93 y ss., que destaca respecto de los principios constitucionales que informan el proceso de menores, que ha sido a través de diversas sentencias que éstas se han ido estableciendo configurando así la justicia de menores como una jurisdicción penal al serle aplicables todos, o casi todos los principios y garantías de la jurisdicción de los adultos, destacando el contenido de la sentencia del 12 de julio de 1993 que estableció: "los Juzgados de menores forman parte del Poder Judicial, con todo lo que ello implica, como titulares de órganos ordinarios pero especializados y los procedimientos utilizados para el cumplimiento de su función son auténticos procesos. En consecuencia, les son exigibles cuantas garantías establece la Constitución, no sólo en el artículo 24, sino en todos los con él relacionados". *Corchetes en texto original.* Vid. Prudencio Aparicio BLANCO, "Política criminal y delincuencia juvenil" (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores), en *Política Criminal* (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999) pp. 159 y ss., que destaca que la Constitución española no establece los fundamentos y principios de un derecho penal de menores, ni impone ningún modelo de justicia juvenil concreto que obligue al legislador ordinario a aplicar un tratamiento legal específico en materia de delincuencia juvenil, ni contiene disposición alguna relativa al fundamento y fines de la intervención estatal como respuesta al delito juvenil.

<sup>8</sup> Vid. Rosa PÉREZ MARTELL, *El proceso penal del menor*, Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor, Serie Derecho y Proceso Penal, Monografía núm. 5 (Aranzadi Editorial, Navarra, 2002), pp. 90 y ss., que señala que, además de la Convención de los derechos

Bajo el modelo impuesto por la LORRPM, como refiere Jiménez-Salinas I Colomer,<sup>9</sup> se establece que jóvenes y adolescen-

del niño, existen otros instrumentos internacionales como son las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 y las Reglas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, que sin tener la categoría de tratados conforman también la administración de justicia de menores y que, si bien sus disposiciones no constituyen obligaciones jurídicas para los Estados, salvo cuando hacen eco de obligaciones que son parte del derecho internacional consuetudinario o que están codificadas en tratados multilaterales. Cabe mencionar que la Convención de los derechos del niño conocida como "la Carta Magna de la minoridad", dada su condición de tratado internacional, vincula jurídicamente a los Estados partes al realizar su debida ratificación y, para el caso de España, ésta fue ratificada el 30 de noviembre de 1990. Dicha Convención en su artículo 1 dice: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano *menor de dieciocho años de edad*, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En su artículo 37: Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos *cometidos por menores de dieciocho años de edad*; y en su artículo 40 3. a) establece: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de *una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*; por su parte, las llamadas Reglas de Beijing en su artículo 2, inciso 2.2a, mencionan: menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto. *Cursivas añadidas.*

<sup>9</sup> Vid. Esther JIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER. "La justicia juvenil en España: un modelo diferente" en *La responsabilidad penal de los menores*. Colección estudios. (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001), p. 30, refiere que reconocer esta responsabilidad es aceptar que sus propios actos les pertenecen, que tienen capacidad de ser motivados por las normas y por consiguiente de asumir sus propios actos, siendo ese reconocimiento distinto del mundo adulto ya que los jóvenes por encontrarse en una etapa de transición del mundo de la niñez al mundo adulto, necesitan una respuesta distinta de los niños y de los adultos. Vid. Francisco MUÑOZ CONDE, prólogo al libro *La responsabilidad penal de los menores*, Colección estudios (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001), p. 9, que con respecto del sistema que viene a sustituir la nueva ley destaca que éste era más basado en una concepción tutelar paternalista que simplemente excluía al menor de dieciséis años del ámbito de

tes sí son responsables de los delitos que hayan cometido, pues el menor no queda excluido del derecho penal, sino del derecho penal común.

Del contenido de la LORRPM podemos decir, se aprecia la presencia de una serie de principios de orden sustantivo (*Principio de responsabilidad penal de los menores, principio del interés superior del menor, principio de establecimiento de tramos de edades, principio de especialización, principio de legalidad, principio de intervención mínima, principio de proporcionalidad, principio acusatorio y principio de oportunidad*), que acorde con un Estado de Derecho han de ser observados en ánimo de que el enjuiciamiento que bajo ella se instruya a un menor de edad esté colmado de las mínimas garantías exigibles a todo tipo de procedimiento<sup>10</sup> que se traducen en límites para el Estado y que, acertadamente Cruz Blanca<sup>11</sup> sostiene vienen a suponer en consecuencia una garantía para el ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi*.

Así se tiene que, ha sido un claro deseo del legislador español extender a los menores los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado, más aun si se considera que por tener carácter supletorio en cuanto a su aplicación el Código penal de 1995, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal con respecto a la LORRPM, por esta vía se reafirma su aplicación en la justicia de menores infractores.<sup>12</sup>

la responsabilidad penal, remitiéndolo, cuando cometía un delito, a los llamados tribunales tutelares de menores, que aplicaban un régimen jurídico extraño en el que se confundían los planos represivos, jurídico-familiares y asistenciales-administrativos.

<sup>10</sup> En la Exposición de Motivos de la LORRPM reiteradamente se insiste en señalar que *el procedimiento otorga todas las garantías derivadas del ordenamiento constitucional español* y que suponen *el respeto a los derechos fundamentales* que necesariamente debe de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores.

<sup>11</sup> María José CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores* (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). (Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002), p. 309.

<sup>12</sup> La Disposición Final Primera de la LORRPM dispone: Primera. *Derecho supletorio*. Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

## II. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Del artículo 19 del Código Penal español de 1995 se extrae que, conforme al mismo, se consideran criminalmente responsables los mayores de 18 años de edad y, para el caso que un menor de esa edad cometiera un hecho delictivo o falta contemplados en aquel ordenamiento o en alguna ley penal especial, se precisa que la responsabilidad respectiva le podrá ser exigida conforme a la ley que regule la responsabilidad penal del menor,<sup>13</sup> considerada como una ley penal aunque con filosofía distinta.<sup>14</sup> Con la inclusión del artículo 19 en el Código penal de 1995 destaca Jiménez-Salinas I Colomer,<sup>15</sup> por primera vez la minoría de edad recibió un tratamiento distinto de las demás eximentes, con lo cual el legislador quiso establecer una neta distinción entre las causas tradicionales que eximen de la responsabilidad criminal y la minoría de edad penal, creando con ello una nueva forma de responsabilidad distinta a la del adulto.

De ello podemos extraer lo siguiente: para el legislador penal español, son sujetos del Código penal mencionado aquéllos a quienes el mismo ha estimado como mayores de edad, siendo éstos los que tengan al momento de la comisión del hecho delictivo dieciocho años; por el contrario, si quien comete el hecho es un menor de edad caben dos consideraciones: si su edad fluctúa entre los catorce y hasta antes de cumplir los dieciocho años será sujeto de la LORRPM,<sup>16</sup> pues

<sup>13</sup> La importancia de esta previsión en el CP español estriba en que a partir de su incorporación al mismo, la edad penal queda elevada a los dieciocho años, pues anteriormente la edad límite de la irresponsabilidad penal eran los dieciséis años de edad que se había introducido desde el Código Penal de 1928; ahora, esa elevación de la edad se viene a ajustar a la propia CE (artículo 12 en que se precisan los *dieciocho años* para alcanzar la mayoría de edad), como a la CDN que fue considerada, entre otras, por la LORRPM y en la que se señala (artículo 1) que es niño el ser humano menor de *dieciocho años de edad*, e incluso, es acorde con el artículo 315 del Código Civil español que señala que la mayoría de edad empieza a los *dieciocho años cumplidos*.

<sup>14</sup> En el apartado (II. 7) de la Exposición de Motivos de la LORRPM se dice: La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de los hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>16</sup> El artículo 1. Declaración General de la LORRPM dice: Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho

aun cuando la minoría de edad sea uno de los supuestos de inimputabilidad de acuerdo con el artículo 19 del Código penal español, como refieren Muñoz Conde y García Arán<sup>17</sup> la irresponsabilidad que declara dicho precepto para el menor de 18 años es una irresponsabilidad relativa. La responsabilidad de los menores entre catorce y dieciocho años se eximirá si al momento del hecho concurre alguna causa de exención o de exclusión de la responsabilidad criminal que prevé el Código Penal,<sup>18</sup> y en caso que sufran cualquier anomalía o alteración psíquica, intoxicación, plena o drogadicción, o alteraciones en la percepción se les podrán aplicar las medidas de internamiento terapéutico o ambulatorio previstas en el artículo 7 de la LORRPM incisos d) y e).<sup>19</sup>

por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

<sup>17</sup> Vid. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general* (4a. ed., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000), pp. 414 y 416, se trata de una irresponsabilidad relativa, por cuanto también el menor de dieciocho años puede ser responsable del hecho cometido, pero la exigencia de dicha responsabilidad se llevará a cabo de manera distinta a la que se exige conforme al Código Penal para los mayores de esa edad, luego, refieren, a partir de esa edad (catorce años) y hasta los dieciocho años el menor es imputable, pero su responsabilidad penal se exigirá conforme a la LORRPM. *Paréntesis y texto en el mismo agregados*. En el mismo sentido *vid.* Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal. Parte general* (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995). Con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut (Cedecs Editorial, Barcelona, 1997), pp. 433 a 435, quien refiere que el problema de la edad en cuanto a su límite no reside en sí mismo, sino en el tratamiento que se da antes y después de traspasarlo, por ello, señala que en el derecho español, a partir del CP de 1995, la separación fundamental se establece entre *mayores de dieciocho años y menores de esa edad*, por lo que la comisión de un hecho típico por menores de dieciocho años determina el sometimiento de éstos a la legislación penal de menores. *Cursiva en texto original*. Cfr. José CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general-Lecciones*, 2a. ed. (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000), pp. 80 y ss., quien refiere que en el nuevo Código Penal no hay una eximente de menor de edad y que, no se considera por tanto, a los menores de dieciocho años inimputables, sino que por razones de política criminal se les quiere excluir únicamente de derecho penal de los adultos, de ahí que se trate de crear un derecho penal juvenil orientado esencialmente a los fines de la prevención especial.

<sup>18</sup> El artículo 5.1 de la LORRPM dice: Artículo 5. *Bases de la responsabilidad de los menores*. 1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurren en ellos ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.

<sup>19</sup> El artículo 5.2 de la LORRPM señala: Artículo 5. *Bases de la responsabilidad de los menores*. 2. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1o., 2o. y 3o. del artículo 20 del vigente Código Penal les

Por otro lado, si estamos frente a un menor de catorce años dicha normativa no le resulta aplicable, ya que a decir de Landrove,<sup>20</sup> el legislador ha expresado la convicción de que las infracciones cometidas por menores de esta edad son, por regla general, irrelevantes y que en los escasos supuestos en que puedan producir una alarma social son suficientes para darles una idónea respuesta los ámbitos familiar y asistencial, sin necesidad de recurrir a la intervención del aparato judicial sancionador del Estado,<sup>21</sup> están exentos de responsabilidad penal,<sup>22</sup> por lo que podemos sostener que para este caso existe una inimputabilidad plena.<sup>23</sup>

serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley. A su vez el artículo 7 de la misma en sus incisos d) y e) establece: 7. Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores. d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias. e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que la atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adición al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace una tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 207. En el mismo sentido, *vid.* Exposición de Motivos de la LORRPM.

<sup>21</sup> *Vid.* CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 83. Nota a pie 25, al respecto señala que, parece que los menores de catorce años pueden cometer una infracción penal y por tanto obrar culpablemente, lo que no deja de ser sorprendente pues faltaría en ellos generalmente (y no sólo en los recién nacidos) la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, o con mayor frecuencia la de obrar conforme a esa comprensión. *Paréntesis y texto en el mismo en texto original.*

<sup>22</sup> El artículo 3 de la LORRPM dice: Régimen de los menores de catorce años. Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y, demás disposiciones vigentes (en especial, en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero protección jurídica del menor).

<sup>23</sup> *Vid.* José L. GONZÁLEZ CUSSAC y Ma. Luisa CUERDA ARNAU, "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", pp. 88 y ss., señalan que en el ordenamiento penal español persiste una causa de inimputabilidad, con fundamento en la edad del sujeto, por lo que en ese sentido el mismo se apoya en un criterio puramente

Sin embargo, no siempre será fácil ni claro la determinación de la edad menor o mayor de un sujeto para hacer factible la aplicación de la LORRPM, pues cabría preguntarse cuando es que el sujeto ha cumplido los dieciocho años de edad. Mora Alarcón<sup>24</sup> destaca que el criterio penal adoptado por la jurisprudencia ha sido más favorable al menor, pues se sigue el de computar la mayoría de edad penal de momento a momento y, en todo caso, existiendo duda, debe estarse a favor de una presunción de minoridad sin que ello descarte las pruebas biológicas posibles de practicar para determinar la edad del imputado; se trata, como refieren González Cussac/Cuerda Arnau,<sup>25</sup> de considerar la edad real y no la ficción civil, de considerar que el día de nacimiento se computa como día completo.

Si bien la conducta del menor de edad que constituye un delito o falta en términos del Código penal se considera como "penal", el derecho que por ello les resulta aplicable ha de ser tenido como un derecho penal que podría calificarse de especial frente al derecho penal aplicable a los adultos,<sup>26</sup> pues en aquel priva un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable.<sup>27</sup> Se

cronológico, una presunción *iure et de iure* que no admite prueba en contrario acerca de la valoración y exploración del menor sobre sus capacidades intelectuales y volitivas, grado de madurez, situación de desarrollo de la personalidad, periodo de formación o cualquier otro criterio biológico tendente a destruir la citada exclusión de imputación subjetiva.

<sup>24</sup> José Antonio MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores* (Doctrina, jurisprudencia y formularios). (Tirant Lo Blanch, Tirant Monografías 235, Valencia, 2002), pp. 53 y 55, refiriendo así a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1999 señala que se adoptó este criterio, que es distinto al de computar la edad bajo el criterio que la misma se obtenga a las cero horas del día en que se cumplen los dieciocho años (criterio seguido en materia civil en que para el cómputo se incluye completo el día del nacimiento, art. 315, párrafo 2).

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 89, quienes destacan que el cómputo debe ser de momento a momento, o sea, desde la hora exacta del nacimiento del día y año correspondiente.

<sup>26</sup> Incluso el propio artículo 19 del Código penal español califica como "penal" la responsabilidad de los menores de edad que cometen delitos o faltas previstos en ese ordenamiento pero que ha de ser exigida mediante diversa regulación como lo es la LORRPM.

<sup>27</sup> *Vid.* La Exposición de Motivos de la LORRPM en su apartado (I. 4.). Así se puede decir que las medidas previstas en la LORRPM difieren de las sanciones penales, pues no obstante que sean impuestas no se someten ni al principio de culpa y retribución por el

parte de considerar al menor, dice Gimeno Sendra,<sup>28</sup> como sujeto con capacidad no plena, pero progresivamente capaz y por ello se establece un proceso penal ordinario para el enjuiciamiento de los menores a los que se les atribuye la comisión de un ilícito penal, marcado por la existencia de determinadas especialidades que se fundan en la finalidad eminentemente reeducadora del sistema.

Como la LORRPM contiene la normativa aplicable al menor que delinque y dado que, las consecuencias aplicables a éste no pueden ser las mismas que a un adulto en iguales circunstancias, se está en presencia de una ley calificada como *formalmente penal y materialmente sancionadora educativa del procedimiento y de las medidas aplicables*,<sup>29</sup> en tanto que, por un lado, su aplicación sólo es posible si el menor ha realizado un comportamiento estimado como constitutivo de delito o de falta en el Código penal o en alguna Ley especial; su aplicación sea tan sólo con respecto a conductas como las referidas pero de aquellos menores que al momento de la comisión del hecho cuenten con catorce años de edad o más pero no excedan de los dieciocho años, luego, debajo de los catorce años la LORRPM no tiene aplicación, todo ello bajo la instauración de un procedimiento en el que queden salvaguardadas las garantías que en un Estado de Derecho asisten a todo justiciable y, por el otro, por

hecho pues tienden a un tratamiento resocializador con miras a futuro, por ello, se permite en la propia ley dejarlas sin efecto e incluso sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas.

<sup>28</sup> *Op. cit.* También en este sentido, *vid.* Esther JIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER. "Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar" en *Justicia de menores: una justicia mayor*. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Manuales de Formación Continuada 9 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), pp. 33 y ss., quien respecto de la LORRPM asienta que al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma. *Cfr.* PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 155, menciona: En este procedimiento no se penan los hechos delictivos sino que se examina la actuación del menor y se acuerdan las medidas necesarias y adecuadas a su reeducación. No basta con la comisión por el menor de un hecho delictivo sino que es necesario que la finalidad educativa que preside el procedimiento, exija como conveniente para el menor la imposición de una medida.

<sup>29</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley en la parte correspondiente de su apartado (II. 6.).

tratarse, como refiere Martínez Serrano,<sup>30</sup> de una justicia esencialmente individualizadora en que no se dispone de una sola sanción por delito o falta, ni existe por necesidad una obligada respuesta judicial a todo hecho delictivo y porque existe un amplio catálogo de medidas para seleccionar la que resulte, según el caso ser la más adecuada a los hechos, edad del menor, su personalidad e interés y las circunstancias familiares y sociales.<sup>31</sup> Privan en la ley los criterios educativos y el interés del menor por sobre los sancionadores.

Cuello Contreras<sup>32</sup> destaca el carácter flexible de las medidas previstas en el artículo 7 de la LORRPM señalando que, con ciertas matizaciones, cualquiera de ellas puede emplearse para perseguir el hecho delictivo del menor, cualquiera que éste sea (a diferencia de lo que ocurre en el CP, que establece: principio de legalidad cual es la aplicable a cada delito), que ni siquiera se tiene en cuenta el sistema de atenuantes y agravantes del CP,<sup>33</sup> pudiéndose incluso sumar las medidas (lo que es facultativo) con las modificaciones previstas en los artículos 11 a 13.<sup>34</sup>

Así cabe sostener que, el principio de responsabilidad penal del menor está presente en la LORRPM siendo distinto del que priva para los adultos y, por consiguiente, las consecuencias jurídicas de sus actos difieren, claro está, siempre partiendo de que el menor debe responder frente a los que realice según el artículo 19 del Código penal.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Alicia MARTÍNEZ SERRANO, "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000", en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 22. En el mismo sentido, *vid.* MORA ALARCÓN, *op. cit.*, p. 40, al señalar que el proceso de menores parte de los principios de indeterminación legal de las medidas e individualización judicial de las mismas, al no existir como en los adultos una medida señalada a cada delito sino un catálogo general de las mismas que el juez puede recorrer a la hora de elegir entre ellas la más adecuada al hecho y personalidad el autor.

<sup>31</sup> *Vid.* Artículo 51 de la LORRPM relativo a la *Sustitución de las medidas*.

<sup>32</sup> *Vid.* Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El nuevo derecho penal de menores*, Cuadernos Civitas (1a. ed., 2000, Civitas Ediciones, Madrid, 2000), p. 60.

<sup>33</sup> *Vid.* Artículos 8 y 9 de la LORRPM.

<sup>34</sup> Que regulan lo relativo a los concursos.

<sup>35</sup> *Vid. Supra* nota a pie 9.

### III. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El derecho penal de menores dice Jiménez-Salinas I Colomer,<sup>36</sup> se decanta en primar como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten el supremo interés del menor, lo que no obsta para que los principios garantistas como el acusatorio, el de defensa o el de presunción de inocencia se respeten en su totalidad,<sup>37</sup> la justicia penal de menores gira en torno al mismo, por ello, con acierto Ornosa Fernández<sup>38</sup> refiere que supone un principio inspirador e interpretativo de todas las disposiciones y actuaciones relacionadas con ella.<sup>39</sup> El interés del menor implica, refiere Cruz Blanca,<sup>40</sup> considerarlo como sujeto autónomo, y como acreedor de todos los derechos que como persona le corresponden acorde tanto con la normativa interna como internacional, lo que viene a suponer la desvinculación del paternalismo familiar al que se encontró por mucho tiempo sometido derivado del cual, su interés no era más que el interés que por él se decidía.

Dicho principio implica que, en cualquier decisión que sea tomada por los órganos intervinientes en el procedimiento de menores y que le vaya a afectar, que ésta debe de ser tomada no sólo bajo criterios puramente jurídicos sino también de otro orden,<sup>41</sup> pero siempre,

<sup>36</sup> *Comentarios a la Exposición de...*, p. 36.

<sup>37</sup> Acorde con ello, en la Exposición de Motivos de la LORRPM, apartado II. 7, se dice: Y es que en el derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el *superior interés del menor*. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.

<sup>38</sup> *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 76.

<sup>39</sup> De hecho, es frecuente encontrar en la Exposición de Motivos de la LORRPM la continua referencia al interés o superior interés del menor, principio que se recoge en el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño y por razón evidente, de las disposiciones que la observen.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 312.

<sup>41</sup> *Vid.* PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 153, quien señala que el principio del superior interés del menor, ha de explicarse en función del principio de oportunidad, en virtud del cual, el Ministerio Fiscal decidirá si incoará o no el expediente del menor, si concurren los requisitos necesarios para ello, *lo que implica que no siempre que un menor cometa delito o falta de los previstos en el Código penal español o en leyes penales especiales se va a poner en marcha el aparato de justicia de menores. Cursivas agregadas.* MARTÍNEZ SE-

refiere Bueno Arús,<sup>42</sup> en sentido constructivo, lo que conlleva a que la decisión que así se adopte sea la que mejor pueda contribuir a la educación y al desarrollo de su personalidad. Puede decirse entonces, que en dicho procedimiento la protección del menor, su bienestar, está primero que la defensa social.<sup>43</sup>

De este principio surgen importantes consecuencias, entre ellas, la relativa al principio de oportunidad cuyo ejercicio está en manos del Ministerio Fiscal que, según las circunstancias del caso y del menor puede ser invocado para evitar la incoación del procedimiento, con lo que queda de manifiesto que no siempre que el menor de edad infrinja la ley penal necesariamente habrá procedimiento que instruir; se regulan figuras como la conciliación, mediación y la reparación; se limita la intervención de la víctima como una de las manifestaciones fundamentales de este tipo de procedimiento al restringir su actuación tan sólo a la acusación sin que le sea posible manifestarse sobre la medida a imponer,<sup>44</sup> en cuanto a las medidas impuestas

RRANO, *op. cit.*, p. 24, considera que el principio debe ser comprendido, por un lado, como la necesidad de atender a criterios varios (circunstancias sociales, psicológicas, culturales), no exclusivamente jurídicos, siempre que se adopte una resolución que afecte a un menor de edad. De otra, como la prevalencia del interés del menor cuando éste entre en colisión o concurra con otros intereses legítimos de particulares o de defensa social. *Paréntesis y texto en el mismo, en texto original.* Cfr. CRUZ BLANCA, *op. cit.*, pp. 312 y ss., quien tras destacar la dificultad que se tiene en determinar el contenido del interés del menor y de ser una expresión imprecisa cuya interpretación puede depender de quien la realice, acepta que por el mismo se puede entender "el interés en y para la educación del menor, en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad y le lleve a respetar los derechos y libertades, y en consecuencia los bienes jurídicos ajenos; y en definitiva, a reintegrarle en la sociedad". *Corchetes en texto original.* ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 77, destaca, con respecto a lo que se entiende por ese "interés superior del menor", que el mismo y su consecuencia práctica será diferente según la posición que prevalezca al final (modelos de intervención) de ahí que, para esta autora este principio nacido para tener un carácter totalmente objetivo, puede llegar a convertirse en algo muy subjetivo e indeterminado, lo que sería contrario a los principios de seguridad jurídica e igualdad. *Corchetes en texto original, paréntesis y texto en el mismo agregados.*

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 319, quien además destaca que las decisiones tomadas que afecten al menor no necesariamente habrán de ser las que le resulten más cómodas, sino en las que prive el interés del menor como finalidad esencial de la norma.

<sup>43</sup> El artículo 3 l. de la CDN dice: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>44</sup> *Vid.* Artículo 25 de la LORRPM. Esto es así pues la acusación particular no es aceptada por la ley al estimar que iría en contra del carácter pedagógico del derecho penal

al menor por infringir la ley penal se considera dicho "interés del menor" para estimar su gravedad, su graduación, la posibilidad de que no sean cumplidas y de ser ejecutadas que mantenga contactos positivos con el exterior, pues acorde con Ormosa Fernández,<sup>45</sup> la medida que se imponga al menor, si se llega a fase final de enjuiciamiento debe conjugar la gravedad del delito cometido con la situación personal, familiar, escolar y social del menor, a afectos de intentar una actuación realmente educativa respecto de él.

El interés superior del menor es el eje rector de la LORRPM, pues como señala Hernández Galilea,<sup>46</sup> se trata de una prioridad que altera enormemente las bases sobre las que se asienta la actuación del Estado: *no es la defensa social lo prioritario, sino el propio sujeto pasivo de la actuación del Estado y su superior interés.*

#### IV. PRINCIPIO DE ESTABLECIMIENTO DE TRAMOS DE EDADES

Se parte de considerar que el menor sujeto de la LORRPM es aquel que al momento de la comisión del hecho goza con una edad mínima

de menores, salvo el caso de mayores de dieciséis años en cuyos hechos hubiere mediado violencia, intimidación o grave riesgo para las personas.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 76. En el mismo sentido en el apartado (II. 9) de la Exposición de Motivos de la LORRPM, se dice: Conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución. *Vid.* Eduardo DE URBANO CASTRILLO y José Miguel DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del Menor* (Aranzadi Editorial, Navarra, 2001), pp. 32 y ss. LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pp. 160 y ss., quien respecto de los principios generales que orientan la LORRPM refiere, entre otros aspectos, no sólo al reconocimiento expreso de todas las garantías derivadas del respeto de los derechos constitucionales y de las *especiales exigencias del interés del menor*, como la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso y la evolución personal del sancionado, como el que el juez goce de amplias facultades para suspenderlas o sustituirlas por otras o permitir la participación del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas. *Cursivas añadidas.* HERNÁNDEZ GALILEA, *op. cit.*, pp. 87 a 89. MARTÍNEZ SERRANO, *ibidem*, pp. 23 y ss.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 62.

de catorce años y hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad a partir de la cual, salvo excepción, es considerado como un adulto y, en consecuencia sometido al derecho penal común aplicable a los mismos.<sup>47</sup> Queda fuera de toda duda, dice López López,<sup>48</sup> que lo verdaderamente determinante de la competencia (Juez de instrucción o Juez de menores) y el procedimiento aplicable (Lecrim o LO 5/2000), será la edad del sujeto en el momento de realización del hecho típico. No obstante, para aquellos menores si sujetos a la aplicación de la LORRPM el legislador ha previsto dos tramos de edades perfectamente diferenciados respecto de los cuales se prevé, bajo ciertos supuestos, un tratamiento distinto, me refiero en principio a aquellos que al momento de cometer el hecho cuentan con una edad mínima de entre los catorce y los dieciséis años y a los que al momento de cometer el hecho tienen una edad mínima de entre los dieciséis y los dieciocho años.<sup>49</sup>

La diferencia, cita Martínez Serrano,<sup>50</sup> es a efectos procesales y de imposición de sanciones, pues por un lado, se afecta la dura-

<sup>47</sup> La LORRPM, en su artículo 4, en contraste con el diverso 69 del Código Penal, establece la posibilidad de aplicar la misma a los denominados *jóvenes*, considerados éstos como los mayores de dieciocho años pero no de veintiún años de edad, debiéndose considerar —por el juez de instrucción— la edad al momento de la comisión del hecho, así como el hecho mismo que debe ser falta o delito menos grave perpetrado sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas. A su vez, se han de considerar los antecedentes del *joven*, quien no deberá tener condena por sentencia firme por hechos delictivos cometidos cumplidos los dieciocho años, debiéndose además valorar sus circunstancias personales y su grado de madurez para decidir sobre la conveniencia o no de aplicación de la LORRPM, en lo cual intervienen el Ministerio Fiscal y al Letrado del joven, así como el Equipo Técnico dependiente del Fiscal de Menores quien se encarga de realizar el informe respectivo; con ello, el juez instructor resuelve o no la remisión del joven a la justicia de menores para que sea el Juez de Menores quien le instruya proceso en aplicación de la LORRPM. La disposición respectiva se previó en la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de la Justicia, estableciéndose un periodo de *vacatio legis* de dos años a partir de la entrada en vigor de la LORRPM.

<sup>48</sup> Alberto Manuel LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Colección Estudios de Derecho Procesal Penal 6 (Ed. Comares, Granada, 2002), p. 59.

<sup>49</sup> El artículo 5.3. de la LORRPM dispone que: Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han entender siempre referidas *al momento de la comisión de los hechos.*

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pp. 33 y ss.

ción de las medidas que es más limitada en menores de dieciséis años<sup>51</sup> y, por el otro, se autoriza a la víctima del hecho la posibilidad de apersonarse en el procedimiento tratándose de menores que tuvieren la edad de dieciséis años y hasta dieciocho al momento de ocurrir los hechos, siempre que en ellos hubiere mediado violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, lo que no se permite para el caso que el menor sujeto a proceso no alcanzare esa edad al momento de la comisión del hecho delictivo o falta, con lo que la LORRPM ofrece un mejor trato al menor de entre catorce y dieciséis años, que al que tuviere dieciséis y hasta antes de dieciocho años al momento de realizar el hecho.

La posibilidad de apersonarse en el procedimiento que tiene la víctima, se regula en el artículo 25 de la LORRPM,<sup>52</sup> de cuya interpretación se extraen dos elementos: a) que al momento en que el hecho se cometió el menor tenga dieciséis años sin llegar a los dieciocho (por lo que la posibilidad de apersonarse no existe tratándose de menores de dieciséis años), y b) que se trate de delitos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, a lo que debe de destacarse que la concurrencia de ambos elementos es exigible para hacer procedente la posibilidad anotada.<sup>53</sup>

La presencia de la víctima se encuentra autorizada en todo caso en lo relativo a la responsabilidad civil.<sup>54</sup>

Las medidas impuestas a mayores de catorce años pero no de dieciséis no pueden exceder de dos años de duración, salvo que sean responsables de haber cometido determinados delitos estima-

<sup>51</sup> Vid. el artículo 9 de la LORRPM.

<sup>52</sup> Dicho precepto, en su parte conducente, dice: *Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular*. En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles. No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia.

<sup>53</sup> Vid. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 61.

<sup>54</sup> La LORRPM regula un procedimiento de responsabilidad civil en los artículos 61 a 64, de ello se tiene que, la víctima puede participar en los mismos sea cual fuere la edad del menor.

dos como graves<sup>55</sup> o cualquiera otro con pena de prisión de 15 años o más, en que se autoriza al juez imponer la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, que se verá complementada, en su caso, por la medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres años.<sup>56</sup>

Para los mayores de dieciséis años, si bien la regla general es la misma, esto es, la duración de las medidas que se les impongan no debe exceder de dos años, se prevén mayores excepciones, pues si el delito se comete con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas y se aconseja por el equipo técnico que la duración se amplíe, esta puede alcanzar hasta cinco años como máximo de duración,<sup>57</sup> ello es por tanto facultativo. Si se da el caso que exista extrema gravedad apreciada así en la sentencia, y refieren a los casos de reincidencia, terrorismo, asesinato, homicidio doloso y las agresiones sexuales, aquí, sin necesidad de opinión del equipo técnico el Juez puede imponerle como medida el internamiento de régimen cerrado que irá de uno a cinco años (uno de ellos es obligatorio) complementada con medida de libertad vigilada con asistencia educativa por otros cinco años como máximo,<sup>58</sup> y si el mayor de dieciséis años es sentenciado por determina-

<sup>55</sup> Estos delitos son el homicidio (art. 138 CP), el asesinato (art. 139 CP), la agresión sexual (arts. 179 y 180 CP), terrorismo y actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas (arts. 571 a 580 CP).

<sup>56</sup> Vid. Artículo 9. 3 LORRPM y la Disposición Adicional Cuarta 2 c).

<sup>57</sup> El artículo 9.4a de la LORRPM dice: 9. *Reglas para la aplicación de las medidas*. No obstante lo establecido en el artículo 7.3, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas: 4a. En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana.

<sup>58</sup> El artículo 9.5 de la LORRPM dice: 5a. Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anteriores revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta. La medida de libertad vigilada deberá

dos delitos estimados graves o por cualquiera que se sancione con pena de prisión de quince o más años, la medida a imponer será de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada en su caso, por otra medida de libertad vigilada con duración máxima de cinco años.<sup>59</sup>

En todo caso, la medida consistente en el régimen de internamiento cerrado, como refiere Cuello Contreras,<sup>60</sup> es la concesión más importante y grave de la ley a la defensa de la sociedad, en detrimento de la resocialización del menor, tratándose de una auténtica pena.

#### V. PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN

Dado que la LORRPM prevé una normativa particular, su aplicación queda en manos de órganos técnicos y especializados en materia de justicia de menores. Esta exigencia, bien justificada, se precisa no sólo de los fiscales y jueces de menores, sino del equipo técnico y de los abogados,<sup>61</sup> aun de los policías que participan en el procedimiento.<sup>62</sup> Por tratarse de la aplicación de un derecho especializado refiere

ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las mismas instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal. A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

<sup>59</sup> Disposición adicional cuarta 2 c) LORRPM.

<sup>60</sup> *Loc. cit.*

<sup>61</sup> En la Disposición Final Cuarta de la LORRPM se dice: *Especialización de jueces, fiscales y abogados*. 1. El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de su competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialista en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencias para desempeñar los correspondientes cargos en las Audiencias Provisionales y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos. 2. En todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determina reglamentariamente. 3. El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que desean adquirir la especialización en materia de menores, a fin de intervenir ante los órganos de esta jurisdicción.

<sup>62</sup> Las RB prevén lo siguiente: *Artículo 12. Especialización policial*. 12.1. Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera

López López,<sup>63</sup> la específica formación que reciban para ello les permitirá comprender y asumir el sentido último de cada una de sus normas y principios, se quiere entonces que quienes operen el sistema de justicia de menores sean expertos en esta materia,<sup>64</sup> siendo indispensable que todos los que operen el sistema tengan una formación mínima en derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento.<sup>65</sup>

#### VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio, como una de las limitaciones más importantes impuesta al ejercicio del poder punitivo del Estado, se proyecta en el ámbito de las garantías individuales en cuatro direcciones:<sup>66</sup> Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), Garantía penal (*nulla poena sine lege*), Garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) y Garantía de ejecución. El mismo se manifiesta en la justicia de los menores no sólo en razón a que éste se recoge en forma expresa en las disposiciones transcritas de la LORRPM y en diversos textos de corte internacional, sino que, encuentra tam-

exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, pp. 73 y ss.

<sup>64</sup> Así, las RB 22.1 y 22.2 dicen: *Artículo 22. Necesidad de personal especializado y capacitado*. 22.1. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. 22.2. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores. También en las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) dicen: III. Prevención general. 9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan: i) *Personal especializado en todos los niveles*.

<sup>65</sup> *Vid.* PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 173. *Cfr.* Ascensión Martín SÁNCHEZ, "Disposición final cuarta. Especialización de Jueces, Fiscales y Abogados", en *Justicia de menores: una justicia mayor*. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Manuales de Formación Continuada 9 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), pp. 525 y ss.

<sup>66</sup> *Vid.* por todos CRUZ BLANCA, *op. cit.*, p. 320.

bién base en la propia Constitución española.<sup>67</sup> El artículo 1 de la LORRPM establece:

Declaración general. 1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

Del mismo se tiene que, solamente por ley pueden crearse los delitos y faltas, como las medidas que puedan ser impuestas a los menores de edad y ello es claro, pues el ámbito de aplicación de la LORRPM se limita a hechos que se tipifican como delitos o faltas en el Código penal o en leyes penales especiales,<sup>68</sup> que a la vez, sólo pueden ser creados mediante ley. En este principio se recoge la llamada garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) y es observado igualmente en la Convención de los Derechos del Niño,<sup>69</sup> en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD),<sup>70</sup> como en las Reglas de Beijing.<sup>71</sup>

Respecto de las consecuencias jurídicas De Urbano Castrillo/De La Rosa Cortina,<sup>72</sup> en razón al principio de legalidad que aquí se expresa como (*nulla poena sin lege previa*) señalan que también puede entenderse prevista en el artículo 7. 1 de la LORRPM al referir aquí a “*las medidas que pueden imponer los jueces de menores... son las siguientes*”.

<sup>67</sup> Como clara manifestación de un Estado social y democrático de derecho. Así, diversas manifestaciones del mismo se tiene en los artículos 25.1, 25. 2 y 117. 3 CE.

<sup>68</sup> En concordancia con ello el artículo 19 del CP.

<sup>69</sup> Artículo 40. 2.CDN. Los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

<sup>70</sup> Art. 56 RIAD. A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

<sup>71</sup> Artículo 22. b) RB. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 425.

Por otro lado, este principio se manifiesta también en lo relativo a la duración de las medidas impuestas,<sup>73</sup> respecto de las cuales se garantiza que la responsabilidad del menor en ningún caso en aplicación de la LORRPM puede ser mayor que la que le correspondería si fuese adulto, ya que no se atiende a su duración según la propia LORRPM sino a la responsabilidad que en lo particular se podría exigir al menor si fuese un adulto conforme al Código penal y es que, en el procedimiento de menores, dice Pérez Martell,<sup>74</sup> no se penan los hechos delictivos sino que se examina la actuación del menor y se acuerdan las medidas necesarias y adecuadas a su reeducación, pues con Gisbert Jorda,<sup>75</sup> no basta que se cometa por el menor el hecho delictivo sino es necesario que la finalidad educativa que preside el procedimiento, exija como conveniente para el menor la imposición de la medida. En cuanto a la ejecución de las medidas,<sup>76</sup> se recoge la llamada garantía jurisdiccional como la de ejecución, en virtud de que, por un lado, la imposición de la medida en detrimento del menor precisa de un juicio previo ante autoridad competente desarrollado con respeto de todas las garantías que le asisten, pues la reserva de jurisdicción, refiere Vives Anton,<sup>77</sup> implica que sólo los jueces y tribunales pueden declarar el delito e imponer la ley; del mismo deviene que, impide que se aplique una medida si es que ésta no ha sido impuesta en sentencia firme por autoridad competente, como es el caso del Juez de menores, claro está observando para ello el procedimiento legal. Por el otro, el cumplimiento

<sup>73</sup> Artículo 8, segundo párrafo de la LORRPM dice: *Principio Acusatorio*. Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad incluidas en el artículo 7.1. a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, p. 155.

<sup>75</sup> T. GISBERT JORDÁ. *El fiscal y la LO 4/1992, dos años de aplicación* (Valencia, FGE, 1994), citado por PÉREZ MARTELL. *Loc. cit.*

<sup>76</sup> Artículo 43. 1 y 2 de la LORRPM dicen: *Principio de legalidad*. 1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.

<sup>77</sup> Tomas S. VIVES ANTON. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (Arts. 1 a 233) (coord.). (Tirant lo Blanch, Valencia, 1996), pp. 42 y ss.

de la medida o medidas impuestas solamente podrá serlo de la manera en que la ley ha previsto que sea ejecutada.<sup>78</sup>

## VII. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se ha visto,<sup>79</sup> el proceso penal de menores responde, a diferencia del proceso penal de adultos, a unas exigencias muy particulares. Uno de los aspectos en que esa particularidad queda reflejada es precisamente respecto del principio de proporcionalidad bajo el cual, la pena o medida de seguridad se debe de corresponder con el hecho y con la peligrosidad del delincuente.<sup>80</sup>

Tratándose de menores, el principio se expresa, siguiendo a Ornos Fernández,<sup>81</sup> en el sentido que debe de existir correspondencia entre la gravedad del hecho cometido por el menor y la medida que se le aplica, sin que ésta pueda ser más grave o de mayor duración que la pena que se podría imponer a un adulto por los mismos hechos entonces, ésta debe ser impuesta considerando el hecho realizado con relación a la medida que la propia LORRPM prevé, nunca respecto de las penas que para el delito o falta cometido resulten aplicables conforme al Código penal tal y como si se tratase de un mayor de

<sup>78</sup> Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 376 y ss.

<sup>79</sup> Vid. *Supra* p. 7 y nota a pie 28.

<sup>80</sup> Vid. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General* (5a. ed., 2a. reimp., 1998, Reppertor, Barcelona, 1998), pp. 99 y ss., el principio se expresa en el sentido que la gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la del hecho cometido, siendo una exigencia que nació para las medidas de seguridad al no encontrar éstas límite en el principio de culpabilidad, de ahí que la doctrina suela emplear este principio para limitar las medidas de seguridad y el de culpabilidad para las penas, aunque la proporcionalidad también es necesaria para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el derecho penal. En el mismo sentido Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I* (Ed. Universitat, Madrid, 1996), p. 85, el principio de proporcionalidad indica que la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Curso de derecho penal español. Parte General* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996), p. 40, señala que éste indica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto, respectivamente; el principio de proporcionalidad refiere a la relación entre gravedad del injusto y la de la pena, mientras que el de culpabilidad alude a la "atribuibilidad del injusto al autor". *Corchetes en texto original.*

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 97.

edad. Este principio se encuentra también reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing.<sup>82</sup>

En materia de menores, teniendo la LORRPM carácter educativo y resocializador y, en razón a que su eje rector es el interés superior del menor,<sup>83</sup> es posible que muy a pesar que éste lleve a cabo un hecho estimado como delito o falta en el Código penal o en ley especial, se considere que no debe hacerse acreedor a alguna medida, de ahí que, se diga, que no a todo hecho que realice un menor deba por necesidad corresponderle la aplicación de una medida de seguridad,<sup>84</sup> pues se puede, incluso, llegar a prescindir de ella.

Del mismo principio deriva que, no obstante que el hecho cometido por el menor sea estimado como grave, salvo las excepciones de ley,<sup>85</sup> la medida que le pueda ser impuesta tampoco deberá necesariamente ser grave, sino aquélla que en razón a su interés superior se considere sea la apropiada; por el contrario, frente a la comisión de un hecho que no se considere grave, como lo es el caso de la falta, bajo ningún contexto podrá imponerse una medida de seguridad grave.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> El artículo 5.1 de la CDN dice: 5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento *proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*. Por su parte, la RB 40.4 refiere: 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y *que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*.

<sup>83</sup> Vid. DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 76, que refieren precisamente que en razón al elemento educativo —criterio preferente sobre el sancionador, para propiciar la resocialización de los menores— no aplica al procedimiento de menores el criterio de proporcionalidad infracción-respuesta penal, es decir, tal y como se comprende tratándose del derecho penal de los adultos.

<sup>84</sup> Vid. MARTÍNEZ SERRANO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>85</sup> Vid. *Supra* p. 13 y nota a pie 55. En estos casos la medida de seguridad es la de internamiento en lugar cerrado.

<sup>86</sup> Así, el artículo 9, 1a. de la LORRPM establece: *Reglas para la aplicación de las medidas*. No obstante lo establecido en el artículo 7.3, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas: 1a. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

## VIII. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Se ha dicho que la finalidad educativa y resocializadora que impregnan la LORRPM, como el fin educativo, eje rector de la misma, conllevan a que, principios del derecho penal asumidos para su aplicación al régimen de menores infractores se manifiesten en este ámbito de forma diferente. Bajo este principio se pretende, dice Cruz Blanca,<sup>87</sup> contar con vías que permitan dar salida al menor del ámbito sancionador en que queda involucrado con su hecho, pero con la menor carga posible. En la elección y la aplicación de las medidas a los menores de edad la orientación subjetiva está por sobre la objetiva, aunque ésta en determinados casos no es descartada.<sup>88</sup> Así, siendo la norma flexible y orientada bajo una finalidad educativa y el superior interés del menor,<sup>89</sup> es factible no sólo que la medida o medidas impuestas a un menor puedan ser sustituidas todas o en parte, o bien acordarse su cumplimiento sucesivo con la limitación de que su cumplimiento no exceda del doble de duración de la medida

<sup>87</sup> *Op. cit.*, p. 316.

<sup>88</sup> *Vid.* BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 321, que destaca cómo en este tipo de procedimiento la elección de la medida se hace por el juez con la flexibilidad propia de su naturaleza educativa, fundamentalmente dependiente de la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor, *antes que de las características objetivas del hecho y de sus resultados*, entendiendo que la referencia a datos objetivos como delito grave o violento no se excluye. *Cursivas añadidas.* Cfr. Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 1a. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 10, que alude que no interesa al derecho penal juvenil ni al de reforma de menores *tanto el hecho* como las causas del hecho, el pronóstico de repetición y las posibilidades de evolución integral favorable del menor o joven como persona en formación. *Cursivas añadidas.*

<sup>89</sup> En la Exposición de Motivos de la LORRPM, apartado (II. 9), se dice: "al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución". *Vid.* José Ma. TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", pp. 37 y ss., al referir que entre las razones que justifican la tolerancia de un mayor margen de flexibilidad en el proceso de menores debe tenerse en cuenta ante todo el interés del menor y la vocación educativa del sistema, los costos que el proceso le puede acarrear, el transcurso del tiempo para quienes experimentan un rápido proceso de maduración como la consiguiente reducción de algunos plazos, sin olvidar la mayor comprensión social que normalmente suscitan las soluciones menos formalizadas respecto de hechos de menores.

más grave que se hubiere impuesto,<sup>90</sup> puede ocurrir que la medida impuesta sea modificada, incluso para ser dejada sin efectos, o bien para reducirla en su duración o sustituirla por otra lo cual sólo puede ocurrir si ello se encuentra orientado en interés del menor, lo que no se traduce en que esto equivalga a lo que el menor quiera, sino a aquello que derivado de las opiniones de los órganos especializados que intervengan se considere es lo que mejor conviene para el mismo.<sup>91</sup>

Cabe señalar, como cita Aguirre Zamorano,<sup>92</sup> que la posibilidad de dejar sin efecto la medida impuesta, reducirla o sustituirla en casos considerados como de extrema gravedad,<sup>93</sup> no es factible sino

<sup>90</sup> Así el artículo 13 de la LORRPM dice: *Imposición de varias medidas.* Cuando a la persona sentenciada se le impusieren varias medidas en el mismo procedimiento y no pudieran ser cumplidas simultáneamente, el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, oídos el representante del equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá sustituir todas o alguna de ellas, o establecer su cumplimiento sucesivo sin que en este caso el plazo total de cumplimiento pueda superar el doble del tiempo por el que se le impusiere la más grave de ellas.

<sup>91</sup> El artículo 14 de la LORRPM dispone: *Modificación de la medida impuesta.* 1. El Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta. 2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

<sup>92</sup> Pío AGUIRRE ZAMORANO, "Las medidas" (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15), en *Justicia de Menores: una justicia mayor*, Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Manuales de Formación Continuada 9 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), pp. 96 y ss.

<sup>93</sup> La extrema gravedad se equivale con los supuestos en que se aprecie reincidencia, que se traduce en haber sido condenado por un delito previsto en el mismo Título del Código penal y siempre que sea de la misma naturaleza. (art. 22.8 CP). *Vid.* CEREZO MIR, *op. cit.*, pp. 82 y ss., refiere que como supuestos de extrema gravedad se entenderán "aquéllos en los que se apreciare reincidencia, y en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del CP". *Corchetes en texto original.* Al respecto el artículo 9.5 de la LORRPM señala: *Reglas para la aplicación de las medidas.* 5. Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1

hasta que se lleve a cabo un cumplimiento efectivo de la medida de internamiento en régimen cerrado por el lapso de un año al menos, transcurrido el cual y si el interés del menor lo aconseja, el juzgador estará posibilitado a actuar de esa manera. Algo similar ocurre para el supuesto de delitos estimados como graves<sup>94</sup> en que bajo la reforma a la Ley Orgánica 7/2000 del 22 de diciembre, la modificación, suspensión o sustitución de las medidas impuestas sólo se pueden aplicar si ha transcurrido a lo menos, la mitad de duración de la medida de internamiento impuesta al menor.

Por otro lado, en el procedimiento de menores, se contemplan formas alternativas a las medidas como es la conciliación entre el menor y la víctima; ésta, dice Bueno Arús,<sup>95</sup> viene a constituir una satisfacción moral (el menor reconoce el daño causado, pide disculpas a la víctima y ésta las acepta).<sup>96</sup> La conciliación produce que quede sin efecto la medida impuesta,<sup>97</sup> pero si ocurre que

de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta. La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las mismas instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal. A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia. *Se está aquí en supuesto distinto a lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta.*

<sup>94</sup> Vid. *Supra* p. 13 y notas a pie 55 y 85; en estos casos la medida de seguridad es la de internamiento en lugar cerrado, debiendo considerar las reglas previstas en los artículos 14 (modificación de la medida impuesta), 40 (suspensión de la ejecución del fallo) y 51.1 (sustitución de las medidas) de la LORRPM.

<sup>95</sup> *Op. cit.*, p. 326.

<sup>96</sup> El artículo 19 de la LORRPM, en su parte conducente, señala: *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.* 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas. En este sentido la Exposición de Motivos de la LORRPM señala: La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón.

<sup>97</sup> Artículo 51. *Sustitución de la medida.* 2. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tipo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

el compromiso no se cumple se puede seguir el trámite del expediente.<sup>98</sup>

También se reconoce la reparación cuyo contenido es material, lo que no quiere decir que se traduzca en el resarcimiento económico del daño causado a la víctima ya el mismo guarda relación con la responsabilidad civil, sino que, se traduce en actividades que el menor debe realizar en beneficio de la víctima o perjudicado o de la comunidad en general.<sup>99</sup> La conciliación y la reparación se entienden sin perjuicio del acuerdo logrado entre partes respecto de la responsabilidad civil que derive del delito o falta cometido. En caso de conciliación o reparación, puede ser solicitado el sobreseimiento del expediente e incluso, el Ministerio Fiscal puede proponerlo cuando de las actuaciones se aprecie que el reproche al menor queda suficientemente expresado.<sup>100</sup>

No siempre se necesitará de la aceptación de la víctima para que opere la conciliación, pues puede darse el caso, como alude López López,<sup>101</sup> de los llamados delitos sin víctima o cuando ésta, de manera intolerable, se niega a aceptar las disculpas o el compromiso que asume el menor.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> El artículo 19. 5 de la propia LORRPM dispone: 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

<sup>99</sup> También, en su parte conducente el artículo 19 de la LORRPM señala: *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.* ... y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

<sup>100</sup> El artículo 27. 4 de la LORRPM expresa: *Informe del equipo técnico.* 4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

<sup>101</sup> *Op. cit.*, pp. 325 y ss.

<sup>102</sup> Lo que fundamenta con base en el artículo 19. 1 de la LORRPM, que ha de relacionarse con el artículo 7.1 incisos j) y k) de la propia Ley.

Otras vías son el desistimiento de la incoación o de la continuación del expediente que opera frente a comportamientos de los menores que tienen escasa relevancia o trascendencia y por corrección en el ámbito educativo y familiar.<sup>103</sup>

También, la sentencia de conformidad por su parte, supone la aceptación del menor de los hechos que se le atribuye, como de él y de su Letrado a la petición formulada por el Ministerio Fiscal, la que de ser aceptada por el juzgador produce fin al procedimiento.<sup>104</sup>

### IX. PRINCIPIO ACUSATORIO

Conforme al mismo, un juez no puede imponer una pena más grave como tampoco de mayor duración que la que fue solicitada por la acusación.<sup>105</sup> Este principio se recoge en el artículo 8 de la

<sup>103</sup> El artículo 18 de la LORRPM señala: *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

<sup>104</sup> El artículo 36. 2 de la LORRPM señala: *Conformidad del menor*. 2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Si mostrase su conformidad con ambos extremos, oído el letrado del menor, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

<sup>105</sup> Este principio se consagra en el artículo 24.2 de la CE habiendo sido entendido como derecho fundamental implícito en el denominado derecho a un proceso con todas las garantías. El precepto refiere: 24.2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 196, destaca que este principio si bien recogido en el precitado texto constitucional, no lo es en forma expresa sino, como lo ha señalado la STC 18/1989, de 30 de enero, que su infracción determina la vulneración de dos derechos contenidos en aquel precepto, el de conocer la acusación y el de no sufrir indefensión.

LORRPM,<sup>106</sup> que impide al Juez de Menores imponer una medida de mayor duración que la solicitada por el Fiscal de Menores, límites estos que a decir de Landrove<sup>107</sup> operan conjuntamente.

La recepción del principio acusatorio en la nueva Ley, señala Martínez Serrano,<sup>108</sup> deja la figura del Juez de Menores inquisitivo que dirigía la investigación, recibía las pruebas del delito y de la participación del menor y que tenía a su cargo resolver; hoy se trata de un Juez de Menores garante de todos los derechos de las partes implicadas en el proceso.<sup>109</sup> Por otro lado, es particularidad de este procedimiento la necesidad de que exista acusación por parte del Ministerio Fiscal, pues sin ella no puede dar inicio ni tener por tanto desarrollo el procedimiento; el Ministerio Fiscal es el órgano encargado de instruir o de dirigir la investigación y de acusar,<sup>110</sup> de ahí que

<sup>106</sup> El artículo 7 de la LORRPM señala, respecto de las medidas: "*según la restricción de derechos que suponen*", y el artículo 8 de la propia Ley establece: *Principio acusatorio*. El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

<sup>107</sup> *Op. cit.*, p. 253. *Vid.* BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 325, para quien este principio queda asegurado desde el momento en que el juez no puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos o tenga mayor duración que la solicitada por el Ministerio Fiscal.

<sup>108</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>109</sup> PIQUE, J., J. M. RIFÁ, L. SAURA y J. F. VALLS, *El proceso penal práctico*, La Ley, 2a. ed., 1993, p. 14, citados por PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 156, sostienen que este principio se basa en la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, diferente e independiente del juez, también admite y presupone el derecho a la defensa y en la existencia de un órgano judicial independiente que debe fallar con carácter imparcial.

<sup>110</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ GALILEA, *op. cit.*, p. 95, quien critica las ventajas de este sistema, en tanto que el órgano encargado de la acusación, al ser el que dirige la investigación no parece con ello aumentar las garantías sino más bien lo contrario, al romper la simetría que existe ahora mismo en la instrucción en que ambas partes, acusadoras y acusadas, deben solicitar al juez las diligencias de investigación que consideran oportunas y en razón a que considera que el Ministerio Fiscal no posee las características de independencia, inamovilidad y predeterminación por la Ley que tiene un Juez de instrucción para desempeñar esa función con todas las garantías. También APARCIO BLANCO, *op. cit.*, pp. 188 y ss., quien se manifiesta contrario a la opinión de que el Juez de Menores se limite por el principio acusatorio, en razón de que las medidas de la LORRPM son un catálogo general al no existir en lo particular una medida señalada para cada delito (como sí ocurre en la justicia penal de adultos, en que se caracteriza por la determinación legal de las medidas), pues en aquél rige el principio contrario, esto es, la indeterminación legal y la individualización judicial, de ahí que el juzgador ha de elegir la medida a imponer con base en ese catálogo considerando la más adecuada al hecho y personalidad del menor, al igual que el Ministerio Fiscal la selecciona con base en un criterio de proporcionalidad,

su función deba centrarse en el ejercicio de la acción penal,<sup>111</sup> no existiendo más acusación que la que éste formule.<sup>112</sup>

Conforme a ello, dice Hernández Galilea,<sup>113</sup> se desprende la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia pues el juez no podrá juzgar hechos distintos ni a menores distintos de los que fueron objeto de acusación. Desde luego, tampoco podrá sancionar al menor con pena superior a la que solicite la acusación, por lo que, el juez de menores se encuentra impedido a imponer una medida temporal superior que la que hubiere solicitado el Ministerio Fiscal, pero tampoco por una que supone mayor restricción de derechos, aunque sea formalmente inferior en el tiempo,<sup>114</sup> la solicitud de la medida que formule el Ministerio Fiscal condiciona entonces la decisión del Juez de Menores.

Lo anterior no quiere decir que siempre que el Ministerio Fiscal solicite la imposición de una medida en contra del menor, el Juez de Menores deba sancionarlo, pues como refiere Mora Alarcón,<sup>115</sup> en

por ello, sostiene, que "los efectos del principio acusatorio en el proceso especial de menores quedarán reducidos a la vinculación del Juez con los hechos y con la calificación jurídica formulada por la acusación pero podrá desvincularse en la elección de la medida y en su duración". *Paréntesis y texto en el mismo agregados, corchetes en texto original.*

<sup>111</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 91, quien por ello sostiene que el juez de menores no es tanto un juez penal, *ese papel le corresponde al fiscal de menores*, que materializa la pretensión penal del Estado para prevenir el delito y como reacción al mismo en nombre de la sociedad... *Cursivas añadidas.* Cfr. Juan-Salvador SALOM ESCRIVÁ, "La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores", p. 214, destaca que la atribución que hace la LORRPM a favor del Ministerio Fiscal para instruir los procedimientos penales en contra de menores, supone una desviación esencial del sistema tradicionalmente seguido por la legislación española de atribuir la instrucción a los jueces de ese nombre y, por primera vez, a atribuirla plenamente al Ministerio Fiscal.

<sup>112</sup> Vid. *Supra*, nota a pie 45.

<sup>113</sup> *Loc. cit.* El mismo entiende de que la prohibición se extiende incluso a la *reformatio in peius* que rige para los recursos y que debe aplicarse de la misma manera al enjuiciamiento de menores.

<sup>114</sup> Vid. MORA ALARCÓN, *op. cit.*, p. 125. También CEZÓN GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 12, respecto del derecho penal juvenil, refiere que hay una determinación rigurosa de la duración máxima de cada medida, que puede fijarse en razón de la clase de ilícito en que el joven haya incurrido, y como derecho penal que es, prohibición de imposición de medidas de mayor duración que la pena de igual significado del derecho penal de adultos. Francisco VIDAL MARTÍNEZ, *La nueva responsabilidad penal del menor*. Según la Ley Orgánica 5/2000 (Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000), p. 107.

<sup>115</sup> *Loc. cit.*, señala el autor que el menor será absuelto si los hechos alegados no existen; si no hay prueba de los hechos imputados o de que el menor hubiere participado en

casos podrá ser absuelto, luego "no habrá medida que imponer", pero también en ocasiones, la medida impuesta habrá de ser menos restrictiva que la solicitada por el Fiscal de Menores.

A su vez, las medidas de internamiento y permanencia de fin de semana no podrán exceder del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad impuesta por el mismo hecho como si se tratase de un adulto declarado responsable conforme al Código penal,<sup>116</sup> a lo que debe matizarse que esta regla se prevé, como refiere Landrove,<sup>117</sup> únicamente para medidas que son privativas de libertad, no así para las restantes que sí pueden tener una duración superior a la de la pena de privación de libertad prevista para los adultos que hubieren cometido el mismo delito, debiéndose comparar, para ello, con base en la pena en concreto a fin de valorar la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y los grados de ejecución o participación en el delito.<sup>118</sup>

ellos, o si son penalmente irrelevantes los mismos o no se violentó bien jurídico alguno o bien si el menor no tuvo conocimiento o percepción de la realidad al momento de los hechos. Respecto a que la medida pedida por el Fiscal de Menores habrá de ser menos restrictiva ello ocurrirá, sostiene, si el juez considera que el tipo es menos grave que la calificación legal que formula el Fiscal de Menores; o si el menor no participó como autor material sino como un cooperador y no consta que tuvo el dominio del hecho; o si la petición del Fiscal de menores violenta el principio de racionalidad o proporcionalidad en relación con la infracción o delito cometido. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 198, para quien en caso de conformidad del menor con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, aun cuando el juez de menores debe sujetarse a la misma, siendo que el procedimiento se rige por el interés superior del menor cabe que el Juez acuerde una medida menos grave o restrictiva de derechos que la acordada en principio.

<sup>116</sup> Así el segundo párrafo del artículo 8 LORRPM dispone: Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1. a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal. De ello se tiene que, de ahí que haga referencia a medidas privativas de libertad como internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto, internamiento terapéutico y de permanencia de fin de semana.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>118</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 200, que se manifiesta en contra de dicha opinión, pues sostiene que al no decirse nada en el artículo 8.2 de la LORRPM respecto del resto de las medidas (las no restrictivas de libertad, pues respecto de las sí restrictivas de libertad dice que el artículo 8.2 establece únicamente respecto de estas últimas el principio de proporcionalidad) ello podría derivar en la consecuencia de un automatismo contrario a los principios básicos de la Justicia de Menores, que incluso podría hacer innecesaria la existencia de una jurisdicción especializada, ya que en su opinión la propor-

## X. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento penal para adultos en el que rige el principio de legalidad, conforme al cual se obliga a las distintas instancias encargadas de la persecución penal a intervenir cuando se ha cometido un delito o falta,<sup>119</sup> en el proceso penal que rige para los menores de edad opera en forma reglada<sup>120</sup> el principio de oportunidad.<sup>121</sup> La peculiaridad de este principio en el pro-

cedimiento debe ser un criterio informador y orientador de todo tipo de medidas, sin que se deba perder de vista que en esa jurisdicción juega también un papel importante la situación personal del menor y de ahí la adecuación necesaria de la medida misma si se quiere que tenga efecto rehabilitador. *Paréntesis y texto en el mismo agregados.*

<sup>119</sup> El artículo 100 de Lecrim dice: De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

<sup>120</sup> A diferencia de lo que ocurre en caso de un principio de oportunidad discrecional que no se sujeta para su ejercicio a criterio legal alguno, el principio que recoge la LORRPM es reglado, pues su ejercicio, siempre en manos del Ministerio Fiscal, se sujeta a ciertos criterios que derivan de la propia ley, sin cuya observancia no es factible su procedencia. *Vid. MARTÍNEZ SERRANO, op. cit.*, pp. 26 y ss., con referencia a la oportunidad reglada menciona que ésta se abre paso en países en que el principio de legalidad es piedra angular del sistema penal que obliga al Fiscal en defensa de la legalidad a ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes, mientras que el principio de oportunidad le permite ejercitar la acción o archivar la causa *en determinadas condiciones*, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. *Cursivas agregadas.* *Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, ibidem*, pp. 82 y ss., en la crítica al antecedente de este principio que por primera ocasión se recogió en la Ley 4/1992, de 5 de junio, en la que se estableció una concepción amplísima de la misma traduciéndose en una libertad absoluta del Fiscal para la elección de o ejercitar la acción penal e iniciar actuaciones respecto de un menor, en que, incluso no tenía obligación de razonar los motivos que le llevaran a no ejercitar acción penal, ni se encontraba obligado a notificar al juez como a ninguno de los interesados y que, chocó frontalmente con los principios de legalidad y seguridad jurídica, de ahí que señale que la LORRPM haya tratado de corregir esa situación.

<sup>121</sup> *Vid. José Vicente GIMENO SENDRA, "Los procedimientos penales simplificados" (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio), en Revista Poder Judicial, núm. Especial II, p. 34, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, loc. cit.*, p. 82, lo define como la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. *Cfr. CRUZ BLANCA, op. cit.*, p. 319, que señala que el principio de oportunidad pretende evitar los efectos de estigmatización que pueda producir la incoación o continuación del procedimiento sobre el menor que ha delinquido. El principio es reconocido en las Reglas de Beijing: 6 que dice: *Alcance de las facultades discrecionales.* 6.1. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para

ceso de menores, señala Hernández Galilea,<sup>122</sup> deriva de la finalidad sancionadora-educativa que hace que el enjuiciamiento sea en cierto modo un mecanismo sustituible, dentro de los límites previstos, cuando se estime adecuado.

Este principio se manifiesta en dos aspectos particulares: a) en la posibilidad que la LORRPM concede al Fiscal de Menores para desistirse de la incoación del proceso por corrección en el ámbito educativo y familiar<sup>123</sup> y, b) en la posibilidad de que opere el sobreseimiento del mismo por causa de conciliación entre la víctima y el menor o bien por reparación,<sup>124</sup> se trata entonces, dice Sanz Hermida,<sup>125</sup> de dos supuestos de no continuación de la causa.

el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones; la 11.1 que dice: Remisión de casos. Se examinará la posibilidad cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente y 11.2 que dice: La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. Igualmente en la Convención Sobre Derechos del Niño en su artículo 40.3.b) este principio se expresa de la siguiente manera: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, pp. 92 y ss., es, dice, una concreta aplicación del principio de prevalencia del interés del menor.

<sup>123</sup> El artículo 18 de la LORRPM establece en su parte conducente: Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

<sup>124</sup> El artículo 19 de la LORRPM dice: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, p. 215.

El desistimiento debe ser solicitado por el Fiscal de Menores y opera en caso de faltas<sup>126</sup> o de delitos menos graves<sup>127</sup> en los que no hubiere mediado violencia o intimidación en las personas, su relevancia estriba en que se posibilita la no apertura del procedimiento teniendo como eje la posibilidad de reeducar y corregir al menor en el ámbito familiar o educativo,<sup>128</sup> bajo este supuesto opera un traslado a las instituciones de protección de menores para que apliquen las medidas de protección que correspondan,<sup>129</sup> todo lo cual no afecta la responsabilidad civil que pueda ser objeto de trámite ante el propio Juez de Menores.<sup>130</sup>

No opera el desistimiento en cita, cuando el menor con anterioridad hubiere cometido otros hechos de la misma naturaleza,<sup>131</sup> como

<sup>126</sup> Artículos 617 a 637 del CP y en su caso, los que existieren así previstos en leyes penales especiales.

<sup>127</sup> Se consideran así aquellos que se castigan con penas menos graves acorde con los artículos 13.2 y 33.3 del CP.

<sup>128</sup> Vid. *Supra*, nota a pie 120.

<sup>129</sup> Vid. DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 244, el traslado a la entidad de protección de menores sólo tiene sentido si se detecta en el menor alguna situación relevante de riesgo o desamparo que justifique la adopción de las medidas de protección en el orden civil, pues "no toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO/1996 citados en el artículo 3 de esta ley". *Corchetes en texto original.*

<sup>130</sup> El artículo 18 de la LORRPM dice: Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

<sup>131</sup> El artículo 18 de la LORRPM en su segundo párrafo dice: No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente ley. Vid. Manuel-Jesús DOLZ DALGO, "La instrucción penal de fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límite", p. 281, refiere que la interpretación más adecuada de la frase "hechos de la misma naturaleza" será la que enlace estos hechos con los constitutivos de los delitos menos graves sin violencia o intimidación o faltas, que permiten la no incoación del expediente, comprendiendo que esos "hechos" también podrán constituir delitos graves, ya que sería absurdo que no pudiera desistirse de la incoación del expediente por la realización anterior de hechos constitutivos de delitos menos graves y faltas, y si pudiera desistirse por la realización de hechos constitutivos de delitos graves. *Entrecomillas en texto original y cursivas añadidas.* Cfr. DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *loc. cit.*, su referencia a la interpretación que al respecto señalan ha hecho la Circular de la Fiscalía General del Estado, para la que la exigencia de que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza se entiende como "que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia

tampoco si el delito cometido es menos grave pero ha mediado violencia o intimidación en las personas, o bien, se trata de un delito grave;<sup>132</sup> sin embargo, en razón a que la LORRPM no hace referencia al caso respecto de delito con grave peligro para la vida o la integridad física de las personas, refiere Dolz Dalgo,<sup>133</sup> que la no previsión de esta limitante para el Fiscal de Menores se habrá de interpretar en el sentido que, en estos casos, aun cuando concurra un delito con grave peligro para la vida e integridad física de las personas, también será posible el desistimiento que autoriza el precepto, siempre que el delito sea menos grave.

En cuanto al sobreseimiento, éste implica que ha existido incoación del procedimiento pero que se renuncia al mismo por mediar conciliación entre el menor y la víctima o por reparación.<sup>134</sup> La conciliación exige que el menor se arrepienta y que se disculpe, pero también, que la disculpa ofrecida sea aceptada por la víctima, se trata, dice Sanz Hermida,<sup>135</sup> de una "satisfacción moral", mientras que la segunda tiene un contenido material que se traduce en la realización de actividades a favor de la víctima o perjudicado por el delito, o en su caso, a favor de la comunidad en general.<sup>136</sup> En ambos casos, se requiere del reconocimiento de los hechos por parte del menor, el que debe ser explícito en la conciliación "pues el menor debe reco-

o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa, ...el fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento sólo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza atendiendo a si ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante... No es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la Ley se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas ejecutorias". *Corchetes y puntos suspensivos en texto original, cursivas añadidas.*

<sup>132</sup> Artículos 13.1 y 33.2 del CP. Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Ibidem*, p. 84, crítica a la posición asumida por el legislador español señala que, la situación del desistimiento de la incoación que contempla la LORRPM es prácticamente la misma que existía bajo la Ley 4/1992 para los delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas, pues señala que el único límite que tendrá el Fiscal de Menores será que el delito denunciado hubiese sido grave o menos grave pero existiendo violencia o intimidación, o bien que anteriormente el menor hubiere cometido hechos de la misma naturaleza y en el caso de faltas, que para el desistimiento no parece tener más obligación que dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 280, así refiere que esto ocurre a diferencia de lo que prevé el artículo 4.2 de la LORRPM, sobre el régimen de mayores de 18 años en el que ello no es permitido.

<sup>134</sup> Vid. *Supra* nota a pie. 121.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 218.

<sup>136</sup> SANZ HERMIDA, *loc. cit.*

nocer el daño causado y disculparse ante la víctima”, e implícito en la reparación “pues asume el compromiso ante la víctima o el perjudicado de realizar determinadas acciones en favor de éstos o de la comunidad” y ello, en ambos casos, debe de efectuarse ante el equipo técnico a cuyo cargo está la mediación.<sup>137</sup>

El compromiso asumido por el menor debe ser cumplido, pues de lo contrario se continuará con la tramitación de la causa.<sup>138</sup> Se exceptúa el caso de incumplimiento por el menor cuando no se debe a causas imputables al mismo.<sup>139</sup> El cumplimiento efectivo del menor o su no cumplimiento, pero por causas ajenas a su voluntad producen que el Fiscal de Menores concluya la instrucción y solicite del Juez de Menores que sobresea la causa, luego, corresponde al juez sobreseer de manera vinculante.<sup>140</sup> Sin embargo, si la conciliación surge una vez impuesta la medida, dejará a ésta sin efecto siempre que así lo considere el Juez de Menores a propuesta del Fiscal de Menores o del Letrado y habiendo escuchado al equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Es posible también, en términos del artículo 27.4 de la LORRPM que el equipo técnico proponga el desistimiento, basado en que se ha expresado suficientemente el reproche al menor con los trámites efectuados, o bien, por considerar que para el interés del menor resulta inadecuada cualquier intervención dado el paso de tiempo desde que los hechos ocurrieron. Conforme al artículo 27 de la LORRPM, corresponde al equipo técnico conducir la mediación, oficializar el acuerdo a que se llegue, vigilar que se cumpla e informar de todo ello al Fiscal de Menores.

<sup>138</sup> El artículo 19.5 de la LORRPM señala: En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. Por otro lado hay que destacar que, el menor, tras haber reconocido los hechos ha asumido culpabilidad respecto de los mismos, luego, si la instrucción debe continuar frente a su incumplimiento, ese reconocimiento, que es extrajudicial, no debe ser tenido como una confesión, por lo que se mantiene en el Fiscal la carga de probar en contra del menor que se verá asistido en el proceso de todas las garantías que le corresponden. En este sentido *vid.* SANZ HERMIDA, *op. cit.*, p. 224.

<sup>139</sup> El artículo 19.4 de la LORRPM dice: Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

<sup>140</sup> Así lo prevé el artículo 25 de la LORRPM que dispone: Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular. En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles. No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia. *Vid.* Sanz Hermida, *ibidem*, p. 226, para quien, en el supuesto en que el Juez de Menores no acuerde con la petición del Fiscal de Menores por estimar que no se ajusta a derecho, puede ocurrir ante

liación surge una vez impuesta la medida, dejará a ésta sin efecto siempre que así lo considere el Juez de Menores a propuesta del Fiscal de Menores o del Letrado y habiendo escuchado al equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores.<sup>141</sup>

el superior jerárquico del Fiscal vía la aplicación supletoria del artículo 644 de Lecrim y, en caso que se confirme la petición deberá atenerse a la misma. *Cfr.* LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 327, nota a pie 434, refiere que “...no puede comprenderse muy bien porque se tiene que solicitar del Juez por el Fiscal el sobreseimiento de las actuaciones *si sólo se trata de un trámite automático que obliga al Juez sin más a acceder a lo solicitado por el Fiscal...* en virtud del principio acusatorio, al no existir otra acusación en el proceso ...no cabría más que el acuerdo de sobreseimiento por el Juez”. *Corchetes y puntos suspensivos en texto original, cursivas añadidas.*

<sup>141</sup> El artículo 51.2 de la LORRPM señala: Artículo 51. Sustitución de las medidas. 2. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

## DEL AMPARO NACIONAL AL AMPARO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derecho procesal constitucional de las libertades.* III. *El amparo mexicano y su proyección en Europa, Latinoamérica e instrumentos internacionales.* IV. *La insuficiencia del Juicio de Amparo Federal como instrumento protector de los derechos humanos en México.* V. *Nacimiento y resurgimiento del amparo local.* VI. *El proceso de amparo transnacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* VII. *Necesidad de un sistema integral.*

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos cincuenta años, la discusión en los ámbitos filosófico, político y jurídico acerca de los derechos humanos se ha intensificado como nunca antes en la historia de los pueblos. Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; un “signo de los tiempos” como lo significara Norberto Bobbio.<sup>2</sup> Los derechos y sus garantías —que han sufrido un notable fenómeno

<sup>1</sup> Ponencia preparada para el XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y VI Curso Anual de Preparación y Capacitación para profesores de Derecho Procesal (ciudad de México, 18-21, julio, 2004). Los planteamientos surgen de la intervención del suscrito en el Seminario sobre instrumentos de protección regional e internacional de derechos humanos, panel 3: “La incorporación práctica de las recomendaciones y estándares internacionales en la protección de los derechos humanos en México”; Secretaría de Relaciones Exteriores, México, Distrito Federal, 20 y 21 de mayo de 2004.

<sup>2</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Presentación”, en *Compendio de derechos humanos. Textos. Prontuario y bibliografía*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. IX.

expansionista—, son los elementos que dan cabal significado al Estado democrático de nuestro tiempo.

Este fenómeno ha producido una creciente atención en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. Con independencia de los tribunales penales internacionales (Nüremberg, Tokio, ex Yugoslavia, Ruanda y el Tribunal Penal Internacional) o de la Corte Internacional de Justicia,<sup>3</sup> se han creado auténticas jurisdicciones regionales a nivel interamericano, europeo y africano, que de manera particular protegen a los derechos humanos, de manera complementaria y subsidiaria a los sistemas existentes a nivel interno de cada Estado.

En nuestro país el tradicional juicio de amparo, consagrado a nivel federal, debido a los documentos constitucionales de 1847, 1857 y 1917, resulta en la actualidad insuficiente para lograr una adecuada, completa y eficaz tutela de dichos derechos, como se pone de manifiesto, en primer lugar, por las iniciativas de reforma constitucional y legal, sobre derechos humanos presentada por el ejecutivo federal (abril, 2004), y de la Nueva Ley de Amparo (que de aprobarse abrogaría a la actual legislación de 1936);<sup>4</sup> en segundo término, al incorporarse otros mecanismos a nivel federal, jurisdiccionales y no jurisdiccionales; y tercero, al crearse, a partir del año 2000, auténticas jurisdicciones constitucionales en el ámbito estatal (Veracruz, Tlaxcala, Coahuila, Chiapas, Quintana Roo, Guanajuato y Nuevo León), en algunos de ellos restableciendo el *amparo local* y reivindicando las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá a quien se atribuye la consagración del juicio de amparo en la Constitución yucateca de 1841.

Esta doble dimensión del amparo nacional (local y federal), se complica debido al reconocimiento que el Estado mexicano efectuó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Dere-

<sup>3</sup> Si bien esta Corte no tiene como finalidad expresa la protección de los derechos humanos, en algunos fallos lo ha realizado, como recientemente en el caso "Avena y otros nacionales mexicanos". El fallo de 31 de marzo de 2004 sostuvo que Estados Unidos violó reiteradamente sus obligaciones derivadas de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, respecto a más de 50 mexicanos condenados a la pena de muerte en los estados de California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregón.

chos Humanos en diciembre de 1998, que implica la aceptación de una auténtica jurisdicción trasnacional al conocer de un *amparo internacional*, cuyos efectos vinculantes han llegado a declarar sin efectos leyes de congresos locales (caso "Barrios Altos") o a ordenar reformas legislativas internas, incluyendo cambios al texto constitucional (caso "La última tentación de Cristo"),<sup>5</sup> que implica necesariamente redimensionar los conceptos tradicionales de soberanía nacional, supremacía constitucional y de cosa juzgada.

Las implicaciones y correcta articulación entre las tres dimensiones que actualmente operan al juicio de amparo en México: local, federal e internacional, constituye uno de los mayores retos que afrontan los juristas de nuestro país.

## II. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LAS LIBERTADES

Hace casi medio siglo Mauro Cappelletti<sup>6</sup> difundió la idea de estudiar, de manera sistemática, aquellos instrumentos previstos a nivel constitucional para la protección directa de los derechos humanos. A este sector que denominó *jurisdicción constitucional de la libertad* y que ha seguido un importante sector de la doctrina contemporánea,<sup>7</sup> deben agregarse los que Fix-Zamudio ha desarrollado siguiendo las ideas del procesalista italiano, con la denominación de *jurisdicción constitucional orgánica* y *jurisdicción constitucional trasnacional*.

<sup>4</sup> El proyecto de Nueva Ley de Amparo que elaboraran ocho destacados juristas mexicanos y avalada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, se convirtió en iniciativa de ley en el presente año, al haber sido acogida la propuesta por un grupo de senadores. Un análisis profundo y detallada de esta propuesta se encuentra en el libro ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

<sup>5</sup> Sobre estos dos casos, véase GÓMEZ PÉREZ, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, Breviarios Jurídicos, núm. 8, pp. 29-41.

<sup>6</sup> *La giurisdizione costituzionale della liberta*, Milán, 1955. Existe traducción al español por Héctor Fix-Zamudio, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961.

<sup>7</sup> Cfr., entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 205 y ss.; CASCAJO CASTRO, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, núm. 199, pp. 148 y ss.

Utilizando la terminología actual de *derecho procesal constitucional*,<sup>8</sup> seguida por constitucionalistas y procesalistas latinoamericanos, esta materia bien podría dividirse para efectos de estudio y partiendo de las ideas de los juristas mencionados en:

- a) *Derecho procesal constitucional de las libertades*, que comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos, es decir, para salvaguardar la parte dogmática de la Constitución;
- b) *Derecho procesal constitucional orgánico*, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos y poderes del estado;
- c) *Derecho procesal constitucional trasnacional*, que comprende el análisis de la protección de ciertos instrumentos internacionales que previamente han sido reconocidos y aceptados por los estados, y el reconocimiento por parte de éstos de auténticas jurisdicciones para la protección de los derechos humanos, previstos en los tratados y convenciones internacionales. En esta dirección se dirigen las Cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos; y
- d) *Derecho procesal constitucional local*, que ha tenido cierto desarrollo en los países de régimen federal o provincial, de tal suerte que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger las constituciones, ordenamientos o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas.

Estos cuatro sectores no pueden estudiarse aisladamente, en tanto que constituyen un sistema integral de protección cuando se trata de los derechos humanos. En realidad el denominado *derecho procesal constitucional de la libertad* se contiene en los otros tres sectores, si

<sup>8</sup> Existe una corriente de sustituir las expresiones de "justicia o jurisdicción constitucional" por la de "derecho procesal constitucional". A tal extremo que son numerosas las obras latinoamericanas que llevan ese título y recientemente se ha creado el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, y existe una *Revista Iberoamericana* sobre la materia, auspiciada por dicho Instituto, publicada por la editorial Porrúa.

se tiene en cuenta que los instrumentos diseñados para la protección de la parte orgánica de la constitución (en nuestro sistema las controversias constitucionales y el control abstracto de inconstitucionalidad de leyes) también pueden, en algunos casos, proteger la parte dogmática; y existen además instrumentos específicos de carácter jurisdiccional a nivel local o estadual, así como a nivel trasnacional, como veremos más adelante.

### III. EL AMPARO MEXICANO Y SU PROYECCIÓN EN EUROPA, LATINOAMÉRICA E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Resulta paradigmático la manera en que un instrumento jurídico protector de origen nacional, como lo es el juicio de amparo mexicano, se ha proyectado hacia su implementación en el orden jurídico de otras naciones y a nivel internacional.

Con independencia de los antecedentes remotos en el derecho romano (*homine libero exhibendo*<sup>9</sup> e *intercessio tribunicia*),<sup>10</sup> en el inglés (*habeas corpus*) y en el español (procesos aragoneses del medioevo),<sup>11</sup> se ha considerado por la mayor parte de la doctrina que el amparo constituye una institución genuinamente mexicana, al haberse previsto por primera vez en la Constitución yucateca de 1841 (arts. 8o., 9o. y 62) y acogido a nivel federal, primero en el Acta de Reformas de 1847 (art. 25) y posteriormente, en las constituciones de 1857 (arts. 100 y 101) y en la actual de 1917 (arts. 103 y 107), sirviendo como paradigma a diversas legislaciones de Latinoamérica y de España y algunos otros países europeos.

Es cierto que durante la Edad Media aparece, en el Reino de Aragón, una figura encargada de velar por el cabal cumplimiento de los diversos fueros, conocido como el "justicia mayor", quien en sus resoluciones utilizaba ya la palabra "amparar", con lo que se

<sup>9</sup> Cfr. La Ley I, lib. XLIII, tít. XXIX del *Digesto*.

<sup>10</sup> Cfr. BATIZA, Rodolfo, "Un pretendido antecedente remoto del amparo" en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 4, abril-junio de 1947, vol. I, pp. 429-437.

<sup>11</sup> Sobre los procesos forales aragoneses y la figura del "justicia mayor" hay amplia bibliografía, dentro de la que destacan las obras de FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971; LÓPEZ DE HARO, Carlos, *La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor*, Madrid, Reus, 1926; BONET NAVARRO, Ángel, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982.

considera que es el ordenamiento castellano la vía a través de la cual se introduce dicho vocablo como sinónimo de protección de derechos en la América española.<sup>12</sup>

Asimismo en Inglaterra surgió el *habeas corpus*, en el siglo XVII, como instrumento procesal para proteger el derecho de libertad. Se reguló de manera detallada en el *Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1679, por lo que es considerado este ordenamiento el primero en reglamentar en forma meticulosa un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, el cual se trasladó a las colonias inglesas en Estados Unidos de América, al trasplantarse el sistema jurídico del *common law*.

En el caso de México, durante la lucha de independencia, se previó una declaración semejante a la inglesa en el proyecto denominado "Elementos constitucionales", obra de Ignacio López Rayón en el año de 1812, aunque nunca llegó a tener vigencia. En el artículo 31 de ese proyecto se decía: "Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias". El actual juicio de amparo mexicano, a partir de su consagración definitiva en la Constitución de 1857, acoge la institución del *habeas corpus*, subsumido en el sector que la doctrina ha denominado como "amparo-libertad".

Durante la etapa de gobierno español, también existió otro mecanismo, bautizado por el historiador y jurista Andrés Lira González como "amparo colonial", que se configuraba como un interdicto para la protección de derechos personales, que se hacía valer ante los virreyes o capitanes generales. Se trata de un instrumento antecedente del amparo mexicano toda vez que en sus resoluciones los virreyes y otras autoridades superiores "amparaban" en contra de actos de autoridades de inferior rango, o inclusive, contra actos de particulares que se encontraban en situación ventajosa con respecto al protegido, debido a su evidente posición social o poder real dentro de la sociedad novohispana.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España, Estudio de derecho comparado*, pról. de Héctor Fix-Zamudio, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 3-18.

<sup>13</sup> Cfr. LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, FCE, 1972, p. 7.

Es debido a la influencia del derecho constitucional de Estados Unidos que en el pensamiento de los considerados padres del juicio de amparo mexicano, Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, se posibilita el surgimiento de este instrumento procesal a través del conocimiento que adquirieron de la obra clásica de Alexis de Tocqueville: *La democracia en América*, traducida al español en 1836 por Sánchez de Bustamante,<sup>14</sup> y en menor intensidad, a través de la obra *El Federalista*, que se conoció de manera fragmentada por traducciones al español, publicadas en periódicos mexicanos entre los años de 1827 y 1830. De ahí la influencia estadounidense de la *judicial review*, pues el producto de ese "trasplante legal" produjo una institución tutelar diversa debido al trasfondo hispánico cultural de más de tres siglos, perteneciente al sistema romano canónico.

El juicio de amparo ha sido trasladado y adoptado de manera progresiva por la mayoría de los textos fundamentales latinoamericanos, aunque en algunos de ellos con denominaciones distintas: Argentina (art. 34), Bolivia (art. 19), Brasil (*mandado de segurança*, art. 5o.), Chile (recurso de protección, art. 21), Colombia (tutela jurídica, art. 86), Costa Rica (art. 48), El Salvador (art. 182.1), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), Nicaragua (art. 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200), Uruguay (art. 7o.)<sup>15</sup> y Venezuela (art. 27).

Lo mismo ha sucedido en Europa, en donde en algunos países como Alemania, Austria, España y Suiza existe un recurso similar que, incluso, suele traducirse con la misma denominación de *recurso de amparo*. El caso del recurso de amparo español resulta significativo al haberse introducido en la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 (art. 121-b), debido a las enseñanzas del constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa (hijo del general Bernardo Reyes y hermano del escritor y diplomático Alfonso Reyes) que radicó cerca de cuarenta años (1914-1954) en territorio español por

<sup>14</sup> Existe una reimpresión publicada en México en 1855, año en que se convocó al Congreso Constituyente que expidió la Constitución de 1857, que consagró el amparo a nivel federal.

<sup>15</sup> Si bien no de manera expresa, la acción de amparo uruguayo se deriva del artículo 7o. constitucional: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad...". La ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988 regula la acción de amparo.

las diferencias políticas con el presidente Victoriano Huerta, no obstante haber sido ministro de justicia al inicio del mandato de éste. La influencia se hace patente en la Ley del Tribunal de Garantías constitucionales de 1933 y en el Reglamento de dicho Tribunal, en los diversos supuestos de procedencia y legitimación, y en la tramitación de un incidente de suspensión similar al mexicano; aunque también el recurso de amparo español influyó en la creación del amparo mexicano, sobre todo por la asimilación jurídico-cultural de tres siglos y por la influencia de la casación, que constituye uno de los sectores en que se divide la institución tutelar mexicana.

El actual recurso de amparo español restablecido en la Constitución democrática de 1978 (art. 53.2) presenta importantes diferencias con el juicio de amparo mexicano, que pueden advertirse en dos direcciones distintas. En cuanto al órgano constitucional que lo resuelve, en el caso español se crea un auténtico Tribunal Constitucional independiente del poder judicial; en tanto que en el caso de México la Suprema Corte de Justicia, máxima instancia jurisdiccional del poder judicial federal, realiza materialmente tal función a partir de las reformas constitucionales de 1987 y 1994, esencialmente en grado de revisión de estricto contenido constitucional respecto de resoluciones de primer grado que resuelven los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito federales diseminados en todo el territorio del país; y por otra parte, se apartan en cuanto a los derechos tutelables, en tanto la institución mexicana comprende la protección de todo el ordenamiento nacional (cuestiones constitucionales y de legalidad), el amparo español se reduce exclusivamente a los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere la Constitución, excluyendo tanto la libertad e integridad personales protegidos por el *habeas corpus* (institución autónoma), como también la impugnación de las normas generales tutelables a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad; además de existir el recurso de casación para impugnar en última instancia las resoluciones de los tribunales ordinarios ante el Tribunal Supremo.

A pesar de estas diferencias escrupulosamente estudiadas por el maestro Héctor Fix-Zamudio,<sup>16</sup> es evidente también un acercamiento

<sup>16</sup> Cfr. "Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España", en su obra *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa,

to entre ambos mecanismos, al ampliarse la protección española a cuestiones de mera legalidad, mediante la "tutela judicial efectiva" prevista en el artículo 24 de la Constitución de 1978, aproximándose considerablemente al juicio de amparo directo mexicano que procede contra resoluciones judiciales definitivas (arts. 14 y 16 constitucionales).

Por lo que hace al recurso federal constitucional alemán (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>17</sup> existen similitudes con el juicio de amparo mexicano, a pesar de las diferencias económicas, sociales y culturales de ambos países, y de haber surgido en épocas distintas y por causas diferentes. Mientras que el juicio de amparo mexicano surge por la influencia estadounidense en la Constitución yucateca de 1841 y en los textos federales de 1857 y 1917 conforme a lo ya señalado, la queja constitucional alemana se inspira en la Constitución austriaca de 1920 y se prevé primero a nivel legislativo en la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la Federación de 1961 y posteriormente se incorpora a nivel constitucional, mediante reforma de 1969, debiendo mencionarse los importantes precedentes de instituciones similares en el Imperio Austrohúngaro (1867), y en los mecanismos locales del estado de Baviera de 1919 y de 1946. Entre los principales aspectos que separan a ambos institutos, se encuentra la procedencia en materia electoral y los efectos de sus sentencias, ya que la queja constitucional alemana procede en dicha materia y pueden sus fallos tener el carácter *erga omnes* respecto de la inconstitucionalidad de normas legislativas; en tanto la institución mexicana resulta improcedente en materia electoral y en todos los supuestos produce efectos en el caso particular. En cambio, las similitudes más notables se dirigen a los derechos tutelables, en la necesidad de agotar las instancias y recursos ordinarios previos, con algunas excepciones en ambos países, y en las medidas precautorias o cautelares,

UNAM, 2003, pp. 1023-1092; aparecido con anterioridad en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, vol. II, pp. 1557-1613.

<sup>17</sup> Para una aproximación a este instrumento, véase HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", trad. de Carlos Ruiz Miguel, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, pp. 227-282.

conocidas en México como la suspensión del acto reclamado, en ambos casos para evitar perjuicios graves y con el objeto de impedir la consumación de la afectación de los derechos fundamentales.

En latitud latinoamericana, el desarrollo que Argentina ha tenido sobre los instrumentos clásicos de protección jurídica de los derechos de la persona humana, como son el *habeas corpus* y el derecho de amparo, han encontrado también inspiración en el amparo mexicano. De manera particular, en la reforma constitucional de 1994, se introduce la previsión de las acciones de amparo y de *habeas corpus*, que antes sólo se habían regulado por leyes provinciales y ordinarias en el ámbito nacional.

En el caso de Colombia, la tutela jurídica, introducida en la Constitución de 1991, en esencia, presenta lineamientos comunes al amparo mexicano, tanto por su alcance protector, por el avance significativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, como por su semántica jurídica, ya que los vocablos “amparo” y “tutela” resultan equivalentes y se utilizan como sinónimos.

Como puede apreciarse, el juicio de amparo mexicano ha servido de base a la configuración paulatina de las características generales del amparo constitucional iberoamericano, que, en esencia, presenta lineamientos comunes, como son la tutela de los derechos humanos consagrados en los ordenamientos constitucionales y, en algunos casos, en los internacionales, a través de un procedimiento sencillo y breve en el que existen medidas precautorias o cautelares para preservar dichos derechos, culminando con una sentencia para restituir al afectado en el goce y ejercicio de sus derechos infringidos por cualquier autoridad o, en algunos supuestos, también por particulares en situación de predominio. De ello dan debida cuenta, por ejemplo, el artículo octavo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>18</sup> que establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; o el párrafo 1 del artícu-

<sup>18</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A, III, del 10 de diciembre de 1948.

lo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>19</sup> que a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

De manera más reciente, también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>20</sup> en su Capítulo VI denominado “Justicia” (art. 45) prevé el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial a favor de toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados. Si bien no se utiliza la expresión “ampare” como textualmente aparece en los otros textos, la idea es la misma y por tal motivo puede considerarse la existencia de un genuino *amparo trasnacional*, que complementa el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, como más adelante estudiaremos.

#### IV. LA INSUFICIENCIA DEL JUICIO DE AMPARO FEDERAL COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

En contraste con la primera idea central evidenciada hasta aquí, de cómo México constituyó la cuna desde la que se exportó la institución procesal del amparo hacia sistemas jurídicos externos y supranacionales, en su evolución interna de más de un siglo, representó el único instrumento real de control constitucional y el mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos por antonomasia, por lo que, su estructura y ámbito protector, con el transcurrir de los años, han empezado a resultar insuficientes frente a las nuevas exigencias planteadas por los modernos modelos democráticos de derecho.

Quizá como primera respuesta a esos planteamientos, que en otras latitudes empezaron a enfrentarse con más eficientes esquemas de

<sup>19</sup> Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

<sup>20</sup> Firmada y proclamada por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de las instituciones, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, Francia.

protección, en México, con la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, la más importante en materia judicial de los últimos años, se estableció todo un sistema de control constitucional que se vio cristalizado en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 11 de mayo de 1995.

La importancia de esta reforma puede estudiarse desde dos fundamentales perspectivas: orgánico y competencial. Desde el primer punto de vista, la composición orgánica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sufre una reducción en el número de sus integrantes, de 26 a 11, regresándose a la previsión constitucional original de 1917. Asimismo, se suprime la inamovilidad de sus miembros al establecerse un periodo de quince años. Esta nueva composición orgánica se acerca considerablemente a la de los tribunales constitucionales europeos, cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis y son electos por periodos determinados.<sup>21</sup> También con esta reforma se introduce el Consejo de la Judicatura Federal como órgano independiente de la Suprema Corte, al que le quedaron atribuidas las tareas de administración del poder judicial y de vigilar el cumplimiento de la carrera judicial a través de sistemas objetivos de control y ascenso de funcionarios judiciales. Uno de los más encomiables méritos de este organismo es el de haberle despojado la enorme carga administrativa que antes realizaba la Suprema Corte.

Desde el punto de vista competencial, la reforma de 1994 significó la creación de la acción de inconstitucionalidad, un nuevo mecanismo que tiene por objeto la impugnación abstracta de las normas de carácter general, de competencia exclusiva del pleno de la Suprema Corte de Justicia, semejante a la manera en que funcionan instrumentos procesales análogos europeos. También implicó esa reforma, la ampliación de los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, que son procesos jurisdiccionales a través de los cuales se resuelven conflictos competenciales y de atribuciones de carácter constitucional entre órganos, poderes y entidades del Estado. Si bien

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Tribunal constitucional alemán cuenta con 16 integrantes, el italiano con 15, el austriaco con 14, el portugués con 13, el español y el belga con 12, y, el francés con 9.

se encontraban previstas desde el texto original de la Constitución de 1917, durante 77 años de vigencia de este instrumento, sólo se presentaron cerca de 50 casos, en la mayoría de los cuales no se estudió el fondo, lo que se explica debido al sistema unipartidista que caracterizó a México a lo largo del siglo XX. En la actualidad los municipios se encuentran legitimados y, mediante interpretación jurisprudencial se ha ampliado el objeto de las controversias a violaciones indirectas a la Constitución.

Una cuestión trascendente en la regulación de estos instrumentos es la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes con efectos generales para el futuro, lo cual rompe con el esquema del juicio de amparo mexicano que prevaleció desde su creación en el siglo XIX, cuyas sentencias sólo protegían al caso particular.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha establecido que, si bien es cierto que el juicio de amparo constituye el instrumento protector de la parte dogmática de la Constitución, también a través de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, que fueron diseñadas fundamentalmente para proteger la parte orgánica de la misma, pueden protegerse derechos fundamentales. Un ejemplo claro de ello ha sido el asunto dirimido vía acción de inconstitucionalidad (cuyo planteamiento fue la violación al derecho a la vida) por virtud del cual se impugnaron reformas a los códigos Penal y de Procedimientos Penales del Distrito Federal, sobre la ampliación de los supuestos de no penalización del aborto cuando el producto de la concepción presentara deformaciones genéticas o congénitas, y la autorización de la práctica del aborto cuando el embarazo sea producto de violación.

Por otra parte, en los últimos años se han venido creando, desarrollando y perfeccionando institutos jurídicos tendentes a contribuir hacia una protección constitucional completa y más eficaz, y que recién inicia un proceso que habrá de definir su debida articulación normativa.

Hemos tratado de evidenciar, así sea de manera breve, el fenómeno de la manera en que un instrumento jurídico de cuño preponderantemente nacional, como lo es el amparo, ha sido trasladado, con sus caracteres procesales fundamentales a órdenes jurídicos de otros países y a sistemas normativos internacionales. Resulta entonces extraño que el sistema jurídico mexicano conserve los principios y

las reglas que han regido al juicio de amparo desde su nacimiento en el siglo XIX. Su evolución histórica, como lo ha evidenciado Fix-Zamudio, ha llevado al amparo mexicano a configurarse en una institución procesal compleja, de difícil sistematización, operatividad y accesibilidad para cumplir con sus objetivos inmediatos de tutela. En la actualidad, su concepto no se agota en la idea de un instrumento unitario, sino que se ha convertido en una institución que puede adoptar diversas formas, llegando a configurar varios mecanismos procesales, cada uno con características y funciones propias, y que en otros países constituyen instrumentos jurídico-procesales autónomos, a saber: a) la protección de la libertad e integridad personal por medio del *habeas corpus*; b) la impugnación de la inconstitucionalidad de leyes; c) el amparo contra resoluciones judiciales o "amparo casación"; d) el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal o local; y e) el amparo en materia social agraria.<sup>22</sup>

Paradójicamente —y esta es una segunda idea que queremos poner de relieve en este apunte— la configuración plurifuncional del juicio de amparo mexicano no ha sido suficiente para la adecuada protección de los derechos humanos en México, por lo que se ha hecho necesaria la creación de todo un sistema no jurisdiccional de protección, a principios de la década de los noventa y que subsiste en la actualidad.

Desde hace algunos años han tenido un gran desarrollo en Latinoamérica organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, teniendo como paradigma al *ombudsman* escandinavo,<sup>23</sup> incorporándose progresivamente en varios países, como Argentina (1993),<sup>24</sup> Bolivia (1994), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Ecuador (1996), El Salvador (1991), Guatemala (1985), Hon-

<sup>22</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor (con Salvador VALENCIA CARMONA), *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 821.

<sup>23</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Posibilidades del *ombudsman* en el derecho latinoamericano", en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 35-52. También reproducido en *Justicia constitucional, ombudsman, y derechos humanos*, México, CNDH, 2001, pp. 403-422.

<sup>24</sup> Este instituto primero se incorporó a nivel local en distintas provincias: Córdoba, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, etc., y luego a nivel nacional (a través de un decreto presidencial en 1993 y finalmente en la reforma constitucional de 1994).

duras (1994), Nicaragua (1995), Paraguay (1992) y Perú (1993). Esta tendencia se debió fundamentalmente a la creación del promotor de la justicia en Portugal (1976), y de manera muy particular, del defensor del pueblo español (1978), al reflejarse como modelo en los países de la región; influyendo entre los juristas latinoamericanos, asimismo, la doctrina española, especialmente los valiosos estudios comparativos que emprendieron Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, y Víctor Fairén Guillén.<sup>25</sup>

En este rubro, han sido importantes también los estudios del maestro Héctor Fix-Zamudio, pues han contribuido a difundir este instituto no sólo mediante la propuesta de su desarrollo en el ámbito latinoamericano, sino en general, emprendiendo su análisis a nivel comparativo (en países escandinavos, Nueva Zelanda, Reino Unido, Australia, Israel, Canadá, Estados Unidos, Europa continental, Francia, Portugal, España, etc.),<sup>26</sup> ideas que fructificaron en México con los primeros organismos,<sup>27</sup> hasta la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante decreto presidencial (1990) y, posteriormente, mediante la reforma constitucional al artículo 102, apartado "B" (1992), configurándose uno de los sistemas autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de mayor amplitud, puesto que también fueron surgiendo organismos en cada entidad federativa, debido a ese mandato constitucional. Así se esta-

<sup>25</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor (con Salvador VALENCIA CARMONA), *op. cit.*, pp. 458-459.

<sup>26</sup> Entre sus múltiples trabajos, véase "Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*", en *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999, pp. 347-397.

<sup>27</sup> Con independencia de los antecedentes nacionales remotos, como la Procuraduría de Pobres del estado de San Luis Potosí (1847), entre los primeros organismos figuran: la Procuraduría Federal del Consumidor (1976), la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en Nuevo León (1978), el Procurador de Vecinos del ayuntamiento de Colima (1983), la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM (1985), la Procuraduría para la Defensa del Indígena del estado de Oaxaca (1986), la Procuraduría Social de la Montaña y de asuntos Indígenas del estado de Guerrero (1987), la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes (1988), la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro (1988), y la Procuraduría Social del Distrito Federal (1989). Sobre estos antecedentes, *op. cit.*, pp. 133-134, especialmente la nota 184; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Posibilidades del *ombudsman* en el derecho constitucional latinoamericano", *op. cit.*, pp. 417 y ss; así como la obra de GIL RENDÓN, Raymundo, *El ombudsman en el derecho constitucional comparado*, México, McGraw-Hill, 2002, pp. 356 y ss.

blece un sistema de doble grado, en tanto que la Comisión Nacional, además de conocer de las denuncias en única instancia de los actos presuntamente violatorios de los derechos humanos provenientes de las autoridades federales, se convierte en un órgano federal de alzada al conocer de las inconformidades (recursos de queja e impugnación) por lo que hace a los actos u omisiones de las comisiones estatales y del Distrito Federal,<sup>28</sup> así como de la insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por estos órganos por parte de las autoridades locales.

Una de las propuestas que a través de esta institución requieren ser inmediatamente atendidas en México es la protección de los derechos o intereses difusos y colectivos, ya que si bien la legislación no exige requisitos de interés directo, sería conveniente que se regulara expresamente la representación de esos derechos e intereses, para poder precisar su alcance y efectos, que todavía son inciertos.<sup>29</sup> Esa protección también se ha sugerido para el juicio de amparo, que incluso ya se incorporó en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, auspiciado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que fue entregado por el Tribunal Pleno el 30 de abril de 2001 a las instancias que, de conformidad con el artículo 71 constitucional, tienen la facultad de iniciativa de ley, mismo que ha sido acogido recientemente por el Senado de la República para su correspondiente estudio y valoración.

Además del juicio de amparo y de los procedimientos ante las comisiones Nacional, estatales y del Distrito Federal de Derechos Humanos (instrumentos específicos de protección), así como de las

<sup>28</sup> En cuanto al organismo del Distrito Federal, véase el trabajo de FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996.

<sup>29</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El papel del *ombudsman* en la protección de los intereses difusos", en *Justicia constitucional, Ombudsman, y derechos humanos*, op. cit., pp. 423-443; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, comentario de José Ovalle Favela, México, Porrúa, 2003; GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), presentación de Roberto O. Berizonce, introducción de Ada Pellegrini Grinover, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003; *ibid.*, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.

referidas acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales —que eventualmente también pueden proteger derechos humanos—, el sistema de protección previsto a nivel constitucional se complementa con otros instrumentos, como son: a) el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia sobre un hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual o al voto público; b) los procesos constitucionales en materia electoral (juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político electorales de los ciudadanos); c) el juicio político; y d) la responsabilidad objetiva del Estado por los danos que con motivo de su actividad administrativa irregular causen en los bienes o derechos de los particulares.

#### V. NACIMIENTO Y RESURGIMIENTO DEL AMPARO LOCAL

Otro aspecto interesante es la tendencia, a partir del año 2000, de desarrollar sistemas de justicia constitucional local en diversas entidades federativas de la República Mexicana, como se pone en evidencia con las reformas a las constituciones locales de Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Guanajuato, Nuevo León, entre otras,<sup>30</sup> que prevén distintos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al poder judicial estatal (sea al pleno o a una sala constitucional o sala superior), tomando como parámetro de control el principio de supremacía constitucional local.

Esta supremacía constitucional local no ha sido suficientemente construida por la doctrina y la jurisprudencia mexicana, a pesar de que el tradicional juicio de amparo tuviera su origen, como lo hemos dicho, en la Constitución yucateca de 1841. Los vientos contemporáneos del constitucionalismo mexicano implican una nueva lectura

<sup>30</sup> En la Constitución del estado de Chihuahua, por ejemplo, existe el llamado recurso de queja o "amparito", que si bien se encuentra vigente desde hace muchos años no se ha reglamentado, lo cual lo convierte más que en un derecho en una ilusión o aspiración constitucional, como bien lo sostiene VILLASANA ROSALES, Héctor, "La Constitución estatal frente a las decisiones fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: el caso de Chihuahua", en *Derecho constitucional estatal*, op. cit., p. 98. En varios estados existen propuestas de reformas a las constituciones locales para introducir instrumentos de control de la constitucionalidad y una magistratura especializada.

al artículo 41 de la Constitución federal,<sup>31</sup> con el objeto de armonizar el actual sistema de control de la constitucionalidad previsto a nivel federal y los que tíbiamente comienzan a resurgir en las entidades federativas.

En mayo de 1839 el estado de Yucatán —que comprendía entonces el territorio de los actuales estados de Campeche, Quintana Roo y parte de Tabasco—, desconoció el sistema centralista que prevaleció en la República mediante las Siete Leyes Constitucionales, y adoptó un régimen federal. El 23 de diciembre de 1840 se elaboró un proyecto de Constitución suscrito por los diputados Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, Pedro C. Pérez, y Darío Escalante, aunque se atribuye su autoría al primero de ellos. En este documento histórico se contempló un catálogo unitario de derechos humanos, que se llamaron “garantías individuales”, en las nueve fracciones que contenía el artículo 62, denominación que se acogió en la Constitución federal de 1857 y en la actual de 1917.

Ante esta declaración de derechos del hombre, por primera vez en la historia de México se creó un sistema de defensa de la constitucionalidad de las leyes y de las propias garantías individuales por vía jurisdiccional (antes existió el Supremo Poder Conservador cuya naturaleza fue eminentemente política). Así se desprende de los artículos 53, 63 y 64 de ese proyecto de Constitución. El proyecto fue aprobado por el Congreso local el 31 de diciembre de 1841, entrando en vigor el 16 de mayo siguiente, y los preceptos aludidos se convirtieron en texto vigente al convertirse en los artículos 8o., 9o. y 62 de la Constitución del estado de Yucatán.

De esta forma, como desde hace tiempo lo advertiera González Oropeza, a más de ciento cincuenta años, hay que encontrar la potencialidad del pensamiento de Rejón e implementar el *amparo local* como él lo hizo en Yucatán; una expresión contemporánea está en el artículo 10 de la Constitución de Chihuahua de 1921 que asig-

<sup>31</sup> En el artículo 41, párrafo primero, de la actual Constitución federal se encuentra el germen de lo que podrían desarrollar los estados, al señalar: “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 y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto federal”.

na la obligación al Supremo Tribunal del Estado para resolver quejas por violaciones a las garantías individuales. Aquí está el comienzo de la reivindicación de Rejón.<sup>32</sup>

Los sistemas de jurisdicción constitucional locales que vienen floreciendo a partir del año 2000, prevén, entre otros instrumentos, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, además de juicios para la protección de derechos humanos en el ámbito local (Veracruz y Tlaxcala) e incluso otros medios de control que no existen a nivel federal como las acciones por omisión legislativa o las cuestiones de inconstitucionalidad. Además, en Coahuila existe una suerte de *control difuso* —que a nivel federal está prohibido por vía de interpretación jurisprudencial—, al preverse la posibilidad de que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva de forma definitiva e inatacable.

En cuanto al caso de Veracruz, el 9 de mayo de 2002, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió diversas controversias constitucionales (15, 16, 17, 18/2000),<sup>33</sup> presentadas por varios ayuntamientos de ese estado que demandaron, entre otras cuestiones, la invalidez del decreto de reforma integral a la Constitución veracruzana, al estimar que con la creación del juicio para la protección de derechos humanos, cuya competencia se le atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, se invade la esfera competencial de los tribunales de la federación, específicamente por lo que hace al juicio de amparo federal.

La Suprema Corte federal (por mayoría de votos) estimó constitucional la reforma aludida, al estimar esencialmente que el juicio para la protección de derechos humanos sólo se limita a salvaguardar a la

<sup>32</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Yucatán: el origen del amparo local”, en *Revista Jurídica Jalisciense*, año 3, núm. 5, enero-abril de 1993; reproducido en *Historia del amparo en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. I, pp. 99-112, en p. 112.

<sup>33</sup> Estas controversias constitucionales fueron presentadas por los ayuntamientos del municipio de La Antigua (15/2000), municipio de Córdoba (16/2000), municipio de Tomatlán (17/2000) y municipio de San Juan Rodríguez Clara (18/2000), todos del estado de Veracruz.

normativa local a través de un órgano instituido por la propia Constitución del estado de Veracruz, como lo es la Sala Constitucional, sin que ésta cuente con atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, además de que el instrumento local prevé la reparación del daño, característica ésta que difiere con el juicio de amparo federal. Asimismo, los artículos 39, 40 y 41, párrafo primero, de la normativa suprema federal establecen las bases de la autonomía local, en tanto de ellos deriva el régimen de gobierno republicano federal, integrado por estados libres y soberanos en todo lo relativo al régimen interno, aunque unidos en un pacto federal; y que el pueblo ejerce su soberanía por lo que hace a dichos regímenes interiores, en los términos que dispongan las constituciones locales. Esta autonomía local, incluso, se prevé de manera directa en el artículo 116, fracción III, de la Constitución federal, que establece la posibilidad de que los poderes de los estados se organicen conforme a la Constitución de cada uno de ellos; y específicamente el Poder Judicial se ejercerá por los tribunales y mediante las reglas que señalen dichos ordenamientos locales.

El criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia quedó reflejado en la tesis XXXIII/2002, cuyo rubro y texto señalan:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-Llave PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio para la protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades

para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reservan implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal”.

Cuatro ministros formularon voto minoritario, sosteniendo la invalidez del precepto que regula el juicio para la protección de derechos humanos, considerando fundamentalmente que al coincidir el catálogo de los derechos humanos previstos en la Constitución veracruzana, con las garantías individuales establecidas en la Constitución federal, se duplican las instancias, siendo atribución exclusiva de los tribunales de la federación, a través del juicio de amparo, conocer de los actos o leyes que vulneren dichas garantías individuales, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución federal.

#### VI. EL PROCESO DE AMPARO TRANSNACIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A partir de la segunda posguerra se han creado sistemas para la protección de los derechos humanos en el ámbito regional e internacional, con un carácter subsidiario y complementario a los establecidos en los ordenamientos internos, lo que ha producido la “internacionalización de los derechos humanos” y, con ello, la creación de orga-

nismos jurisdiccionales transnacionales especializados en la materia, lo que dio origen a la dimensión que Cappelletti bautizara como la *justicia constitucional supranacional*.<sup>34</sup>

Conforme al pensamiento del ilustre profesor italiano, la dimensión trasnacional de la jurisdicción constitucional (derecho procesal constitucional) se contraponen a la tradicional concepción de la exclusiva soberanía de los estados nacionales, sobre todo la función que realiza la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, al actuar en muchos casos como órgano único y concentrado y cuyas decisiones tienen eficacia definitiva y unificadora, realizando una interpretación del derecho comunitario considerado como *lex superior*, encargado del control de la validez comunitaria de las leyes a través de un control “disperso” o “difuso” que denominó “prejudicial comunitaria”. En el mismo sentido se refiere a la función que desempeña la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, teniendo en cuenta la existencia de un *Bill of Rights* supranacional contenido en la Convención de Roma (y ahora debemos tener en cuenta también la moderna *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*). De esta forma, sostiene que hay ahora en un número creciente de países una exigencia, urgente y potente, por la cual los hombres y los Estados son inducidos a moverse hacia un sistema de “justicia superior”, no solamente en el interior de los países particulares —donde se tiene las varias formas de justicia constitucional— sino también a nivel trasnacional. Con ideas similares Niceto Alcalá Zamora sostiene que el derecho procesal constitucional funciona en dos planos o niveles: interno e internacional.<sup>35</sup>

En Latinoamérica, paulatinamente también se fueron creando organismos jurisdiccionales supranacionales, como la *Corte de Justicia Centroamericana* (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá) y el *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela). Sin embargo, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que tiene mayor relevancia.

<sup>34</sup> “La justicia constitucional supranacional”, *op. cit.*

<sup>35</sup> *La protección internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 49.

Siguiendo el modelo europeo, paulatinamente se configuró el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya culminación puede decirse representa la Corte Interamericana, con sede en San José, Costa Rica, establecida como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” (suscrito en 1969) y comenzando sus funciones en 1979.

La Corte Interamericana se constituye como un órgano jurisdiccional autónomo del sistema interamericano integrada por siete jueces,<sup>36</sup> cuyo objeto esencial es la interpretación y aplicación de la Convención Americana, así como de sus protocolos adicionales (en materia de derechos económicos, sociales y culturales,<sup>37</sup> y de la abolición de la pena de muerte<sup>38</sup>) y algunas Convenciones Interamericanas específicas: sobre igualdad de la mujer y el varón,<sup>39</sup> tortura,<sup>40</sup> desapariciones forzadas,<sup>41</sup> prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer,<sup>42</sup> eliminación de la discriminación

<sup>36</sup> También existe la figura del juez *ad-hoc*, cuando se trate de un estado demandado y ninguno de los jueces titulares tiene la nacionalidad de dicho estado.

<sup>37</sup> Protocolo de San Salvador, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Fue ratificado por México el 16 de abril de 1996. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 1 de septiembre de 1998.

<sup>38</sup> Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990 y en vigor a partir del 28 de agosto de 1991. México no ha ratificado este Protocolo, requiriéndose la modificación al artículo 22 de la Constitución federal mexicana. Resulta interesante al respecto la propuesta de reforma constitucional para suprimir la pena de muerte, que recientemente presentó el ejecutivo federal (abril, 2004) dentro del paquete de reformas en materia de derechos humanos.

<sup>39</sup> Convención sobre Nacionalidad de la Mujer (aprobada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933. México la ratifica el 27 de enero de 1936. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de abril de 1936); Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (aprobada en Nueva York el 20 de diciembre de 1952. Se ratifica el 23 de marzo de 1981. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de abril de 1981); Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, (adoptada en Bogotá el 30 de abril de 1948. Ratificada el 11 de agosto de 1954. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de noviembre de 1954).

<sup>40</sup> Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, vigente desde el 28 de febrero de 1987. México la ratificó el 22 de junio de 1987. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 1 de septiembre de 1998.

<sup>41</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En vigor a partir de 29 de marzo de 1996. Ratificación el 8 de abril de 2002 (contiene una declaración interpretativa y una reserva).

<sup>42</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Se aprobó el 9 de junio de 1994. Ratificada el 12 de noviembre de 1998. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 19 de enero de 1999.

contra las personas con discapacidad.<sup>43</sup> En el marco interamericano, debe también tenerse presente la reciente Carta Democrática Interamericana.<sup>44</sup>

México se convirtió en Parte de la Convención Americana en 1981 y aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte en diciembre de 1998, con una reserva *rationae materiae*: “Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Un sector de la doctrina estima que esta reserva es nula “al ir más allá de las condiciones que limitativamente permite el artículo 62.2 de la Convención Americana”.<sup>45</sup>

El estatuto de la Corte otorga esencialmente dos funciones:

- a) una consultiva, que consiste en la emisión de opiniones que le formulen los estados miembros u órganos de la Organización de los Estados Americanos respecto a la interpretación de la Convención o de otros tratados en lo relativo a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. México ha efectuado dos consultas: sobre el debido proceso legal a nacionales sentenciados a pena de muerte,<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Guatemala el 8 de junio de 1999. Ratificación por México el 26 de abril de 2000.

<sup>44</sup> Todos los textos del sistema interamericano pueden consultarse en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y CARBONELL, Miguel, *Compendio de derechos humanos. Textos. Pronunciamiento y bibliografía*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

<sup>45</sup> CORCUERA C., Santiago, y GUEVARA B., José A., *México ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003, p. 18.

<sup>46</sup> Debe destacarse la importante opinión consultiva formulada por México en 1999, relacionada con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, con motivo del derecho a la información sobre la asistencia consular (OC-16/99). La Corte Interamericana resolvió por mayoría de seis votos contra uno, que “La observancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garan-

y respecto a la condición jurídica y derechos de los migrantes.<sup>47</sup>

- b) de índole contencioso, con motivo de su actividad jurisdiccional, donde emite una sentencia vinculante. Sólo se ha presentado una demanda en contra del estado mexicano en el caso “Alfonso Martín del Campo Dodd”, pendiente de resolución.<sup>48</sup>

A continuación nos referiremos a algunos aspectos relevantes, desde la perspectiva procesal, que describen el proceso de amparo internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- a) LEGITIMACIÓN ACTIVA. Las quejas o denuncias ante la Comisión Interamericana pueden presentarse por cualquier persona, mientras que la legitimación activa en la Corte se reduce, en principio, a la Comisión Interamericana (generalmente) o puede también iniciarse

tías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida ‘arbitrariamente’, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos...”. Sobre el particular, también resulta interesante el caso “Avena y otros nacionales mexicanos”, resuelto por la Corte Internacional de Justicia, respecto a 54 mexicanos sentenciados a pena de muerte en los Estados Unidos de Norteamérica. En general, respecto al debido proceso legal en el sistema interamericano, resulta de utilidad la obra de QUIROGA LEÓN, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Lima, Jurista Editores, 2003.

<sup>47</sup> La Corte Interamericana reconoció expresamente que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre los que se encuentran los de carácter laboral, ya que éstos constituyen un núcleo de derechos fundamentales que no admiten restricciones de ningún tipo. Asimismo estimó que los principios de igualdad jurídica y no discriminación como normas imperativas de derecho internacional general (normas de *ius cogens*) aplicables a todo Estado. Reconoció también que la observancia de estos principios no puede ser subordinada ni condicionada a la consecución de los objetivos de las políticas públicas de los Estados, incluidas las de carácter migratorio (OC-18).

<sup>48</sup> Una vez agotados los recursos internos en México (sentencia de primer y segundo grado, y amparo directo ante un Tribunal Colegiado de Circuito), se presentó denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 1998. El 21 de enero de 2003, ante la falta de cumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado mexicano, la Comisión Interamericana decidió someter el caso a la consideración de la Corte. El gobierno mexicano ha sostenido que la presunta víctima tuvo acceso a todas las instancias judiciales previstas por el sistema jurídico mexicano conforme al debido proceso y que, por tanto, se considera como cosa juzgada.

el proceso por un Estado parte. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de la Corte (2001), después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso (art. 23). Tal vez este sea el primer paso para la legitimación directa de los individuos ante la Corte, como sucedió en el sistema europeo, que a partir de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del protocolo 11 de la Convención de Roma, cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos que alegan ser víctimas tienen legitimación activa ante la Corte de Estrasburgo.

b) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD. La instancia trasnacional no sustituye a la nacional, más bien la complementa. Por lo tanto, se requiere necesariamente agotar los recursos, procesos y procedimientos existentes a nivel interno. Existen excepciones a este principio, cuando a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agorarlos; y c) haya retraso injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos (art. 46 de la Convención).

c) PRINCIPIO PRO HOMINE. Cualquier interpretación que realice la Corte, debe partir de aquella que sea más favorable al ser humano.

d) MEDIDAS PROVISIONALES. La jurisprudencia de la Corte ha entendido por medidas provisionales las que tienen como objeto salvaguardar los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, en casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables de la personal.

Debe precisarse la distinción entre las medidas cautelares, medidas urgentes y medidas provisionales. Las primeras son adoptadas por la Comisión Interamericana; las segundas se adoptan por el Presidente de la Corte; mientras que las provisionales se dictan por el pleno de la Corte. Estas medidas han resultado muy importantes, sobre todo para la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En algunos casos las personas protegidas son testigos

en el caso y en otros se trata de la propia presunta víctima, de sus familiares, de comunidades, etcétera.<sup>49</sup>

Debe destacarse que la Corte ha evolucionado en su jurisprudencia al tutelar a miembros de comunidades en peligro, aun cuando no sea posible individualizar nominalmente a los beneficiarios de forma inmediata, con la condición de que existan datos que permitan en el futuro su precisión (caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartado, Colombia).

e) SISTEMA PROBATORIO. La Corte ha señalado que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y por ello aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba, y la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada presentando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites dados por el respecto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.<sup>50</sup>

f) TIPOS DE REPARACIONES. Similares a las que existen en el derecho interno, existen reparaciones de tipo patrimonial, por daño material y moral. Sin embargo, existen otros tipos de reparación. El actual presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, ha clasificado las distintas reparaciones contenidas en las sentencias de la siguiente forma: a) Garantía actual y futura: se repara la inseguridad o vulnerabilidad resultante de una violación cometida; b) Indemnización: daño material y moral, así como precisión sobre los beneficiarios, integridad de la indemnización y costas procesales; c) Daño al proyecto de vida; d) Medidas de derecho interno: dirigida hacia actos de cualquier autoridad: ejecutivas, legislativas y judiciales; e) Deber de justicia penal: esencialmente, investigación, procesamiento, sanción y ejecución; f) Satisfacciones: de carácter honorí-

<sup>49</sup> Cfr. SEGARES R., Emilia, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas cautelares", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, t. I, pp. 287-357.

<sup>50</sup> Véanse, por ejemplo, los casos Cantoral Benavides (18-agosto-2000) y Durand y Ugarde (16-agosto-2000). En general, sobre el sistema de pruebas, resulta útil el estudio de FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."

fico; y g) Otras medidas, como la disposición de beneficios sociales que pudieran alcanzar a las víctimas y a otros sujetos.<sup>51</sup>

g) CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS. Las resoluciones que dicta la Corte son vinculantes al tratarse de una auténtica jurisdicción, a diferencia de las recomendaciones que emite la Comisión.<sup>52</sup>

h) JURISPRUDENCIA. En términos del artículo 38.1. d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es fuente de derecho internacional. La propia Corte Interamericana ha estimado que “la jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debe analizarse en sus especificidades”.

## VII. NECESIDAD DE UN SISTEMA INTEGRAL

La tendencia de nuestro actual momento histórico en materia de protección de los derechos humanos es la ampliación de los mecanismos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales de protección. Así lo demuestran las últimas reformas que en este rubro han venido incrustándose en los sistemas jurídicos nacional y locales de las entidades federativas, como respuesta inmediata a la insuficiencia del ámbito protector ofrecido por el tradicional juicio de amparo federal.

Bajo esta orientación, actualmente existen en el tintero de la discusión legislativa diversas propuestas, dentro de la que se inscribe, por ejemplo, la iniciativa de reforma constitucional del Ejecutivo federal en materia de derechos humanos que presentó el pasado 26 de abril de 2004, en la que entre otras proposiciones se reconoce de manera expresa a los derechos humanos (art. 1o.); se prohíbe, también en forma expresa, la aplicación de la pena de muerte —que en la Constitución vigente se prevé para ciertos supuestos— (art. 22); y

<sup>51</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1118-1144, en p. 1143.

<sup>52</sup> Las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana, sin embargo, tienen una fuerza moral importante e incluso de implicaciones jurídicas, si se tiene en cuenta que el interés de un Estado puede afectarse, de manera directa o indirectamente, por una interpretación contenida en este tipo de opiniones.

se amplía la legislación procesal activa para promover acciones de inconstitucionalidad al Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para impugnar tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, leyes federales o locales que vulneren derechos humanos, y a los titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de cada una de las entidades federativas para combatir leyes locales que vulneren esos derechos (art. 105, frac. II). Asimismo, desde algunos foros académicos se ha considerado que dicha legitimación debe extenderse, inclusive, a particulares, creando una acción popular de inconstitucionalidad, como ocurre en otros países, al considerarse vulnerado algún derecho humano.

Otro de los temas pendientes en materia de interpretación constitucional de los derechos humanos se refiere a la jerarquía de los tratados internacionales en los que éstos se contengan. La jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte de Justicia al artículo 133 constitucional establecía que los tratados mantenían la misma jerarquía normativa que las leyes federales. En 1999 una tesis aislada de la Corte, que no ha estado exenta de críticas en la doctrina, adopta una dirección distinta al establecer la supremacía de los tratados sobre las leyes federales, pero ubicados todavía por debajo de la Constitución.<sup>53</sup> El siguiente paso deseable en esta materia es el reconocimiento a nivel constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados debidamente reconocidos por el Estado mexicano, es decir, incorporar lo que en otros países se conoce como “bloque de constitucionalidad”. También resulta interesante y oportuno empezar a reflexionar acerca de la incorporación en nuestro sistema del

<sup>53</sup> Resultan útiles los trabajos de COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La nueva jerarquía de los tratados internacionales”, en *Este País. Tendencias y opiniones*, México, núm. 107, febrero de 2000, pp. 34 y ss.; DEL TORO HUERTA, Mauricio, “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales (nuevos criterios jurisprudenciales)”, en *Lex*, México, tercera época, año VI, núm. 62, agosto de 2000, pp. 58 y ss.; y CARPIZO, Jorge, y BECERRA, Manuel, “Jerarquía de los tratados internacionales. Se encuentra por debajo de la Constitución y por encima del derecho federal y local”, en *Iudicium et Vita*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, edición especial, t. II, San José, diciembre de 2000, núm. 7; AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, A. C., 2003.

*control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales*, es decir, la posibilidad de juzgar sobre su constitucionalidad con anterioridad a su incorporación al derecho interno.<sup>54</sup>

Bajo la panorámica actual, debe diseñarse un sistema integral de protección, de manera tal que exista una debida articulación entre el “amparo local” el “amparo federal” y el “amparo internacional” que empieza a dibujarse con los instrumentos supranacionales. Muchas de estas premisas riñen con los principios que durante más de ciento cincuenta años han regido al juicio de amparo mexicano. En este contexto, es muy plausible la preocupación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al haber emitido, en agosto de 2003, la convocatoria a la *Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano* (que terminará en agosto de 2004), de la que se esperan los frutos que habrán de definir en el futuro inmediato, como lo dice la propia invitación desde un punto de vista “integral” y “coherente”, las líneas maestras del sistema jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos en nuestro país.

En el momento en que el Estado mexicano reconociera la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos inició la transición del amparo nacional al amparo internacional. La aceptación de esta jurisdicción trasnacional “traduce fielmente una convicción político-jurídica y constituye la culminación, por ahora, del sistema de protección de los derechos humanos, con su doble vertiente contemporánea: nacional e internacional”.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, pról. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2002, p. 134.

<sup>55</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-47, en p. 14.

# LA CRISIS BANCARIA MEXICANA, EL FOBAPROA Y EL IPAB<sup>1</sup>

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *La crisis bancaria y las medidas adoptadas por el gobierno federal para encararla*. 1. *Financiamiento para liquidez en dólares*. 2. *Programa de capitalización temporal (PROCAPTE)*. 3. *Programa de apoyo a deudores*. 4. *Reestructuración de créditos en unidades de inversión*. 5. *Programa complementario de apoyo para créditos hipotecarios*. 6. *Programa de apoyo al sector agropecuario y pesquero (FINAPE)*. 7. *Programa de apoyo a la micro, pequeña y mediana empresa (FOPYME)*. 8. *Acuerdo de apoyo crediticio a estados y municipios*. IV. *El desfalco: orígenes, montos aproximados y algunas de sus consecuencias*. V. *Programa de fortalecimiento de la capitalización y compra de cartera*. VI. *FOBAPROA: el abuso de la ley*. VII. *La naturaleza jurídica del FOBAPROA*. 1. *Concepto de fideicomiso público*. 2. *Sujetos*. 3. *Conclusiones de la naturaleza jurídica del FOBAPROA*. VIII. *El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario*.

## I. INTRODUCCIÓN

La economía mexicana atravesaba por uno de los momentos más dramáticos de su historia reciente. El problema suscitado con motivo del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA), representa el costo más caro de la crisis bancaria manifestada desde 1995. Ésta ha implicado la canalización de cuantiosos recursos fiscales,

que impactarán de manera muy significativa las finanzas públicas y obligará a realizar erogaciones crecientes para cubrir las altas tasas de interés que devengan los pagarés emitidos para el saneamiento y capitalización del sistema bancario nacional. Estos costos tendrán que cubrirse a costa de los reajustes presupuestales, de readecuaciones de la base y tasa impositiva, y de alzas de precios y tarifas de los bienes y servicios públicos, así como de mayor emisión de deuda, todo lo cual, al margen de duda, afectará la actividad económica nacional y el poder adquisitivo de las grandes mayorías del país.

Tal situación pone de relieve el lastre de las crisis económicas recurrentes que han caracterizado la vida económica mexicana de las últimas dos décadas, durante las cuales las políticas instrumentadas, en lugar de erradicar dichas crisis, las vuelven cada vez más frecuentes y agudas, con altos costos para la planta productiva, el sector bancario, y muy en especial para los asalariados y desempleados, disminuyendo a su vez el control de los nacionales en las diferentes áreas económicas y en la determinación de las políticas para que éstas respondan a las demandas de la población.<sup>2</sup>

## II. ANTECEDENTES

En noviembre de 1986, el gobierno federal, a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto y el Banco de México, con la comparecencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, celebraron un acuerdo por el cual el Banco de México constituyó un fideicomiso denominado Fondo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple, con el fin de apoyar la estabilidad financiera de éstas y evitar que los problemas que enfrentaran resultasen en perjuicio del pago oportuno de los créditos a su cargo.

El patrimonio del fideicomiso estaba constituido, de acuerdo con la fracción III del art. 77 de la Ley del Servicio Público de Banca y Crédito, con las aportaciones ordinarias y extraordinarias que hicieran las instituciones de banca múltiple. Se especificaba además: "En ningún caso el patrimonio del fideicomiso podrá incrementarse con aportaciones que realice el gobierno federal con cargo al Presupues-

to de Egresos de la Federación". Dicho fondo, en lo que interesa, estaba autorizado para:

- Otorgar financiamientos a las instituciones por medio de depósitos, créditos o préstamos.
- Adquirir obligaciones subordinadas emitidas por las instituciones.
- Adquirir certificados de aportación patrimonial de la serie "b".
- Adquirir créditos, valores y activos de las instituciones.
- Realizar aportaciones no recuperables para cubrir desequilibrios financieros de las instituciones, cuando ello fuera estrictamente necesario.

Luego, el 18 de julio de 1990, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley de Instituciones de Crédito, la cual establecía en su art. 122: "Las instituciones de banca múltiple deberán participar en el mecanismo preventivo y de protección al ahorro, denominado Fondo Bancario de Protección al Ahorro, cuya finalidad será la realización de operaciones preventivas tendientes a evitar problemas financieros que pudieran presentar dichas instituciones a cargo de las mismas, objeto de la protección del fondo". En dicho precepto se disponía que el Banco de México era el fiduciario del FOBAPROA y que "el patrimonio del fondo se integra con: aportaciones ordinarias y extraordinarias que hagan las entidades financieras... y con los recursos provenientes de financiamientos obtenidos por el fondo", por lo que, de manera diversa a lo que ocurría con la Ley Reglamentaria del Servicio Público de 1985, se abría la posibilidad de que el gobierno financiara dicho fondo. Es pertinente destacar que el numeral en mención precisaba que para que las entidades financieras pudieran recibir apoyos preventivos, debería garantizarse previamente su pago puntual y oportuno.

El 28 de noviembre de 1994, el gobierno federal, a través de la Secretaría de Hacienda y el Banco de México, este último en su carácter de fiduciario, suscribieron el instrumento (fideicomiso) que contemplaba las estipulaciones relativas al acuerdo que operaría el FOBAPROA. En su cláusula tercera se especificaron las operaciones a realizar por este último, las cuales se amplían con respecto a las decretadas en 1986 para el ya citado Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple, a saber:

<sup>2</sup> GUZMÁN HOLGUÍN, Rogelio, p. 60.

- Otorgar financiamiento a las instituciones o sociedades controladoras de éstas, mediante préstamos, aperturas de créditos simples o en cuenta corriente o mediante cualquier operación prevista por la legislación mercantil.
- Adquirir acciones de obligaciones subordinadas o instituciones de deuda emitidas por las instituciones o por las sociedades controladoras de éstas y, en general, adquirir bienes o derechos de propiedad de las instituciones, con el propósito de proveer a su mejoramiento financiero.
- Suscribir títulos de crédito, otorgar avales y asumir obligaciones en beneficio de las instituciones.
- Participar en el capital social o en el patrimonio de las sociedades relacionadas con las operaciones del fondo.

Las atribuciones dadas al FOBAPROA de otorgar financiamientos y de suscribir títulos de crédito respondían a los problemas financieros que enfrentaba y había de enfrentar la banca mexicana y, por otra parte, lo facultaban para actuar como garante de última instancia, función que en realidad corresponde al Banco de México.

Por reforma a la Ley de Instituciones de Crédito, realizada el 3 de mayo de 1996, se añadió a su artículo 122: "La constitución del fideicomiso por el gobierno federal no le dará el carácter de entidad de la administración federal y, por lo tanto, no estará sujeto a las disposiciones aplicables a dichas entidades". Por lo que se dio al FOBAPROA el carácter de una institución no sujeta a la fiscalización del Congreso de la Unión, con posibilidad de actuar como ente autónomo donde su Consejo Técnico actuaría con amplias facultades en las operaciones inherentes al fondo de la cuestión.<sup>3</sup>

### III. LA CRISIS BANCARIA Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO FEDERAL PARA ENCARARLA

La Banca mexicana ha tenido que enfrentar problemas crecientes de insolvencia e irregularidades administrativas y fraudulentas. Entre los múltiples factores que generaron la crisis manifestada en 1995,

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 60-62.

destacan la casi absoluta liberalización financiera, la privatización de los bancos adjudicándolos, en algunos casos, a auténticos especuladores y la desmedida expansión crediticia provocada por las ilimitadas garantías gubernamentales. Para hacer frente a esta situación, el gobierno diseñó, mediante el FOBAPROA, programas para la capitalización y salvamento de los bancos, debido a que ello comprometería a los ahorros y depósitos del sistema bancario. Dichos programas fueron los que a continuación se mencionan y se describen.

#### 1. Financiamiento para liquidez en dólares

La devaluación encareció significativamente los costos de la deuda externa a la que habían recurrido los bancos para expandir los créditos internamente, por lo que se complicó su situación financiera, además de los problemas de insolvencia que enfrentaban. Ante la incapacidad de la Banca de recurrir al mercado de capitales internacionales para allegarse recursos y hacer frente a las obligaciones en dólares, el gobierno tuvo que intervenir a través del FOBAPROA para facilitarles créditos en dólares a los bancos, de manera que estuviesen en posibilidades de cubrir sus adeudos. El propósito de este programa era generar confianza y solvencia para frenar la salida de capitales, que se había generado a raíz de la crisis; de ahí que se le otorgaron créditos de los que se trata a 17 bancos comerciales. De hecho, el gobierno entró al rescate de aquellos bancos que habían especulado con dólares para prestar internamente a mayores tasas de interés.

#### 2. Programa de capitalización temporal (PROCAPTE)

Las pérdidas sufridas por los bancos ante la crisis y los malos manejos debilitaron fuertemente sus niveles de capitalización y los colocó en una situación de alto riesgo e insolvencia respecto a la magnitud de las obligaciones a su cargo.

Si bien la Banca puede prestar hasta doce veces su capital, como lo señalan las autoridades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ello es posible sólo en contextos de crecimiento, con fuertes efectos multiplicadores internos sobre el ingreso de las personas y de las empresas y, por tanto, de generación de capacidad de pago

para asegurar el reembolso de tales créditos. Pero esto no acontecía en la economía mexicana en el periodo en que se dio la expansión crediticia, por lo que se comprometió la estabilidad de la Banca, así como el capital invertido en ella.

Ante la incapacidad de la política económica predominante para asegurar el reembolso de los créditos y los niveles de capitalización para su normal funcionamiento, y la mala operación de dicho sector, el gobierno tuvo que intervenir y canalizar recursos a la Banca, vía emisión de pagarés, para que ésta asegurara los niveles de capitalización que el proceso de liberalización y desregulación financiera no podía garantizar.

Además de los pagarés dirigidos a la capitalización bancaria, se procedió a facilitar el mayor flujo de inversiones a dicho sector. Así, en 1995 se modificó la legislación bancaria para permitir que inversionistas extranjeros y nacionales pudieran tener mayor participación individual en el control de la Banca. Ante la incapacidad de los nacionales para capitalizarla se recurrió a una reforma constitucional para ampliar la apertura a la inversión extranjera a fin de capitalizar la Banca nacional.

### 3. Programa de apoyo a deudores

Se estableció en septiembre de 1995, con el propósito de aligerar el impacto que el incremento de las tasas de interés tuvo sobre la carga del servicio de la deuda y para evitar la propagación de la cultura del no pago. Comprendía reducciones de las tasas activas nominales aplicables a las deudas de tarjeta de crédito, créditos al consumo, empresariales, agropecuarios y para la adquisición de vivienda. Incluía subsidio para las tasas activas con duración de un año, el cual se aplicó de septiembre de 1995 al mismo mes de 1996. Además contemplaba esquemas de reestructuración de la cartera, así como la condonación de intereses moratorios, topes a los pagos por pasivos reestructurados y la no exigibilidad de garantías adicionales, tratándose de empresas cuyos adeudos no fueran superiores a 400,000 pesos.

Los beneficiarios del Programa fueron los usuarios de las tarjetas de crédito con montos de hasta \$5,000; los créditos al consumo y personales, hasta por \$30,000; créditos a empresas hasta por \$200,000;

todos ellos, subsidios aplicables por un año. En cuanto a los adeudos por créditos para la adquisición de vivienda, a los primeros \$200,000 se les aplicó una tasa de interés real del 6.5% el primer año y del 8.75% real los siguientes años, a partir de los doce meses siguientes a la reestructuración.

Los beneficios del programa eran extensivos a los deudores que estaban al corriente en sus pagos, así como a los acreditados morosos que firmaran una carta de intención en la que manifestaran al banco la intención de negociar y llevar a cabo una reestructuración de su deuda en Unidades de Inversión (UDI'S), lo que implicaba aceptar la indización de su deuda a la inflación, más una tasa de interés de 7 y hasta 8 puntos, con lo cual la deuda pasaba a crecer en mayor proporción que los ingresos de los deudores. De acuerdo con lo dicho, los que se acogieron a este programa para supuestamente aligerar la carga de la deuda, efectivamente comenzaron a pagar sólo la parte de interés por encima de la inflación, y la parte de inflación se acumuló al capital originario para ir capitalizándose, por lo que terminaba incrementándose en forma exponencial el monto de la deuda y alargando el plazo de pago. Éste también se prolongó a partir de la reestructuración, pues la misma demanda implicaba reconocer la mayor deuda fijada por la Banca, la que incorporaba la capitalización de intereses.

Los supuestos beneficios en el corto plazo al deudor, en el sentido de que se aligeraba la carga financiera, para no disminuir drásticamente su consumo o el capital de trabajo en las empresas, condenaban por muchos años a seguir pagando, igual que a aquéllos que entraban como aval en la reestructuración del adeudo, como responsables del pago relativo.

El valor de los adeudos reestructurados al amparo del ADE asciende a 250,214 millones de pesos. Aunque el programa se enfocó a fijar un límite máximo a las tasas activas aplicables a los acreditados sobre montos limitados de sus créditos, para apoyar a los deudores de menores recursos. El problema es que la tasa de interés es en términos reales. Y en el momento en que los ingresos que perciben la mayoría de los acreditados no crecen por arriba de la inflación, la amenaza de insolvencia sigue latente. Para asegurar la funcionalidad del programa, éste tendría que ir acompañado de una política de ingresos que mejorara el poder de pago de los acreditados.

Si bien el nivel de cartera vencida se estabilizó como resultado de las reestructuraciones realizadas en 1995 y 1996, el problema creció de nuevo en 1997 ante la falta de crecimiento de los ingresos y de la capacidad de pago; lo que puso en evidencia lo limitado del ADE, por no encarar el problema de raíz: la incapacidad de las políticas predominantes de frenar el crecimiento de la tasa de interés y de generar condiciones de pago.

La cartera vencida no es un problema de cultura de no pago, que obligue a establecer programas de quitas y de reestructuraciones de la deuda para que los acreditados paguen; no se paga porque no hay circulante, porque no hay liquidez, porque no hay ingreso suficiente que permita cumplir el pago de los adeudos. Y menos se pagará si el costo de la deuda crece en mayor proporción que el ingreso. Si en realidad se quiere ayudar a los deudores, se tendrían que eliminar las UDI's como base del cálculo de la tasa de interés. No se puede permitir que el costo de la deuda se incremente más que el crecimiento de la inflación y del ingreso de los deudores. Tienen que instrumentarse políticas que incrementen los ingresos de las empresas e individuos para que tengan capacidad de pago. De mantenerse las UDI's y de no aumentar el ingreso real, persistirá el problema de carteras vencidas, con la consecuente inestabilidad del sistema bancario.<sup>4</sup>

#### 4. Reestructuración de créditos en unidades de inversión

Todo banquero y acreedor teme que el crédito que otorga se desvalore con la inflación, debido a que en tal caso perderá. De ahí que el gobierno haya diseñado el programa de referencia para evitar que la inflación disminuya el valor real del principal de la deuda y afecte a la Banca. El valor diario de la UDI refleja el crecimiento de precios, por ello el valor de los créditos denominados en UDI's permanece constante en términos reales, tanto el principal, como los accesorios, por lo que actúa en beneficio del acreditante, debido a que la inflación no le quita valor al crédito concedido. En cambio, la deuda para el acreditado crece en forma exponencial al estar indizada a la inflación más una tasa de interés positiva, por lo que tiene que alargar los

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 62-66.

plazos de pago de la deuda, la cual pasa a ser incobrable debido a que los ingresos de la mayoría de los deudores crecen en menor proporción que el costo de sus adeudos.

El gobierno dice: "Mediante la denominación de los créditos en unidades de cuenta de valor real constante, las UDI's eliminan la amortización acelerada de los créditos causada por la inflación, aliviando la carga del servicio de la deuda. En estos acuerdos, el acreditado se beneficia tanto de la extensión del plazo del crédito como de una tasa de interés real en general inferior a la del mercado y predefinida a lo largo de la vida de su adeudo". La carga del servicio de la deuda se alivia, simplemente porque se alargó el plazo, pero el valor real del monto de la deuda y la suma del valor real del pago de intereses son mayores, debido a que se indizan a la inflación más una tasa positiva. Y si a esto se suma el hecho de que ningún programa de rescate a deudores contempla que los ingresos reales de éstos crezcan, menos posibilidades tienen aún para asegurar el cumplimiento puntual de sus pagos.

Los créditos reestructurados en UDI's tienen vencimiento de largo plazo, por lo que el costo fiscal de dicho programa se extiende a lo largo de un periodo de 30 años. En el programa de reestructuración de la cartera bancaria en UDI's se encuentran programas para la planta productiva, la vivienda y los gobiernos de los estados y de los municipios.

Si bien las UDI's son una valiosa herramienta para promover el ahorro, debido a que protegen el valor real frente a la inflación, los recursos invertidos en depósitos bancarios, bonos u otros instrumentos denominados en estas unidades, el problema es que llevan a la deuda a un crecimiento exponencial, en mayor proporción que los ingresos y la capacidad de pago, por lo que aumentan el problema de la insolvencia e inestabilidad bancaria.

Diferente es el caso cuando el ingreso crece igual o por arriba de la inflación y la tasa de interés.

Con las UDI's nunca se desvalorizará la deuda, por lo que el pago de ésta se torna más difícil. En la historia de las crisis de la deuda, se observa que se ha salido de ella a través de la desvalorización de la misma; es decir, que la inflación crece más que la tasa de interés y la deuda no se indiza a la inflación, lo que lleva a que el monto de la deuda y el pago de la misma disminuyan en términos

reales, lo que permite a los deudores cubrir sus deudas depreciadas. De tal forma, se sale de la crisis a costa de que los acreedores asuman la pérdida, pero los mismos se recuperan una vez que se reactiva la economía.

### **5. Programa complementario de apoyo para créditos hipotecarios**

Este programa se estableció en mayo de 1996 para apoyar a los deudores hipotecarios, debido a la carga creciente que representaba el pago mensual de la hipoteca en relación con sus ingresos, y también por el hecho de que la crisis había desvalorizado el precio de las fincas, por lo que el valor de las hipotecas estaba por debajo del monto de la deuda, debido a que la misma está denominada en UDI's. Incorporó esquemas de descuento para los primeros diez años, y las primeras 500,000 UDI's (equivalentes en ese entonces a un millón de pesos) del saldo del adeudo. Estableció descuentos del 10% cuando se realizaran pagos oportunos y anticipados antes del 31 de mayo de 1999, siendo estos descuentos cubiertos por el gobierno.

Los descuentos contemplados por este programa parten del supuesto de que 10 años después, los deudores habrán mejorado su nivel de ingreso y de pago para cubrir el resto de las mensualidades por los 20 años siguientes. Sin embargo, nada apunta a que vaya a ser así, pues no se están instrumentando políticas y estrategias de desarrollo dirigidas a asegurar la capacidad futura de pago.

Dicho programa incluye un esquema de arrendamiento, con opción de recompra para aquellos deudores que no puedan dar servicio a sus créditos hipotecarios, aun si fueren estructurados, da la casa al banco, éste se la arrienda y el cliente la recompra hasta que tenga capacidad para ello, y de no hacerlo, pierde lo invertido. Dicha postura, en lugar de ser un programa de apoyo a los deudores, se convirtió en una burla, puesto que el que no tiene capacidad de pago, pierde. A pesar de esto último, a fines de 1998 el 84.3% de la totalidad de los créditos hipotecarios se habían adherido al programa.

Hay bancos que tienen o tenían miles de fincas que les han sido devueltas por los deudores ante la incapacidad de pago y no pueden rentarlas, ni venderlas; y por el contrario, están enfrentando problemas de invasiones, de deterioro y de desvalorización. Esto refleja

que las medidas en mención, en lugar de favorecer a las instituciones crediticias, a la larga terminaron afectándolas más. Es preferible que se llegue a mejores acuerdos entre el deudor y la Banca para que el deudor siga en su casa, asegure el mantenimiento de la misma y, por tanto, permita preservar su valor, que adoptar posiciones en donde finalmente las dos partes pierden. Lo anterior evidencia, una vez más, que para apoyar a los deudores y en consecuencia a la Banca, se tiene que mejorar el ingreso de los primeros y su capacidad de pago, y la segunda tiene que aceptar la desvalorización de la deuda, para que ésta se pueda cubrir.

### **6. Programa de apoyo al sector agropecuario y pesquero (FINAPE)**

En este programa se establecieron descuentos a los adeudos agropecuarios y pesqueros, que van desde el 40% para adeudos de hasta 500,000 pesos, y del 16% para deudas que oscilan entre dos y cuatro millones de pesos. La vigencia del programa es de 10 años y los beneficiarios serán aquellos deudores que estén al corriente en sus pagos.

El problema de las quitas y descuentos al monto de las deudas es que éstas, convertidas a UDI's, han crecido en grandes múltiplos, por lo que los descuentos no representan gran ayuda. En efecto, prácticamente en nada favorece al deudor, para aminorar la carga de su deuda, un descuento del 40%, frente a una deuda que se ha multiplicado cinco veces debido a las altas tasas de interés y la capitalización de la misma. Este programa, como los ya enunciados, no resuelven de raíz el problema. Mientras los agricultores y pescadores no vean mejorados sus ingresos, y en tanto no se elimine en este sector la capitalización de intereses, los programas de descuentos no resolverán los problemas de la cartera vencida en el sector.

En este programa, como en otros, el gobierno asume la mayor proporción del costo del descuento, bajo la condición de que la Banca otorgue nuevos créditos al sector agropecuario y pesquero. El problema radica en el seguimiento y el cumplimiento de los acuerdos, pues el número de créditos bancarios, al menos en el sector de referencia, sigue cayendo en términos reales, no obstante los cuantiosos costos asumidos por el gobierno federal en los diferentes programas de apoyo a deudores y de capitalización y saneamiento de los bancos.

### 7. Programa de apoyo a la micro, pequeña y mediana empresa (FOPYME)

Otorga apoyos de hasta 6 millones de pesos a adeudos empresariales que se tengan con la banca múltiple, con la banca de desarrollo, con los fideicomisos de fomento económico, con las uniones de crédito, con las arrendadoras financieras y con las empresas de factoraje financiero.

Los descuentos que comprende el programa son del 30% para los adeudos hasta medio millón de pesos; del 17% para los adeudos de entre medio millón y dos millones, y del 20%, a los que van de dos a seis millones de pesos. Al igual que el programa anterior, éste tiene una vigencia de diez años a partir del 1 de noviembre de 1996, y sólo beneficia a aquellos empresarios que están al corriente en sus pagos y reestructuren sus adeudos en UDI's.

Si bien los descuentos de capital y las disminuciones de las tasas de interés contempladas en los programas de apoyo a deudores son muy importantes, por desgracia son paliativos que no van con la solución del problema. Si hay deudores que están al corriente de sus pagos, es porque tienen mejor capacidad productiva y competitiva que el resto que no puede mantener su producción y su generación de ingreso. De ahí que los programas deban ser integrales, en el sentido de asegurar el crecimiento del mercado, para mejorar así el poder de pago de los deudores.

Ningún programa contempla políticas dirigidas a mejorar eficazmente las condiciones de ingreso de los deudores para asegurar realmente el reembolso de los adeudos.

También en este programa los costos que implica son absorbidos por la Banca y el gobierno, bajo compromisos de que la primera otorgase créditos adicionales hasta por 13,000 millones de pesos a fin de impulsar a las micro, pequeñas y medianas empresas. Pero, como es del conocimiento público, la Banca casi no está otorgando créditos de este tipo, por lo que, una vez más, resulta la más favorecida por el programa de rescate, a costa de incrementar la deuda pública.

### 8. Acuerdo de apoyo crediticio a estados y municipios

En el primer semestre de 1997, los estados y municipios recibieron apoyos crediticios del gobierno federal, ante el impacto que la tasa

de interés estaba ejerciendo sobre los adeudos ya reestructurados denominados en UDI's. En el acuerdo establecido, los deudores pasaron a tener la opción de ampliar el plazo hasta por 12 años adicionales.

Las modalidades que se les ofrecieron fueron que los créditos ya reestructurados a ocho años, con dos años como máximo de periodo de gracia, podrían reestructurarse a un plazo de 18 años sin plazo de gracia, o bien que los créditos reestructurados a cinco años, sin plazo de gracia, podrían reestructurarse a un plazo de 15 años, sin plazo de gracia.

Nuevamente, ante los permanentes problemas de incapacidad de pago, la lógica de postergar los problemas comenzó a operar en las deudas de los estados y municipios. Para que su deuda no originase crisis fiscales en ellos, el gobierno federal les alargó los plazos de pago, y mientras tanto él asumió el costo correspondiente de dicho proceso, y trasladó pagarés a la banca acreedora. Es, por tanto, la deuda pública la que aligeró los problemas de la deuda de estados y municipios. Se encararon los problemas de deuda estatal y municipal, para aligerar la gestión de tales entidades, a costa de trasladar el problema a mayor deuda pública, lo cual terminaría en recortes presupuestales que se revirtieron contra los mismos estados y municipios.<sup>5</sup>

### IV. EL DESFALCO: ORÍGENES, MONTOS APROXIMADOS Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS

El rompecabezas de las carteras vencidas comenzó en 1993-1994, como resultado de la acumulación de capital en el contexto de la liberalización económica, comercial y financiera, y de la política de saneamiento fiscal y apreciación de la moneda nacional que la acompañó. Tal situación, junto a los malos manejos realizados en algunas instituciones bancarias, afectó los niveles de capitalización y estabilidad de los bancos. Ello obligó al gobierno a intervenir ciertos bancos; antes de la crisis de diciembre, Banca Cremi y Banca Unión habían sido intervenidos por los problemas que enfrentaron a partir

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 67-73.

de los malos manejos de sus administraciones. Banpaís y Banco de Oriente enfrentaban problemas y se encontraban bajo programas de supervisión.

En 1995, seis instituciones (Banpaís, Banco Obrero, Banco de Oriente, Banco del Centro, Banco Interestatal y Banca Inverlat) fueron intervenidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y algunas de ellas recibieron apoyos del FOBAPROA. También en dicho año recibieron créditos de este último Banca Unión y Banca Cremi.

Banca Cremi, Banca Unión, Banpaís y Banca Confía, en conjunto, otorgaron 263 de los 604 megacréditos superiores a 50 millones de pesos concedidos por la Banca mexicana. Dichos créditos representan el 40% de los montos más cuantiosos que fueron a parar al FOBAPROA, lo cual es superior a los 15,000 millones de dólares.

Al estar en bancarrota algunas instituciones crediticias, tanto por los ilícitos cometidos, como por los problemas de insolvencia, los derechos de recuperación de tales créditos pasaron al FOBAPROA a cambio de pagarés gubernamentales que serían pagados con deuda pública. Las instituciones bancarias que no tenían viabilidad de proseguir fueron liquidadas y otras se sanearon y reestructuraron para ser fusionadas con bancos con una mejor posición financiera.

Todos los bancos tuvieron que recurrir al FOBAPROA, pero bajo diferente modalidad. Hasta el primer semestre de 1998, el gobierno había intervenido y asumido el control y transferido a otros inversionistas un total de 17 instituciones de crédito, que incluían a más de la mitad de las que habían sido privatizadas en 1991 y 1992, para sortear los problemas financieros en que cayeron.

Esto pone en evidencia la gravedad de la crisis bancaria y la incapacidad de la gran mayoría de los dueños para mantenerse en el mercado. Algunos perdieron, y otros prefirieron vender o recibir el rescate del gobierno, y con tales recursos comprar o especular en otros sectores.

Los bancos intervenidos que no tenían posibilidad de continuar fueron puestos en liquidación, y el gobierno adquirió la cartera de éstos, aumentando así los pasivos del FOBAPROA.

#### V. PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA CAPITALIZACIÓN Y COMPRA DE CARTERA

El gobierno, a través del FOBAPROA, procedió a apoyar la capitalización de las instituciones bancarias, mediante la compra de derechos sobre cartera vencida en poder de los bancos con problemas, a cambio de que los inversionistas de aquéllos que podían continuar operando inyectaran también capital o buscaran nuevos socios. Por el capital fresco que los accionistas aportaban, el gobierno compraba derechos sobre recuperación de créditos (cartera vencida) con bonos emitidos por el FOBAPROA, por un monto que duplicaba el monto de lo aportado por los accionistas. Esta fue una gran oportunidad de los banqueros para ganar con el programa, pues a cambio de un peso de ellos, recibían dos del gobierno, y pasaban a este último la cartera mala que no tenía garantía o estaba por debajo del valor del crédito otorgado y en gran medida incobrable, a cambio de pagarés del gobierno de alta rentabilidad.

El gobierno proporcionó, a través del FOBAPROA, los recursos suficientes para que los bancos con problemas saldaran sus cuentas. Tales recursos son pagarés gubernamentales a 10 años con rendimiento de CETES más dos puntos, en los primeros tres años, y de CETES menos 1.35 en los siete años restantes, los cuales se han convertido en activo de la Banca.

La tasa de interés de los pagarés de FOBAPROA es capitalizable cada tres meses, teniendo que pagarse el capital y los intereses a la fecha de su vencimiento. El banco recibe periódicamente el diferencial entre la inflación y el rendimiento anual del pagaré. De tal forma, la Banca gana el rendimiento de los pagarés gubernamentales que entraron al rescate de la cartera vencida y la derivada de prácticas ilícitas y fraudulentas de algunos banqueros que de haberla asumido hubiera significado grandes pérdidas para ellos, pero que gracias a la intervención gubernamental, se tradujo en la posesión de pagarés de alta rentabilidad.

En 1995 doce bancos se acogieron a dicho programa y se efectuaron ventas de cartera por 67,122 millones de pesos al gobierno. Al cierre de 1996 el valor de la cartera adquirida por dicho fideicomiso se duplicó respecto al año anterior, pues pasó a 141.9 mil millones

de pesos y llevó a que el capital de la Banca se incrementase en cerca de 158% con respecto al nivel de diciembre de 1994.

En diciembre de 1997, el valor de las obligaciones del FOBAPROA que se entregaron como contraprestación de la cartera, por el programa de capitalización permanente como por otras compras especiales, casi se duplicó respecto al año anterior, y ascendió a 272.4 mil millones de pesos, lo que refleja por un lado, la gran necesidad de capitalización requerida por los bancos, como la gran oferta que ofrecía el FOBAPROA en comprar cartera vencida, a dos veces el valor de lo que invertían los accionistas.

En las instituciones que tenían coeficiente de capitalización (capital/activos) por debajo de los establecidos como normales, el FOBAPROA apoyó su capitalización y saneamiento a cambio de adquirir, en algunos bancos, instrumentos representativos de deuda subordinada emitidos por bancos comerciales, así como participación accionaria. Aquellos bancos que no pagaron, o que no tenían perspectiva de hacerlo, perdieron su inversión, lo que llevó al FOBAPROA a buscar nuevos accionistas.

El gobierno intervino aquellos bancos (el caso de Banca Unión y de Cremi), donde sus accionistas mostraron incapacidad de capitalización y hacer frente a sus obligaciones.

La LIC señalaba que cuando el patrimonio de los bancos no fuera suficiente para encarar las obligaciones, se afectarían las acciones (en ese entonces) A o F, las cuales daban derecho de control sobre el manejo de la institución bancaria. El FOBAPROA procedió en algunos casos a la adquisición de tal tipo de acciones, y en otros casos no se aplicó la legislación, siguiendo los banqueros con sus acciones y disponiendo además de los pagarés del FOBAPROA.

De diciembre de 1994 a fines de junio de 1996 el nivel de capitalización de los doce bancos privados no intervenidos, o cuyo capital mayoritario fue transferido al FOBAPROA, pasó de 8 a 13.8%, lo cual, según se señalaba, mejoraría las posibilidades para otorgar nuevo financiamiento. La verdad es que esto no aconteció.

A cambio de los pagarés transferidos a la Banca, el FOBAPROA asumió derechos sobre la cartera mala de los bancos intervenidos que tenían capacidad de seguir operando, para sanearlos y venderlos a bajo costo al resto de la Banca nacional que aún tenía poder de compra, y a la Banca extranjera, para que ésta no asumiera riesgo alguno en su

participación en el mercado nacional. Ciertos banqueros aprovecharon el apoyo de FOBAPROA para transferir a cambio de los pagarés, la deuda interbancaria vendida en que ellos habían incurrido para comprar la Banca, lo que significó para ellos, por tanto, un gran negocio. Así los pasivos del FOBAPROA se incrementaron como resultado del rescate generalizado de todo tipo de cartera y de Banca.

Esto mejoró la solvencia de la cartera con que se quedó la Banca y sus niveles de capitalización, con lo cual, en marzo de 1998 contaba con un capital de 122 mil millones de pesos, que es cuatro veces mayor al capital que los bancos tenían al inicio de la crisis.

El gobierno afirma que los pagarés del FOBAPROA fueron tan importantes en el activo de los bancos, que sin éstos, estarían en quiebra. Los pagarés entregados por el FOBAPROA a los bancos como pago por la compra de cartera equivalen al 30% de los activos del sistema bancario y representan un monto cuatro veces superior al tamaño de su capital. Pero ello se ha alcanzado a costa de aumentar el costo fiscal, que será difícil de disminuir por la baja recuperación que ha habido de los activos que pasaron a poder del FOBAPROA.

No obstante las políticas de apoyo, de saneamiento y capitalización instrumentadas a favor de la Banca, las acciones de la serie "A" y "B" (hoy serie "O") de los siete bancos que participaron en la Bolsa Mexicana de Valores, experimentaron una pérdida real acumulada desde la privatización bancaria hasta fines de 1997 de 63% y 67% respectivamente, mientras que el rendimiento real del Índice de Precios y Cotizaciones de la Bolsa fue 29% positivo en ese periodo.

En abril de 1996, el gobierno federal estableció una empresa filial al FOBAPROA, denominada "Valuación y Venta de Activos" (VVA), con el objeto de vender los derechos de cobro de la cartera que adquirió el FOBAPROA a cambio de los pagarés que transfirió a los bancos. En agosto de 1997 se decidió la liquidación de dicha empresa, ante la baja cotización que estaban adquiriendo los activos en remate.<sup>6</sup>

## VI. FOBAPROA: EL ABUSO DE LA LEY

Para llevar a cabo la citada modalidad de rescate, se tuvo que implementar una serie de decisiones de carácter jurídico. La primera

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 73-75.

y más importante fue trastocar el sentido originario del seguro de depósito, para que, en vez de otorgar una línea de crédito a cada institución en problemas, se le dieran garantías u obligaciones avaladas y constitutivas de deuda pública a todo el sistema bancario, cubriendo los faltantes de activos en todos los casos. Esta sola decisión modificó las cosas al grado de que en vez de que las instituciones fueran deudoras de la nación, ésta se convirtió en deudora de aquéllas. El paso de ahí hasta donde nos encontramos fue sólo cuestión de tiempo. Tomada esta decisión, vino la siguiente: clasificar las garantías del gobierno federal como pasivos contingentes mencionados. Lo anterior fue un subterfugio endeble y revelador de la filosofía política de la administración. (...) Como es obvio, en el caso que nos ocupa no había ninguna incertidumbre ni suceso futuro que esperar, puesto que a cambio de los pagarés se adquirieron derechos de crédito sin condicionalidad alguna. Y revelador porque al amparo de semejante argumento se violentó la disposición constitucional que establece que el Congreso tiene facultad para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar estos empréstitos sobre el crédito de la nación y para aprobar esos mismos empréstitos, y reconocer y mandar pagar la deuda nacional, y que ningún empréstito podrá celebrarse sino para la realización de obras que directamente produzcan un incremento a los ingresos públicos, salvo las que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraen en alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29 de la propia Constitución federal. Es incontrovertible que dicha disposición está en el eje de la división de poderes para evitar que el Ejecutivo comprometa el crédito de la nación sin el consentimiento de los gobernados. Por otra parte, se transgredieron:

1. La Ley General de Deuda Pública, en tanto que: *a)* El saneamiento financiero no está autorizado ni en la Constitución ni en la referida ley como destino posible de la deuda; y por la obligación del Ejecutivo de informar a la Cámara de Diputados del estado de la deuda y registrarla, y *b)* Se avaló deuda fuera de los supuestos permitidos por la ley, habida cuenta que en el inciso *c)* de la cláusula tercera del contrato de FOBAPROA se contiene la facultad del fiduciario para otorgar avales. Esta

facultad es distinta a la que ejerció la SHCP respecto de los pagarés suscritos por el Banco de México, ya que no lo hizo con fundamento en el contrato, sino en los términos del art. 4, frac. V, de la ley de que se trata.

2. La ley del Banco de México, ya que dicho cuerpo de normas no autorizaba al banco central para que, en su carácter de fiduciario de FOBAPROA, suscribiera títulos de crédito. Al respecto, es pertinente añadir que en el inciso *c)* de la cláusula tercera del contrato de FOBAPROA se especifica que el Fondo puede suscribir títulos de crédito, otorgar avales y asumir obligaciones a favor de las instituciones, facultad cuyo ejercicio condujo a la adquisición de la deuda que el Ejecutivo pretendió regularizar con la iniciativa que mandó posteriormente.
3. La LIC en virtud de que en su art. 122: A) En su fracción IV, imponía al fiduciario del FOBAPROA la obligación de publicar anualmente durante diciembre, en el *Diario Oficial de la Federación*, el importe máximo de las obligaciones que será objeto de protección expresa del Fondo durante el año inmediato siguiente. Obligación que no se cumplió, puesto que el referido Comité Técnico del FOBAPROA, haciendo nugatorio el referido mandato de ley, se limitó a publicar en el referido diario: siguiendo la tradición de procurar que los inversionistas no sufran quebranto en caso de resultar insolventes las instituciones de crédito, se procurará el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las instituciones que participen en el fondo, exceptuando las ilícitas, irregulares, o de mala fe, o los pasivos procedentes de obligaciones subordinadas y B) En su frac. I, prescribía la finalidad del fideicomiso y la obligación de las instituciones de cubrir al Fondo el importe de las aportaciones ordinarias y extraordinarias. Pero el Comité Técnico del FOBAPROA, por acuerdo del 3 de mayo de 1996, reformó el contrato constitutivo y eliminó el párrafo tercero de la cláusula tercera que señalaba que "en ningún caso el patrimonio de la federación podrá incrementarse con aportaciones que realice el gobierno federal con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación", de donde resulta que el uso de recursos públicos dejó sin sentido la no aplicabilidad al fideicomiso de las normas que rigen a las entidades paraestatales y, además, que

el Fondo perdió su naturaleza preventiva y sirvió como instrumento para el saneamiento financiero, celebrándose una serie de actos más allá o en contravención de las normas que rigen las finanzas.

Finalmente, es de hacer notar que para evitar los controles de la representación política y, en consecuencia, eludir el cuestionamiento de las decisiones adoptadas, el gobierno maniobró para ocultar las cosas, incluso a su propia mayoría partidista, en la LVI Legislatura y, a partir de 1997, intentó impedir que la oposición tuviera acceso a los datos y lo obligara a rendir cuentas o cambiar el rumbo del saneamiento. Para ello se utilizó todo el “andamiaje normativo” en el que se fundamenta y opera lo que Marcelo Ebrard Casaubón llama “el autoritarismo económico mexicano”, a saber: la presentación del presupuesto de Egresos y la Ley de Ingresos, que se hace hasta el 15 de noviembre, de conformidad con el art. 74, frac. IV, de la Constitución federal; la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, que en su art. 25 establece la potestad del Ejecutivo de reasignar partidas cuando existan recursos no devengados o extraordinarios; la Ley General de Deuda Pública, que regula de manera poco clara la deuda avalable, cuyo monto y composición se ignoran; la Ley de la Contaduría Mayor de Hacienda, que limita la rendición de cuentas, colocando a la Cámara de Diputados en una desventaja temporal decisiva, ya que la cuenta pública es revisada año y medio después del ejercicio de que se trate, además convierte a ese órgano técnico de la Cámara en auxiliar de la Secretaría de la Función Pública, pues no tiene acción jurídica propia; y la Ley de Ingresos, que deja abierta a la convertibilidad de los montos no utilizados de deuda externa en deuda interna, con lo que se autoriza cada año un déficit potencial mayor al explícito, al amparo del cual se fincaron los Tesobonos.

Los diferentes accesos para eludir al Congreso se abrieron. Sin informarse a los diputados del monto de los pasivos del FOBAPROA —ahora sabemos que ascienden a más de 700,000 millones de pesos—, se presentaron diversas solicitudes de recursos en el presupuesto, mismas que terminaron por ejercerse en proporciones presupuestarias distintas a las autorizadas. (...)

En la cuenta pública se siguió la misma metodología. Se evitó informar de la aplicación de los recursos y su vinculación con las garantías públicas otorgadas.<sup>7</sup>

## VII. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FOBAPROA

Debido a que la LIC establecía que, aun cuando el FOBAPROA se encontraba constituido por el gobierno federal, no le daba el carácter de “entidad de la administración pública federal”, de allí que resulte importante determinar su naturaleza jurídica, a efecto de establecer si es considerado como un fideicomiso público o privado.

Para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, a través del cual se encontraba instrumentado, es necesario hacer referencia al concepto, elementos personales, fin, patrimonio fiduciario, comparando cada uno con los propios del FOBAPROA.<sup>8</sup>

### 1. Concepto de fideicomiso público

El fideicomiso público es un contrato por medio del cual el gobierno federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la federación, o afecta fondos públicos a una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito de interés público.

Asimismo, el art. 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece que los fideicomisos públicos son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura análoga a las otras entidades y tengan comités técnicos.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 75-79.

<sup>8</sup> MENDOZA MARTELL, Pablo y PRECIADO BRISEÑO, Eduardo, *Lecciones de derecho bancario*, Porrúa, México, 2003, pp. 40-41.

## 2. Sujetos

### *Fideicomitente*

- a) En el fideicomiso público. Actúan, por regla general, como fideicomitentes: el gobierno federal, los gobiernos de las entidades federativas o de los municipios.
- b) En el FOBAPROA. En términos del art. 122 de la LIC, el fideicomiso se constituyó por el gobierno federal, pero no tiene el carácter de entidad de la administración pública federal. Al mismo tiempo que las aportaciones que lo conforman provienen de instituciones de banca múltiple —al menos en teoría—, lo que nos lleva a considerarlo un fideicomiso de carácter privado.

### *Fiduciario*

- a) En el fideicomiso público ejercen funciones de fiduciario tanto las sociedades nacionales de crédito, como las instituciones de crédito de la banca múltiple.
- b) En el FOBAPROA, de conformidad con el art. 122 de la LIC, su fiduciario es el Banco de México.

### *Fideicomisario*

- a) En el fideicomiso público: los fideicomisarios son aquellas personas físicas o morales que se benefician con los programas que aplica el gobierno federal a través de esta clase de fideicomisos: tales como las PYMES, las obras públicas, la construcción de vivienda de interés social, o bien el desarrollo de un proyecto municipal estatal o federal.
- b) En el FOBAPROA: según determina el art. 122, frac. I de la LIC, los fideicomisarios son las instituciones de crédito que enfrenten problemas financieros y en general el público ahorrador o inversionista; por ello, con el apoyo que brinda el Fondo a las instituciones de crédito, éstas pueden hacer frente a las obligaciones que tienen frente a la clientela.

### *De los fines*

- a) El fideicomiso público tenía como fin primordial auxiliar al Ejecutivo en las atribuciones del Estado, para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, es decir, esta clase de fideicomisos es de interés público en cuanto tienen como finalidad satisfacer las necesidades de la colectividad.
- b) El FOBAPROA. Pretendía, fundamentalmente, realizar operaciones preventivas tendientes a evitar o colaborar en los problemas financieros que pudieran presentarse a las instituciones de banca múltiple; lo mismo que procurarlas para el cumplimiento de sus obligaciones, derivadas de las operaciones de captación y de servicios que celebran con su clientela a través de actos jurídicos de derecho privado. En relación con la cobertura que otorgaba el FOBAPROA, resulta importante la publicación que llevaba a cabo anualmente el Banco de México para determinar la cobertura de los usuarios del servicio de banca y crédito en el caso de que las instituciones de crédito enfrentaran problemas de capitalización o de liquidez, misma publicación que contempla el siguiente texto: Con fundamento en la frac. IV del art. 122 de la Ley de Instituciones de Crédito, y considerando que ha sido tradición de las autoridades financieras mexicanas procurar que los inversionistas no sufran quebranto en caso de resultar insolventes las instituciones de crédito, el Comité Técnico del Fondo Bancario de Protección al Ahorro ha resuelto continuar con dicha tradición, por lo que el FOBAPROA procure el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de las instituciones que participen en el fondo, siempre y cuando deriven de su operación propia, exceptuando exclusivamente los pasivos provenientes de las obligaciones subordinadas; los que sean resultado de operaciones ilícitas, irregulares o de mala fe; los derivados de créditos que se otorguen entre instituciones bancarias participantes en sistemas de transferencias de fondos administrados por el Banco de México para respaldar obligaciones a favor del propio Banco de México, así como las obligaciones a favor de intermediarios que formen parte del mismo grupo financiero del cual el banco respectivo sea integrante.

Del texto transcrito en el párrafo anterior se desprende que el FOBAPROA cubría el monto total de los pasivos que ahí se mencionaban y entre los que destacan las obligaciones subordinadas y las operaciones de cobertura del IPAB.

#### *Del patrimonio*

- a) En el fideicomiso público: El patrimonio fiduciario podía consistir en la afectación de bienes del dominio público de la federación (previa desincorporación); bienes del dominio privado de la federación; bienes inmuebles, bienes muebles, dinero en efectivo, subsidios y derechos.
- b) En el FOBAPROA: El patrimonio fiduciario se integra por las aportaciones ordinarias y extraordinarias de dinero que las instituciones de crédito de banca múltiple están obligadas a cubrirle.

#### *Del marco legal*

- a) Fideicomiso público: Los fideicomisos públicos forman parte de la administración pública paraestatal, por lo que le son aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como de la Ley Federal de Entidades Paraestatales.
- b) FOBAPROA: Se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por la LIC, que no le da el carácter de entidad de la administración pública federal, por lo que no está sujeto a las disposiciones aplicables a dichas entidades.

### **3. Conclusiones de la naturaleza jurídica del FOBAPROA**

De lo anterior se desprende que el fideicomiso que instrumentaba el FOBAPROA era un fideicomiso privado:

- Por disposición expresa de la LIC, que nos lleva a darnos cuenta que el FOBAPROA no estaba sujeto a la regulación de las

disposiciones relativas a las entidades de la administración pública federal.

- En el FOBAPROA las instituciones de crédito de banca múltiple tenían el carácter de fideicomitentes y fideicomisarias, lo cual le daba el carácter de fideicomiso privado; a diferencia de los fideicomisos públicos en los que los fideicomisarios pueden ser la federación, los estados o municipios y otras personas físicas y morales que reciban los beneficios de los programas de desarrollo implementados por el Estado.
- El fin del FOBAPROA era proporcionar apoyos preventivos a las instituciones de crédito de banca múltiple, esto es que sus fines son eminentemente privados, a diferencia de los fideicomisos públicos que tienden a satisfacer objetivos de interés público.
- El patrimonio fiduciario del FOBAPROA en términos de la LIC, se integraba por las aportaciones en dinero que realizaban las instituciones de crédito de banca múltiple, a diferencia de los fideicomisos públicos en los que se aportan bienes y recursos provenientes del Estado.

### **VIII. EL INSTITUTO PARA LA PROTECCIÓN AL AHORRO BANCARIO**

La Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999, comprende tres aspectos fundamentales:

- Las reglas y procedimientos para la operación del Sistema de Protección al Ahorro Bancario.
- Apoyos financieros que se otorguen a las instituciones de banca múltiple para la protección del público ahorrador.
- Las bases para la organización y funcionamiento de la entidad pública encargada de estas funciones.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 41-46.

## MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE EL CRECIENTE DESARROLLO DEL ÁREA

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción y ámbito de este estudio.* II. *Antecedentes sobre los MASC.* III. *La conciliación y la mediación.* 1. *Punto en común: la función y objetivos.* 2. *Diferencias: la fuente de la solución.* A. *Concepto de conciliación.* B. *Concepto de mediación.* IV. *Ley Modelo de conciliación de la UNCITRAL.* 1. *Introducción.* A. *Concepto de conciliación.* B. *Ámbito de aplicación.* 2. *Interpretación.* 3. *Autonomía de la voluntad.* 4. *Comienzo del procedimiento conciliatorio.* 5. *Impacto de la conciliación sobre la prescripción.* 6. *Número de conciliadores y requisitos de los mismos.* A. *Independencia.* B. *Imparcialidad.* 7. *Procedimiento de conciliación.* A. *Libertad de método.* B. *Igualdad de las partes.* C. *Sugerencias de transacción.* D. *Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos.* E. *Terminación del procedimiento conciliatorio.* 8. *Comunicación entre el conciliador y las partes.* 9. *Divulgación de información.* 10. *Conciliador convertido en árbitro.* 11. *Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales.* 12. *Recomendaciones al adoptar la ley modelo.* A. *Aplicable a conciliaciones locales.* B. *Suspensión de la prescripción.* C. *Adopción como ley independiente.* V. *Instituciones de conciliación y el reglamento ADR de la CCI.* 1. *Instituciones de conciliación y MASC.* 2. *Antecedentes del reglamento ADR de la CCI.* 3. *El procedimiento ADR.* A. *Comienzo del procedimiento ADR.* B. *Selección del tercero.* C. *Deber de reunirse con el tercero.* D. *Principios del procedimiento ADR.* E. *Terminación del procedimiento ADR.* F. *ADR y arbitraje.* VI. *Comentario final.*

### I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

Los mecanismos alternativos de solución de controversias ("MASC") son herramientas que con creciente frecuencia son utilizadas para

solucionar diferencias de una manera amistosa y sin la necesidad de tener que recurrir a medios adversariales, como el arbitraje y el litigio.

Recientemente ha habido avances en esta área, mismos que motivan esta nota. Me refiero en específico a la creación por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de una Ley Modelo sobre Conciliación Internacional y a la emisión por la Cámara de Comercio Internacional de un Reglamento ADR.<sup>1</sup>

El propósito de este estudio es hacer un comentario sobre la naturaleza de los MASC y, en específico, la conciliación, diferenciándola de la mediación.<sup>2</sup> A su vez, se mencionará en forma breve el impacto que los medios mencionados han tenido en esta área, brindando algunas sugerencias y opiniones al respecto.

## II. ANTECEDENTES SOBRE LOS MASC

En forma general, mas no unánime, el panorama de los mecanismos de solución de controversias está conformado por los siguientes: (1) la negociación;<sup>3</sup> (2) los procedimientos en los que participa un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable;<sup>4</sup> (3) los procedimientos que concluyen con una decisión que es provisionalmente vinculante, conocidos como Páneos de Adjudicación de Controversias ("*Dispute Adjudications Boards-DAB's*"); y (4) los procedimientos que concluyen con una decisión o laudo que es ejecutable conforme a derecho. Estos son: (i) el litigio; y (ii) el arbitraje.

<sup>1</sup> Si bien existen otros pasos adicionales que no pueden pasar desapercibidos (la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, el Reglamento de Conciliación de la CANACO —Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México—, las Reglas de Mediación del CAMCA —Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas—, y el Reglamento de Mediación de la OMPI —Organización Mundial de la Propiedad Intelectual—) por la importancia de los instrumentos citados en el texto, me concentraré de momento sólo en éstos.

<sup>2</sup> El comentario sobre la naturaleza de los MASC no incluirá un análisis exhaustivo de ellos. Para esto se recomienda el estudio de Fernando ESTAVILLO CASTRO, "Medios alternativos de solución de controversias", *Jurídica*, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 26, 1996, p. 372.

<sup>3</sup> En el cual son sólo las partes, sin asistencia de un tercero o institución, quienes dirimen la controversia.

De esta manera nos concentramos en el desarrollo del área descrita en el punto 2, con especial énfasis en la mediación y conciliación.

## III. LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN

Si bien es aceptado que por virtud de la conciliación y la mediación un tercero asiste a las partes a resolver una controversia, existe una falta de consenso acerca de la naturaleza *exacta* y diferencia entre ambas. Dependiendo del alcance de la investigación que se realice, pueden encontrarse autores que sostienen que son distintos y otros que advierten que son términos que pueden ser utilizados en forma intercambiable. Más aún, entre los primeros, no existe consenso acerca de la utilidad y función precisa del conciliador y el mediador.

En mi opinión, las instituciones no sólo son, sino deben ser, distintas. No estoy posicionado acerca de cuál institución debe ser llamada de qué manera.<sup>5</sup> Sin embargo, en mi opinión hay algo que se pierde de vista dentro de la discusión semántica: existen funciones, objetivos y circunstancias que exigen la utilización de uno a diferencia de otro. A continuación abundaré sobre lo que me refiero.

### 1. Punto en común: la función y objetivos

Existen circunstancias en las cuales lo que las partes en controversia necesitan es que un tercero determine si la *verdadera*<sup>6</sup> postura de las

<sup>4</sup> Dentro de este rubro de procedimientos encontramos, en forma principal, a: (i) la Conciliación; (ii) la Mediación; (iii) la Evaluación Neutral; (iv) la Evaluación Neutral de un Experto; (v) el Mini-juicio ("*Mini-Trial*"); y (vi) los Páneos de Revisión de Controversias ("*Dispute Review Boards*", "*DRB's*"). A su vez, existen una diversidad de métodos que pueden, por su uso, calificarse como secundarios. Éstos son: (i) Juez privado ("*rent-a-judge*"); (ii) Oyente neutral ("*neutral listener*"); (iii) Determinaciones de hecho por expertos ("*neutral expert fact finding*"); (iv) Decisión no obligatoria ("*non-binding ex parte adjudication*"); (v) Adaptación de contratos ("*contract adaptation*"); (vi) Consultas ("*consultations*"); (vii) Buenos Oficios ("*Good Offices*"); y (viii) Investigaciones ("*Survey*").

<sup>5</sup> No obstante que me es indiferente cómo debe bautizarse a cada una de las instituciones que abordaré, he adoptado la que creo que refleja la opinión más autorizada y aceptada al respecto. Sin embargo, no seré dogmático al respecto, invito puntos de vista distintos.

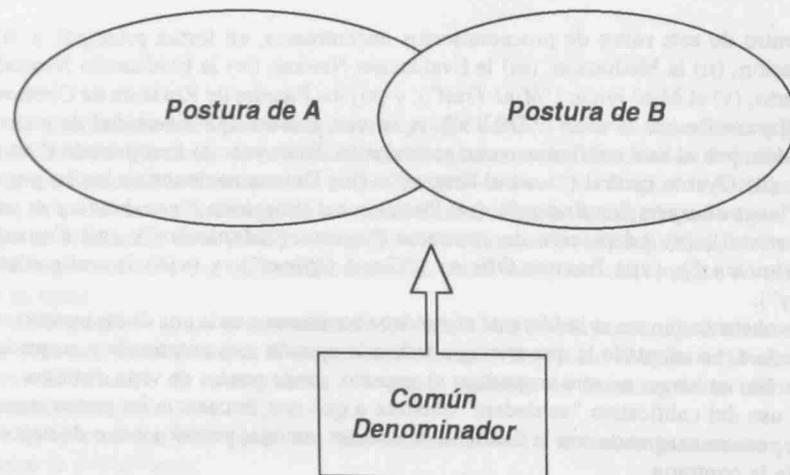
<sup>6</sup> El uso del calificativo "verdadera" obedece a que con frecuencia las partes mantienen una postura exagerada con la finalidad de obtener ventajas psicológicas o de negociación ante la contraria.

mismas dista de tener un común denominador que pueda ser explotado para encontrar una solución a su disputa, evitando tener que recurrir a un método adversarial para obtener una solución. En estos casos el conciliador juega un papel importante puesto que ante él las partes presentarán su punto de vista sobre los hechos y el resultado que la aplicabilidad del derecho conlleva. Realizado lo anterior, el conciliador hará ver a las partes los puntos sólidos y los puntos débiles de su postura arribando de esta manera a la "verdadera" postura de la parte en cuestión.

Determinada la "verdadera" postura de las partes, le compete al conciliador cotejar las mismas. Si existe un común denominador, el conciliador deberá continuar con sus buenos oficios a efecto de procurar avenir a las partes. En caso que el conciliador determine que no existe un común denominador que justifique el que las partes continúen con el procedimiento conciliatorio o de mediación, le compete declarar que las posturas de las partes están tan alejadas que proscriben una solución intermedia, por lo cual lo más conveniente es proceder a un medio adversarial para resolver la controversia, ya sea litigio o arbitraje.

Los siguientes esquemas pueden asistir en la comprensión de lo mencionado.

**Caso 1:** Las diferencias son reconciliables por existir un común denominador.



Este esquema busca ilustrar las circunstancias en las que existe un traslape en las *verdaderas* posturas de las partes en controversia. En estos casos, con la ayuda del conciliador, puede buscarse una solución dentro del área comprendida en el común denominador evitando tener que acudir a un medio adversarial suma-cero,<sup>7</sup> en el cual habrá necesariamente un ganador y un perdedor. De esta manera se buscará llegar a un resultado en que todos ganen,<sup>8</sup> evitando el resultado en que sólo habrá un ganador y un perdedor.<sup>9</sup>

**Caso 2:** Las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique proceder a un método adversarial.



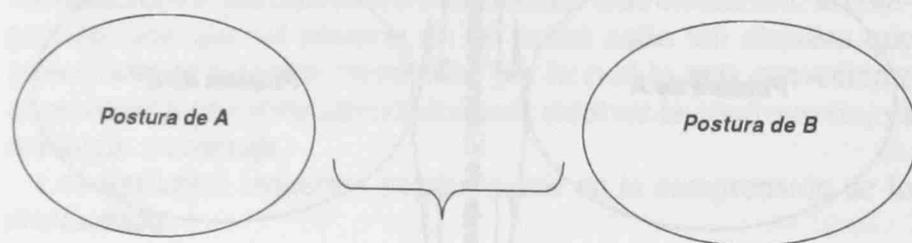
<sup>7</sup> El término "suma-cero" corresponde a la Teoría de los Juegos desarrollada por la microeconomía. Se califica de "suma-cero" a un juego (o cualquier contienda, para dicho efecto) en que habrá un ganador y un perdedor y cuando lo que gane uno necesariamente tendrá que perder el otro. Es decir, cuando los beneficios del juego que un jugador percibirá mediante una combinación de estrategias seguidas en relación con otro son directamente asociadas con las pérdidas que el otro jugador sufrirá. Matemáticamente, si se suman las ganancias que todos los jugadores percibirán la respuesta siempre será la misma: cero; sin importar el cambio de estrategias. El beneficio de un jugador será directamente proporcional al detrimento sufrido por el jugador contendiente. Es la manera más agresiva de competir.

<sup>8</sup> Utilizando términos de Teoría de los Juegos (en inglés), es un resultado "win-win". Lo anterior es en contraposición a un resultado "win-lose" o "lose-lose". En el "win-lose" uno gana y otro pierde. En el "lose-lose" ambos pierden.

<sup>9</sup> O dos perdedores, de los cuales uno pierde menos que el otro y a quien podría (cuestionablemente) llamársele el "ganador".

En este esquema se busca mostrar gráficamente la circunstancia que existe cuando, aunque no hay traslape o común denominador en las verdaderas posturas de las partes, las mismas están lo suficientemente cercanas como para llegar a un punto intermedio que, si bien no es el resultado de preferencia de las partes, implica un sacrificio menor que el costo que tendría el litigar o arbitrar la controversia. En estas circunstancias también se estará en presencia de un resultado en el que ambas partes ganan<sup>10</sup> al evitarse los gastos y tiempo que implicaría el tener que llegar a un resultado derivado de un procedimiento adversarial.

**Caso 3:** Las diferencias no son reconciliables por (i) no existir un común denominador; y (ii) por estar demasiado lejos como para justificar un punto intermedio.



En este esquema se intenta mostrar los casos en los que las posturas distan tanto que las diferencias no pueden ser "puenteadas". Estos casos se presentan, por ejemplo, cuando los puntos medulares que una de las partes busca son iguales a los puntos que para la contra-parte son intransigibles.

## 2. Diferencias: la fuente de la solución

Mencionadas las similitudes entre la Conciliación y la Mediación, vale la pena hacer hincapié en lo que las diferencia: el origen de la solución de la disputa.

<sup>10</sup> O pierden menos, según se quiera observar.

Mientras en la Conciliación el conciliador propondrá una solución no vinculatoria, en la Mediación el Mediador buscará generar las circunstancias para que las partes lleguen a un resultado que convenga a ambas. Es decir, mientras que en la Conciliación el conciliador propone la solución, en la Mediación son las partes mismas quienes resuelven su controversia.

Derivado de lo anterior, a continuación brindo una definición de cada uno de dichos procedimientos.

### A. Concepto de conciliación

La conciliación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma emite un veredicto carente de fuerza vinculatoria acerca de la solución más justa/adecuada de la misma.

### B. Concepto de mediación

La mediación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma colabora con las partes guiando las negociaciones con la finalidad de que las partes mismas logren llegar a un acuerdo que solucione la controversia.

## IV. LEY MODELO DE CONCILIACIÓN DE LA UNCITRAL

### 1. Introducción

En su XXXII periodo de sesiones que tuvo lugar en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("UNCITRAL" por sus siglas en inglés<sup>11</sup>) consideró útil el que se preparara una Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (*UNCITRAL, Model Law on International Commercial Conciliation*).

La elaboración de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional fue propuesta en 1999. Para ello se analizó la abundan-

<sup>11</sup> "United Nations Commission for International Trade Law".

te experiencia que se ha adquirido de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL de 1985, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL y el Reglamento de Conciliación de la UNCITRAL.

El propósito de la Ley Modelo sería analizar las propuestas para mejorar la legislación vigente así como los reglamentos y prácticas que a la fecha existen. A continuación realizaré una breve descripción del contenido de la Ley Modelo.

### A. Concepto de conciliación

La Ley Modelo define "Conciliación" como el procedimiento —no obstante la denominación que las partes le otorguen al mismo— por virtud del cual las partes solicitan a un tercero o grupo de personas (el "conciliador") que les asista en su intento de alcanzar una resolución amigable de la controversia que surja de una relación contractual u otra, sin que tenga la autoridad de imponer a las partes su solución a la controversia.

Como puede verse, se adopta una definición amplia al amparo de la cual puede comprenderse tanto conciliación, mediación, como los demás mecanismos genéricamente incluidos como MASC.

Lo anterior permite evitar que se considere que la Ley Modelo no es aplicable a cualquier otro procedimiento que no haya sido bautizado como "conciliación". Atiende a su naturaleza. Si se reúnen los elementos esenciales (que sea un tercero el que preste asistencia<sup>12</sup> para resolver la controversia y que no tenga facultades de emitir una solución vinculativa)<sup>13</sup> se estará en presencia de un proceso regido por la Ley Modelo.

### B. Ámbito de aplicación

Si bien en principio la Ley Modelo aplica a la conciliación comercial internacional, su aplicación puede hacerse extensiva a la concilia-

<sup>12</sup> Lo cual lo distingue de la negociación ya que en este procedimiento son las partes mismas las que llegan a la solución de la controversia.

<sup>13</sup> Lo cual lo distingue del arbitraje, ya que la solución del árbitro (el laudo) es obligatoria para las partes.

ción local mediante la eliminación de la palabra "internacional" y realizando otros pequeños ajustes.<sup>14</sup>

La Ley Modelo ha sido diseñada como derecho dispositivo. Es decir, las partes pueden acordar excluir la aplicabilidad de la Ley Modelo ya sea en forma expresa o tácita, mediante la sujeción a un derecho de conciliación distinto.

La Ley Modelo aclara que no aplica a los casos en que un juez o árbitro, durante un procedimiento arbitral o judicial, intente facilitar una transacción.

## 2. Interpretación

La Ley Modelo brinda reglas de hermenéutica jurídica. Establece que al interpretarse debe tenerse en consideración su origen internacional y la necesidad de promover uniformidad en su aplicación, observación y la buena fe. Las dudas acerca de las materias reguladas por la Ley Modelo que no estén expresamente tratadas, deben ser resueltas con base en los principios generales en los que se inspira la Ley Modelo.

Lo anterior quiere decir que los siguientes principios deben ser tomados en consideración al momento de interpretar la Ley Modelo: a) flexibilidad; b) buena fe; c) cooperación; d) no intervención judicial; y e) autonomía de la voluntad.

## 3. Autonomía de la voluntad

La Ley Modelo da un margen muy amplio a la voluntad de las partes en el diseño del procedimiento que desean conllevar. A excepción de dos temas —que son derecho mandatorio/imperativo y, por ende, las partes no pueden excluir su aplicación—, todas las demás disposiciones de la Ley Modelo han sido diseñadas como derecho dispositivo, es decir, derecho supletorio que admite pacto en contrario. Las disposiciones que no admiten pacto en contrario son:

<sup>14</sup> Básicamente, eliminando del párrafo 1 del artículo primero, así como la eliminación de los párrafos 4, 5 y 6 del mismo artículo que buscan resolver los ámbitos de aplicación en presencia de una multiplicidad de puntos de conexidad de la relación jurídica de donde surge la controversia. Esto se tratará en el apartado IV.L.1 de este estudio.

- i) Las reglas de hermenéutica mencionadas en la sección IV.B anterior.
- ii) El principio que las partes deben ser tratadas con igualdad en el procedimiento.

#### 4. Comienzo del procedimiento conciliatorio

El procedimiento conciliatorio comienza el día en que las partes acuerden que seguirán dicho procedimiento.

En caso de que una parte haya invitado a otra a seguir un procedimiento conciliatorio y esta última no haya aceptado la invitación en un término de treinta días a partir de la fecha en que la invitación fue enviada, o en el plazo establecido en la invitación, la parte puede tomar dicha omisión como un rechazo a la invitación/oferta de conciliar.

#### 5. Impacto de la conciliación sobre la prescripción

La Ley Modelo contempla la posibilidad de incluir una disposición sobre suspensión de la prescripción. Dicho precepto establece que, en caso de que se comience un procedimiento conciliatorio, la prescripción se suspenderá. Una vez concluido el procedimiento de conciliación, el periodo de prescripción continuará.

La utilidad práctica de esta disposición es enorme. Lo anterior por dos motivos. Primero, la suspensión de la prescripción elimina la presión que la posibilidad de perder derechos crea en las partes. Si bien, dependiendo las circunstancias del caso, esto podría convenir a una de las partes a obtener un resultado favorable de una negociación,<sup>15</sup> en términos generales, la suspensión de la prescripción facilita las negociaciones al eliminar la existencia de elementos exógenos que las compliquen.

En segundo lugar, aclara una ambigüedad existente en derecho actual. A la fecha, existe una falta de claridad acerca del impacto que la consecución de un procedimiento arbitral tiene sobre la prescrip-

<sup>15</sup> Puesto que la existencia de la presión derivada del término perentorio puede orillar a una de las partes a aceptar concesiones que de otra manera (con más tiempo) hubiera preferido negociar.

ción.<sup>16</sup> Hay tres posturas al respecto. La primera considera que el comienzo de un procedimiento arbitral *interrumpe* la prescripción. La segunda considera que ello *no interrumpe* la prescripción. La tercera mantiene que el comienzo de un procedimiento arbitral *suspende* la prescripción. La anterior divergencia de opiniones con frecuencia complica las negociaciones e invita a que las partes “quemen los puentes” y comiencen procedimientos adversariales, restándole eficacia a los procedimientos que buscan evitarlos.

#### 6. Número de conciliadores y requisitos de los mismos

Como regla general existirá un conciliador, a menos que las partes acuerden que existan dos o más. La designación de el o los conciliadores es por mutuo acuerdo y las partes deben esforzarse en llegar a un acuerdo acerca de ello. Lo anterior a menos que se haya establecido un procedimiento para su designación, en cuyo caso este procedimiento prevalecerá. En caso de que no logren un acuerdo, podrá solicitarse asistencia de una institución para su designación.

La institución que recomiende o designe a los conciliadores debe hacerlo teniendo en consideración que los conciliadores sean independientes, imparciales y, cuando así lo considere prudente, puede considerar el designar a un conciliador con nacionalidad distinta de la de las partes. En todos los casos, se le impone al conciliador el deber de divulgar cualesquiera circunstancias que generen una duda justificable acerca de su imparcialidad o independencia. Para efectos de lo anterior, a continuación mencionaré brevemente lo que debe entenderse por cada uno de los calificativos aludidos.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> El lector podría preguntarse la razón por la cual trato el tema de la prescripción en materia de arbitraje en un artículo que versa sobre conciliación y, en general, mecanismos que no incluyen al arbitraje. La respuesta es que tiene incidencia sobre el mismo. En la medida en que se aclare la relación entre la prescripción y conciliación, podrá —por mayoría de razón— aclararse la de prescripción y arbitraje. A su vez, vale la pena aprender de la experiencia al respecto en materia de arbitraje para eliminar la ambigüedad.

<sup>17</sup> En caso de desear abundar sobre el alcance de dichos conceptos, puede acudir a GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, núm. 12, octubre, 2002, p. 109.

### A. Independencia

Es un criterio *objetivo* que se refiere al vínculo que puede existir entre un conciliador y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un conciliador que carezca de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”.<sup>18</sup> Claro que el *quid* reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un conciliador sea considerado como carente de independencia.

### B. Imparcialidad

Es un criterio *subjetivo* y difícil de verificar que alude al estado mental de un conciliador. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el procedimiento conciliatorio o el asunto en particular.<sup>19</sup>

La existencia de los calificativos descritos es dependiente de las circunstancias del caso. Por consiguiente, más que establecer reglas precisas sobre su existencia, sirven como parámetro o lineamientos que deben apreciarse ante las circunstancias del caso en particular.

## 7. Procedimiento de conciliación

La Ley Modelo establece ciertas reglas aplicables al procedimiento de conciliación, mismas que a continuación se mencionarán.

### A. Libertad de método

Las partes tienen amplia libertad para diseñar la forma de conformidad con la cual el procedimiento será seguido. En caso de que las

<sup>18</sup> Tomando prestados los calificativos de Stephen BOND, *The Experience of the ICC in the Confirmation/Appointment Stage of an Arbitration, the Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, ICC Publishing, 1991, p. 13.

<sup>19</sup> Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (editores), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, p. 567.

partes no logren ponerse de acuerdo, el conciliador podrá llevar el procedimiento en la manera que lo considere apropiado, tomando en consideración las circunstancias del caso, los deseos de las partes y la necesidad de contar con una decisión expedita.

### B. Igualdad de las partes

En todo momento al conducir el procedimiento, el conciliador deberá tratar con igualdad a las partes, tomando en consideración las circunstancias del caso. Este principio, si bien de gran importancia y reflejado en todo procedimiento de solución de controversias,<sup>20</sup> debe entenderse de una manera un tanto más flexible en conciliación. Con frecuencia las circunstancias del caso (incluyendo la postura y psicología de las partes) puede requerir que el conciliador se reúna en forma más frecuente o durante más tiempo con una de las partes.<sup>21</sup> Un practicante poco adiestrado en conciliación o MASC en general podría confundir dicha circunstancia con un trato desigual al darle más oportunidad a una de las partes de expresar lo que a su derecho convenga. Lo anterior no sólo sería impropio sino que le restaría al conciliador el margen de maniobra con el que necesita contar para intentar avenir a las partes.

### C. Sugerencias de transacción

El conciliador puede, en cualquier momento del procedimiento, hacer propuestas para la transacción de la controversia. Lo anterior es parte de su papel y el que pueda o no parecer más conveniente a una de las partes no debe entenderse como una falta de imparcialidad.

<sup>20</sup> Tanto en litigio como en arbitraje (ver artículo 1434 del Código de Comercio).

<sup>21</sup> Piénsese en el caso en que una parte que está más irritada que la otra en la controversia y, por consiguiente, ve con menos claridad las debilidades de su postura. Puede ser necesario que el conciliador tenga que escuchar con más tiempo a dicha parte —con el consecuente desahogo psicológico que ello lleva aparejado— a efecto de poder obtener la atención objetiva de dicha parte y hacerle ver la conveniencia de transigir o bajar la guardia en ciertos aspectos.

#### D. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

##### a) Importancia del tema

Este es un tema delicado del que en gran medida dependerá el éxito del procedimiento ya que establece las bases de entendimiento que servirán para dar confianza a las partes para involucrarse en un procedimiento conciliatorio.

Dada la naturaleza de los procedimientos conciliatorios y la forma en que los mismos se siguen, las partes divulgarán durante los mismos situaciones, hechos, posturas y demás información que, en un procedimiento adversarial nunca hubieran dado a conocer puesto que debilitaría su posición. Por ello, para fomentar el que dichas circunstancias se den y, por ende, se mejoren las posibilidades de que las partes lleguen a una solución amistosa de su controversia, es crucial que las partes cuenten con la seguridad de que lo que revelarán no podrá ser utilizado en su contra en caso de que el procedimiento conciliatorio no prospere.

Para lo anterior, la Ley Modelo ha establecido garantías jurídicas y restricciones aplicables a información y actos que, en su conjunto, llamaré la "Información Protegida".

##### b) Información Protegida

La Información Protegida es la siguiente:

- i) La invitación de una parte para seguir un procedimiento conciliatorio o el que una parte hubiere accedido a llevar el mismo.
- ii) Los puntos de vista o sugerencias realizados por una de las partes en la conciliación sobre la posibilidad de existir una posible transacción entre las partes.
- iii) Las declaraciones o admisiones realizadas por una parte durante un procedimiento conciliatorio.
- iv) Las propuestas realizadas por el conciliador durante un procedimiento conciliatorio.
- v) El hecho de que una parte haya indicado su disposición a aceptar una propuesta de transacción realizada por el conciliador.

- vi) Documentación preparada exclusivamente para los procedimientos de conciliación.

Como puede apreciarse, la Información Protegida versa sobre el comportamiento que tuvo lugar durante el procedimiento conciliatorio o información que versa sobre el mismo y que, de hacerse del conocimiento de un órgano que tenga que resolver la controversia en una forma adversarial (*v.gr.*, arbitraje y litigio), podría comprometer a dicha parte o afectar adversamente el ánimo de dicho órgano.

##### c) Protección de la Información Protegida

Los principios que aplican a la Información Protegida son: (i) el principio de no revelación; (ii) el principio de no-requerimiento; y (iii) el principio de no-admisibilidad.

###### i) Principio de no-revelación

Ninguna de las partes, el conciliador o cualquier tercero involucrado en la conciliación, podrán introducir como pruebas o dar testimonio sobre la Información Protegida en procedimientos arbitrales, judiciales o análogos. Lo anterior aplica no importando la denominación que a dicho efecto las partes le den a la Información Protegida en el procedimiento de conciliación.

###### ii) Principio de no-requerimiento

Ningún tribunal arbitral, estatal o cualquier otra autoridad gubernamental podrá requerir la presentación de la Información Protegida.

###### iii) Principio de no-admisibilidad

La Información Protegida es inadmisibile como prueba. Lo anterior se establece para el caso de que la Información Protegida sea divulgada por una de las partes en violación del principio de no-revelación. La única excepción a lo anterior es la posibilidad de presentarlo como parte de la implementación o ejecución de un acuerdo transaccional.

#### d) Alcance de protección de la Información Protegida

Como puede observarse, los tres principios aludidos protegen la Información Protegida desde todos los ángulos a partir de los cuales podría filtrarse.

La Ley Modelo hace la útil aclaración en el sentido de que la utilización de pruebas durante el procedimiento conciliatorio no las convierte en inadmisibles en otros procedimientos simplemente por haberse utilizado en la conciliación. Para su inadmisibilidad deberá distinguirse entre una prueba lisa y llanamente,<sup>22</sup> del hecho que la misma constituya Información Protegida.<sup>23</sup>

A su vez, los principios aplicables a la Información Protegida relacionada con el procedimiento conciliatorio se extienden tanto a procedimientos que versen sobre la materia/disputa objeto de la conciliación, como cualquier otro procedimiento.

#### E. Terminación del procedimiento conciliatorio

El procedimiento conciliatorio termina en los siguientes casos:

- a) Por la elaboración del acuerdo para una transacción por las partes.
- b) Por la declaración del conciliador, una vez consultadas las partes, que los esfuerzos de conciliación no se justifican.
- c) Por la declaración de las partes hacia el conciliador en el sentido de que el procedimiento de conciliación debe concluir.
- d) Por la declaración de una de las partes a la otra o al conciliador en la que se indica que el procedimiento de conciliación ha terminado.

#### 8. Comunicación entre el conciliador y las partes

El conciliador puede comunicarse o sostener juntas con las partes tanto en forma individual como conjunta. Durante los procedimien-

<sup>22</sup> Por ejemplo, una comunicación de una de las partes reconociendo responsabilidad.

<sup>23</sup> Tomando el mismo ejemplo, la comunicación descrita en la nota anterior que haya sido realizada durante el procedimiento de conciliación.

tos de conciliación el conciliador conlleva juntas con las partes en forma independiente en las cuales se le manifiesta su postura sobre la controversia. A esta fase del procedimiento se le conoce como entrevistas o "caucus".

En la consecución de esta etapa el conciliador goza de un margen de acción muy amplio. Si bien el conciliador no debe hacer distinciones entre las partes, no puede exigírsele que le dedique el mismo tiempo a las reuniones celebradas con cada una de las partes. Lo anterior por la simple razón que la complejidad de una postura o la psicología de una de las partes puede requerir más tiempo para abordarse que la de la contraparte. Es decir, el explorar las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan servir para allanar el camino a un arreglo no sólo puede, sino que con toda seguridad tendrá el efecto de exigir más tiempo de una parte que de otra.

En este contexto es prudente mencionar que las excepciones o argumentos relacionados con "debido proceso" o garantía de audiencia serían improcedentes. El que un conciliador le dedique más tiempo a una reunión con una de las partes no podrá calificarse de una violación de dar un trato igual a las partes. Por el contrario, lo más probable es que al dedicarle más tiempo a una parte que a otra esté actuando en beneficio de ambas partes al dedicarle el tiempo necesario para abordar cabalmente el problema, dedicando el tiempo necesario para limar las asperezas existentes.

El objetivo de esta etapa es que las partes expongan su caso ante el conciliador. Por su cuenta, el conciliador debe analizar la postura y argumentos de las partes con el propósito de detectar los puntos sólidos y los puntos débiles con miras a detectar un área de traslape que sirva como catalizador de la solución de la controversia.

Una función meta-jurídica y psicológica de esta etapa es que las partes ventilen su manera de ver las razones de la controversia. Son frecuentes los casos en los que la controversia carece de un verdadero desacuerdo y es motivada por la falta de posibilidad de que las partes ventilen sus enojos ante un tercero neutral. En este contexto el conciliador tendrá la (difícil) labor de saber abordar y canalizar dicha ira con miras a que sirva para cimentar una solución a la controversia.

## 9. Divulgación de información

A menos que las partes indiquen que la información presentada al conciliador es confidencial y, por ende, no puede ser divulgada a otra parte del procedimiento, el conciliador podrá comunicar la información que se le haga llegar por las partes.

La razón que motiva lo anterior es brindarle al conciliador una herramienta que le sirva para obtener la anuencia de las partes para conciliar. Evidentemente, esta posibilidad estará limitada por el tipo de información que las partes soliciten que se mantenga como confidencial, máxime que un intercambio abierto y sincero de información de las partes hacia el conciliador es una medida indispensable para el buen funcionar de esta herramienta. Por consiguiente, es natural el brindar la opción a las partes de requerir del conciliador que a cierta información se le dé trato de confidencial.

De lo contrario, toda la información relacionada con el procedimiento de conciliación será confidencial, excepto cuando la divulgación es necesaria con la finalidad de implementar o ejecutar un convenio de transacción.

El término "información" tiene una interpretación amplia. No se limita a información por escrito. Incluye todo dato comunicado al conciliador, inclusive con anterioridad a la apertura o inicio formal del proceso de conciliación.

## 10. Conciliador convertido en árbitro

A menos que las partes acuerden lo contrario, el conciliador no podrá actuar como árbitro conociendo de la controversia objeto de la conciliación, o cualquier otra controversia que haya surgido de la misma relación legal o contractual, así como cualquier otra que se relacione con la misma.

La restricción anterior obedece a la noción que el conciliador tendrá acceso a la *verdadera*<sup>24</sup> postura de las partes, las debilidades de su caso, así como las circunstancias en las que las partes estarían dispuestas a transigir. Lo anterior se considera incompatible con la función del árbitro.

<sup>24</sup> Repito aquí el matiz señalado en la nota núm. 5.

Han existido propuestas en el sentido de establecer que por ningún motivo puedan los conciliadores fungir como árbitros. La Ley Modelo toma la —afortunada, en mi opinión— postura de establecer dicha limitante como regla general, sujeta a pacto en contrario.

## 11. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Cuando las partes hayan acordado fijar un plazo o establecer que el procedimiento tendrá lugar hasta que ocurra un evento determinado, se le impone el deber a los tribunales arbitrales y judiciales de respetar y hacer respetar el mismo. La única excepción a lo anterior es que tengan que tomarse medidas con la finalidad de que una parte resguarde sus derechos, a criterio de la parte respectiva. Los pasos que a dicho efecto tome una de las partes no deberán interpretarse como una renuncia del acuerdo conciliatorio o terminación del procedimiento conciliatorio.

Esta medida resulta útil a efecto de evitar que situaciones exógenas a la voluntad de las partes de llegar a un arreglo eviten o dificulten la solución del mismo mediante la conciliación. Como se mencionó con anterioridad, con frecuencia son las circunstancias las que dificultan o evitan que las partes logren negociar con el tiempo necesario para llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas.

## 12. Recomendaciones para adoptar la Ley Modelo

Habiendo realizado una mención general sobre el contenido de la Ley Modelo, creo que sería positivo el que la misma fuera adoptada en México. Al hacerlo, me permitiría hacer las siguientes recomendaciones.

### A. *Aplicable a conciliaciones locales*

Sería positivo que la Ley Modelo se hiciera extensiva a conciliaciones locales; es decir, aquéllas que no necesariamente tienen puntos de conexidad con otros derechos.

Como se comentó inicialmente, la Ley Modelo se diseñó en forma inicial —mas no exclusiva— como una ley sobre conciliación *internacional*. Considero que sería afortunado que la misma se hiciera

extensiva a conciliaciones locales a efecto de brindar un marco jurídico a dicha institución. Este resultado se lograría eliminando del texto de la Ley Modelo la palabra "internacional" así como los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1. De hacerse, el primer artículo de dicha ley se leería de la siguiente manera:

"Artículo 1. Ámbito de Aplicación. Esta Ley será aplicable a una conciliación cuando:

- a) El lugar de conciliación se ubique en territorio mexicano.
- b) Las partes así lo hayan acordado o, a falta de acuerdo, hayan determinado, con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores, un lugar de conciliación que se encuentre en territorio mexicano.
- c) El lugar de conciliación no haya sido acordado ni determinado con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará que ese lugar se encuentra en territorio mexicano si alguno de los lugares siguientes se halla en él: la sede de la institución que administre el procedimiento de conciliación; el lugar de residencia del conciliador o los establecimientos de las partes, si ambas partes tienen su establecimiento en un mismo país.
- d) Las partes hayan acordado que las disposiciones de la misma serán aplicables a dicha conciliación".

### B. Suspensión de la prescripción

Considero que sería útil incluir el precepto sobre suspensión de la prescripción. Para lo anterior, podría incluirse un artículo que rezara de la siguiente manera:

"Artículo X. Suspensión de la prescripción. El comienzo de una conciliación suspenderá la prescripción.

En caso de que un procedimiento conciliatorio concluya sin que se haya llegado a un acuerdo, se reanudará el cómputo del término de la prescripción".

Me gustaría aprovechar este contexto para sugerir una modificación adicional que sería de gran utilidad: aclarar que el arbitraje debe interrumpir (no suspender) la prescripción. Para ello bastaría incluir en el artículo 1419 del Código de Comercio el siguiente párrafo adicional:

"La presentación de una solicitud o demanda arbitral, así como los pasos análogos, interrumpirán la prescripción de las acciones correspondientes. Se considera la prescripción como no interrumpida por la presentación de la solicitud o demanda arbitral o el paso análogo cuando el actor se desistiese o fuese desestimada por la institución o tribunal arbitral, en su caso".

### C. Adopción como ley independiente

En mi opinión, la adopción de la Ley Modelo debe hacerse como una ley independiente. Lo anterior en vista de la experiencia derivada de la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional como parte del Código de Comercio.

Al ser adoptada la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional se optó, por aparente conveniencia, el incluirla en el —en ese entonces— vacío Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Esta medida ha tenido el desafortunado resultado de dificultar la correcta interpretación de la ley mexicana de arbitraje. En efecto, si bien no es el propósito de este estudio abundar sobre dicho tema, baste decir que la mejor manera de interpretar el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es a manera de un cuerpo normativo independiente del Código de Comercio. Sin embargo, es de entenderse que ciertos principios de hermenéutica jurídica obstaculicen dicha sugerencia.<sup>25</sup> Lo anterior ha conducido a interpretaciones sobre la ley mexicana de arbitraje que en ocasiones han sido desafortunadas y en otras ocasiones caen en lo absurdo. Para evitar que se repita la historia en materia de conciliación, sería afortunado que la misma se emitiera como ley independiente.

<sup>25</sup> V.gr., 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 militarían en contra de esta postura. 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 histórica y teleológica de dicho cuerpo normativo nos llevaría 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, como lo son otras leyes especiales mercantiles (por ejemplo, la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, Ley de Navegación, etc.), y, por ende, las disposiciones procesales del Código de Comercio no deben utilizarse en la interpretación o integración de la ley de arbitraje.

## V. INSTITUCIONES DE CONCILIACIÓN Y EL REGLAMENTO ADR DE LA CCI

### 1. Instituciones de conciliación y MASC

Existen diversas instituciones que ofrecen servicios de MASC. Destacan por su importancia las siguientes:

1. *CCI*: El Reglamento ADR de la CCI del primero de julio de 2001.
2. *Instituto Mexicano de la Mediación*: El Reglamento de Mediación del Instituto Mexicano de la Mediación. A. C.
3. *CANACO*: El Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
4. *CAMCA*: Las Reglas de Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas del 15 de marzo de 1996 (*1996 Mediation Rules of the Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americans-CAMCA*).
5. *AAA*: El Reglamento de Mediación de la American Arbitration Association ("*1999 Mediation Rules of the American Arbitration Association*").
6. *CPR*: El "Center for Public Resources Model Mediation Procedure for Business Disputes Rules CPR".
7. *OMPI*: Reglamento de Mediación de la OMPI de 1994 ("*Mediation Rules of the World Intellectual Property Organization*"-WIPO).
8. *CIADI*: Las Reglas de Conciliación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
9. *Mecanismo Complementario del CIADI*: Las Reglas de Conciliación del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Por su importancia y aportación al desarrollo de esta materia, a continuación se hará un comentario sobre el Reglamento ADR de la CCI.

### 2. Antecedentes del Reglamento ADR de la CCI

El *Reglamento ADR de la CCI* (el "Reglamento ADR"), denominado en inglés *ADR Rules of the International Chamber of Commerce*, reemplaza al Reglamento de Conciliación de la CCI que desde el 1 de enero de 1988 había estado en vigor y que no había probado tener éxito.

Al amparo del Reglamento, el acrónimo "ADR" representa el concepto "*amicable dispute resolution*" a diferencia del término comúnmente conocido como "*alternative dispute resolution*". Lo anterior con la intención de continuar empleando dicho término por su arraigo en la comunidad jurídica e internacional, pero con el deseo de hacer una aclaración: dicho género de mecanismos no incluye el arbitraje, a diferencia de lo que algunos expertos opinan o la práctica seguida en otras jurisdicciones.

Ante la diversidad de especies del género de MASC, el Reglamento toma una postura práctica y de gran utilidad pues lejos de establecer una regulación amplia y detallada, establece los cimientos que constituyen el tronco común para que los procedimientos ADR puedan ser llevados, al margen de que —atendiendo a las circunstancias particulares del caso— las partes o el tercero establezcan los lineamientos que deseen.

Como parte del soporte que se desea dar al ADR, la CCI ha establecido una infraestructura nueva que busca coadyuvar con los deseos de las partes y del tercero de dar fin a la controversia. Dicha infraestructura consiste en un Secretariado similar al Secretariado de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI para supervisar los arbitrajes llevados bajo sus auspicios.

### 3. El procedimiento ADR

Se tratará el procedimiento ADR en sus siguientes facetas: (1) el comienzo; (2) la selección del tercero; (3) la reunión con el tercero; (4) los principios del procedimiento ADR; (5) la terminación del procedimiento ADR; y (6) la relación entre el ADR y el arbitraje.

### A. Comienzo del procedimiento ADR

El Reglamento establece una dicotomía en cuanto al comienzo del procedimiento ADR atendiendo a la existencia (o no) de un acuerdo ADR.

#### a) En presencia de acuerdo de ADR

Cuando existe un acuerdo de ADR, la parte que desee comenzar un procedimiento ADR, o las partes en forma conjunta, deberán enviar una solicitud de inicio de un procedimiento al Secretariado de ADR de la CCI que establezca: (i) los datos de las partes y sus representantes legales; (ii) una descripción de la controversia con un estimado de su cuantía; (iii) la designación conjunta del Neutral o Tercero<sup>26</sup> o, en caso de que no exista una designación conjunta, el acuerdo que especifique las características que el mismo debe reunir a efecto de su designación por la CCI; y (iv) el anticipo del procedimiento ADR.

#### b) En ausencia de acuerdo de ADR

En caso que no exista un acuerdo ADR, una parte que desee comenzar un procedimiento ADR deberá enviar a la CCI una solicitud de inicio que deberá contener: (i) los datos de las partes y sus representantes legales; (ii) una descripción de la controversia con un estimado de su cuantía; (iii) una propuesta acerca de las características que el Tercero debe reunir a efecto de su designación por la CCI o una propuesta de uno o más candidatos para su elección por las partes; y (iv) el anticipo del procedimiento ADR. El requisito (iii) es optativo.

### B. Selección del tercero

El éxito de un procedimiento ADR depende, en gran medida, del Tercero. El papel que el Tercero jugará en el drama del ADR es no

<sup>26</sup> En lo sucesivo me referiré al "conciliador", "Neutral" o "Tercero" como "Tercero" por ser la nomenclatura que la comisión de traductores al castellano del Reglamento ADR (de la cual el autor formó parte) prefirió. El viraje terminológico en este estudio entre "conciliador" y "Tercero" obedece a que se comentan instrumentos distintos.

sólo crucial sino difícil por la destreza que deberá mostrar a efecto de avenir a las partes del mismo.<sup>27</sup>

Le corresponde a las partes designar al Tercero. Sólo en caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo lo hará por ellos la CCI. En ambos casos deberá procurarse que el Tercero tenga las credenciales y habilidades que lo hagan apto para crear la atmósfera de confianza necesaria para propiciar el diálogo y, eventualmente, un arreglo.

Existe la posibilidad de *objetar* (no recusar) al Tercero, pero ello debe hacerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de su designación y expresando las razones que motivan la objeción.

Es posible que el Tercero sea un órgano colegiado sin que necesariamente el número sea impar. Lo anterior por razones obvias: no es necesario que exista un mecanismo que resuelva el problema derivado de la falta de acuerdo en la solución. Esto puesto que en general la solución vendrá de las partes o, en todo caso, es una mera recomendación.

En caso de que la especie del mecanismo ADR requiera que el Tercero emita la "recomendación" (o como sea que las partes lo bauticen) será necesario establecer en el acuerdo que motive el procedimiento la forma en que dicha laguna se resolverá, puesto que el Reglamento ADR no establece nada al respecto, correctamente, en mi opinión. En caso de no establecerse nada al respecto, existe la posibilidad de que cada Tercero emita su propia recomendación.

### C. Deber de reunirse con el tercero

Las partes, al someterse a su procedimiento de ADR, se comprometen a seguir dicho procedimiento por lo menos hasta la primera junta con el Tercero. Lo anterior constituye un hito en los antecedentes de los MASC, por lo menos en lo que se refiere a la mediación y conciliación, puesto que al ser su naturaleza voluntaria, la cláusula que los contemplara carecería de contenido obligacional que le diera efectos prácticos.

<sup>27</sup> Invito al lector a pensar en las ocasiones en las que ha tenido que resolver discusiones en las cuales las partes están irritadas. Ahora piense que deberá saber cuándo apelar a la razón, cuándo a la moral, a la conveniencia, y demás circunstancias de las que tenga que echar mano a efecto de (a veces) hacerle ver a una parte que "un mal arreglo es mejor que un buen pleito", ¡y todo ello sin poder decirle por qué!, asumiendo que la contraparte ha solicitado que cierta información se mantenga como confidencial.

Ante el conflicto anterior, en el sentido de cómo hacer útil el compromiso de mediar cuando por su naturaleza es voluntario, el Reglamento ADR encontró un justo medio: obligar a que, si la cláusula ADR tiene lenguaje obligatorio, las partes tengan la obligación de agotar la primera junta con el Tercero antes de proceder con arbitraje o litigio. La razón de esta medida fue propiciar los elementos para que las partes efectúen las pláticas acerca de la controversia y se mejoren las posibilidades de resolver amigablemente la misma.

#### *D. Principios del procedimiento ADR*

##### *a) Objetivos*

El Reglamento ADR de la CCI tiene por objeto contar con un procedimiento que sea lo más rápido, ágil y bajo en costos posible. A su vez, se ha diseñado con miras a que las partes tengan el mayor control posible del procedimiento.

##### *b) Mediación como solución en ausencia de pacto en contrario*

La solución práctica que ha adoptado el Reglamento ADR es establecer que, en caso de que las partes no logren acordar la especie de ADR a emplear, la regla general será la *mediación*.

Como se mencionó con anterioridad, la mediación es el mecanismo por virtud del cual un Tercero actúa como un conducto que facilite que las partes lleguen a una solución negociada de su controversia. Lo anterior se realiza mediante juntas confidenciales entre cada una de las partes y el Tercero designado, conocidas como "caucus", en las que las partes pueden hablar libremente con el Tercero sin necesidad de preocuparse por que éste transmita a las otras partes lo allí mencionado, puesto que las mismas son confidenciales.

No obstante que la mediación es el método establecido en ausencia de pacto en contrario, las partes pueden pactar el método que juzguen más conveniente. La clase de método que las partes escojan será dependiente de las circunstancias del caso. Los elementos que pueden influir son, por ejemplo, la relación entre las partes, la cultura de negocios de las partes, lo posicionado de las partes en la controversia, la psicología imperante al momento de la controversia, lo

desgastada de la relación, el deseo de las partes de mantener una relación de negocios, la sofisticación de las partes, la solidez de la postura legal de las partes, entre otros.

#### *E. Terminación del procedimiento ADR*

A efecto de eliminar ambigüedades y la posibilidad de que el procedimiento ADR le reste celeridad a la solución de la controversia, el Reglamento ADR ha establecido causales que, de presentarse, dan por terminado el procedimiento ADR. Éstas son:<sup>28</sup>

- La firma de una transacción.
- La notificación por una (o más) de las partes al Tercero de su decisión de no continuar con el procedimiento ADR.
- El agotamiento del procedimiento ADR.
- La notificación del Tercero de su opinión en el sentido de que el procedimiento ADR no logrará resolver la controversia entre las partes.
- La expiración del término establecido para el procedimiento ADR.
- La falta de pago a la CCI.
- La falta de designación del Tercero.

No se abundará sobre las causales por dos motivos: en su gran mayoría son autoexplicativas, y hacerlo rebasaría el propósito de este estudio. Tan sólo mencionaré que resulta de gran utilidad dejar claro qué situaciones darán por terminado el procedimiento ADR a efecto de que la utilización del mismo no se torne contraproducente como resultado de demoras o malentendidos.

#### *F. ADR y arbitraje*

En ocasiones pueden surgir dudas acerca de la relación que guarda el uso del Reglamento ADR con el arbitraje. La respuesta es simple. Ambos reglamentos son complementarios, puesto que, si los esfuerzos de resolver una controversia con base en la buena fe y el espíritu de cooperación son infructuosos, de así pactarse, podrá recurrirse al arbitraje para llegar a una decisión con fuerza legal. Sin embargo, la

<sup>28</sup> Artículo 6(1) del Reglamento ADR.

cláusula que contenga el binomio ADR/arbitraje debe ser redactada con cuidado para que, adecuándose a las necesidades del caso, se evite que una constituya un óbice para el buen funcionar de la otra.

## VI. COMENTARIO FINAL

El desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias es un fenómeno encomiable que en tiempos recientes ha presentado avances importantes. Los mismos deben encontrar una respuesta en el foro mexicano desde dos puntos de vista. Por principio de cuentas, del lado del legislador: la nueva Ley Modelo sobre Conciliación Internacional debe ser adoptada en México.

Por otro lado, la siguiente respuesta, que conlleva un reto, recae en los hombros de los practicantes: *debemos entender la utilidad de la institución a efecto de emplearla cuando los intereses de nuestros clientes puedan ser mejor servidos mediante la misma*. Si bien los MASC pueden ser útiles en diversas circunstancias, no todo problema es apto para encontrar una solución mediante los mismos. Lo difícil —como todo en la vida— es saber aquilatar el justo medio y/o los casos/circunstancias que lo justifican. Es esto, entre otras cosas, lo que hace que el derecho (y su práctica) rebase las características de una ciencia para caer —con frecuencia— en un arte.

Los MASC son una herramienta que, si bien no es nueva, ha sido poco empleada. En la experiencia del autor pocos practicantes en verdad conocen la utilidad de dichas herramientas y, aun conociéndola, se percatan de los casos en los que puede ser de utilidad. Esta observación aplica inclusive al autor mismo. Debo confesar que después de bastante tiempo de haber estudiado el tema y aun habiendo tenido experiencias en materia de MASC, en las últimas revisiones de este artículo me he percatado que una negociación pudo haberse encauzado mediante MASC.<sup>29</sup> Por consiguiente, invito al lector a hacer un análisis acerca de las negociaciones, diferencias y demás casos que ha manejado y que posiblemente pudieron haberse canalizado con algún MASC.

<sup>29</sup> Si de algo puede servirle al lector, mencionaré que realicé la propuesta a las partes y, no obstante varias (intensas y con frecuencia hostiles) pláticas acerca de la solución, las partes acudieron al procedimiento y, a la fecha, va por buen camino. Me veo imposibilitado de dar más detalles por razones de confidencialidad.

## LA SUBROGACIÓN DEL PRECIO A LAS COSAS HEREDITARIAS EN LA PERSPECTIVA DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *El § 6b del senatoconsulto Juvenciano y la interpretación de Ulpiano en D.5.3.20.17: precio o cesión de las acciones.* III. *Ulpiano y el significado de la palabra pervenisset.* 1. *El precio no causó enriquecimiento.* 2. *El enriquecimiento es superior al precio obtenido.* IV. *Interpretación de los conceptos deperissent deminutaeve.* V. *Conflicto precio-cosa.* VI. *Conclusiones respecto al contenido del §6b del senatoconsulto.*

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En estos últimos años hemos dedicado nuestro estudio al senadoconsulto promulgado en el 129 d. C. bajo el imperio de Adriano que la romanística moderna lo denomina con el nombre de “Juvenciano” porque uno de los cónsules que hizo la propuesta al senado fue el conocido jurista Juvencio Celso,<sup>1</sup> como debemos recordar la deci-

<sup>1</sup> Sobre tal senatoconsulto hemos realizado las siguientes publicaciones: “*Senatusconsultum Iuventianum*. Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 1998, núm. 22, pp. 139 y ss.; “La apelación frente al senado en la edad adrianea. Una teoría con base en D.5.3.20.6”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 2001, núm. 25, pp. 229 y ss.; “La responsabilidad del poseedor de buena fe respecto a los frutos e intereses en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 2003, 15, pp. 675 y ss.; “El principio *dolus pro possessione* est en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 2003, núm. 27, pp. 305 y ss.

sión del senado tenía como origen un problema de *vindicatio* por parte del fisco de las *partes caducae* de los bienes que formaban parte de la herencia de una persona que se llamaba Rústico, los poseedores (que se creían herederos) habían vendido las cosas hereditarias antes que fueran pedidas por la autoridad,<sup>2</sup> por ello era necesario determinar el contenido de la responsabilidad de los mismos, que si bien no tenían en su poder las cosas, habían recibido un precio que les había causado un enriquecimiento en su patrimonio. La subrogación del precio a las cosas hereditarias se encuentra establecida en el § 6b del senadoconsulto y la aplicación de tal disposición a la petición de herencia<sup>3</sup> por parte de la jurisprudencia romana presenta una serie de problemas que tienen gran interés en la ciencia jurídica que trataremos de explicar a continuación.

## II. EL § 6B DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO Y LA INTERPRETACIÓN DE ULPIANO EN D.5.3.20.17: PRECIO O CESIÓN DE LAS ACCIONES

En la parte de nuestro senadoconsulto citada en D. 5.3.20.6b, se hace referencia a la responsabilidad de los vendedores de las cosas hereditarias en este modo:

*Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenisset, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.*<sup>4</sup> (Al mismo modo se dispone que aquellos a los que la herencia

<sup>2</sup> En D.5.3.20.6a se hace una breve referencia a una controversia que se refiere a la herencia de una persona llamada Rustico: *cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint...* (Antes de que el fisco hubiese pedido las partes caducas de los bienes de Rustico, los que se estimaban de ser herederos vendieron la herencia...).

<sup>3</sup> ULPIANO, libro quinto decimo ad edictum in D.5.3.20.9: *in privatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit.* (No hay quien dude que, si bien haya sido hecho respecto de una causa pública, también tiene lugar este senadoconsulto en las peticiones de los particulares). Sobre el presente texto ver, entre otros, S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità, ambigere ambiguitas ambiguus*, Bari, 1998, pp. 74 y ss.

<sup>4</sup> La presente parte del senadoconsulto no presenta problemas de interpolación, como puede observarse en E. LEVY, E. RABEL, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, 1929, 77.

hubiera sido pedida, si en contra de ellos hubiera sido juzgado, deberían entregar los precios que hubieran llegado a ellos de las cosas hereditarias vendidas, también si estas cosas se hubieran destruido o dañado antes que la herencia hubiera sido pedida).

La decisión de los *patres* era que los demandados, en contra de quienes se había pronunciado una sentencia desfavorable, debían entregar los precios obtenidos de la venta de las cosas hereditarias, también en el caso en que las mismas, antes de la petición de la herencia, se hubieran perdido o hubieran sufrido una disminución.

Ulpiano, en el mismo libro décimo quinto *ad edictum* explica el contenido del §6b del senadoconsulto,<sup>5</sup> comienza en D.5.3.20.17 citando la presente parte de la disposición y afirma además la posibilidad de la transmisión de las acciones que se refieren al precio, en D.5.3.20.18-20 analiza problemas en donde el precio no fue recibido por el poseedor; en D.5.3.20.21 hace algunas consideraciones en relación con los conceptos *deperissent deminutaeve*; después los compiladores justinianos interrumpen la narración de Ulpiano e incluyen un texto de Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale*, D.5.3.21<sup>6</sup> que explica tales términos y un texto de Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.22<sup>7</sup> que presenta una hipótesis en que existe una relación entre el precio, la cosa y el enriquecimiento; después continúa el desarrollo del análisis de Ulpiano en D.5.3.23.pr donde afirma la "ambigüedad" del concepto *pervenisse*, en D.5.3.23.1 presenta la hipótesis en que el enriquecimiento es superior al precio recibido, los compiladores lo interrumpen nuevamente incluyendo un texto de Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.24<sup>8</sup> donde se encuentran ejemplos de elementos que no deben considerarse en la entrega. Ulpiano regresa en D.5.3.25.pr.-1 presentando casos en que existe conflicto entre la cosa y el precio; después el jurista analiza el § 6c del senadoconsulto en D.5.3.25.2 hasta D.5.3.25.16, y en

<sup>5</sup> Ver O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Roma, 2000, 2, pp. 502 y ss.

<sup>6</sup> LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1, pp. 200 y ss. Incluye el texto de Gayo bajo el título "*Si hereditas petatur*".

<sup>7</sup> LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1, pp. 1001 y ss. Incluye el texto de Paulo bajo el título "*Si hereditas petatur*".

<sup>8</sup> Ver nota anterior.

D.5.3.25.17 presenta un problema que puede relacionarse con el §6b de la disposición.

En su comentario al texto del senadoconsulto Ulpiano, en el mismo libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.20.17 afirma:

*Ait senatus: 'placere, a quibus petita hereditas fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve essent restituere debere'. bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non, quia habet actionem, debet pretium praestare: sed ubi habet actionem, sufficit eum actiones praestare.*<sup>9</sup> (Dice el senado: 'es decidido que los poseedores, contra quienes fue pedida la herencia, si en contra de ellos fue juzgado, deban entregar los precios que a ellos llegaron de las cosas hereditarias vendidas, también si estas cosas se hubieran destruido o dañado antes que la herencia hubiera sido pedida'. El poseedor de buena fe que vendió las cosas hereditarias si bien exigió el precio, si bien no, porque tiene la acción, debe entregar el precio; pero si tiene la acción es suficiente que ceda las acciones).

El jurista al analizar la cláusula del §6b del Juvenciano cita su contenido con pequeños cambios: en lugar de *hereditas petita* menciona: *petita hereditas*; elimina la palabra *eae* y cambia el tiempo del verbo, en lugar de *fuissent* utiliza *essent*, pero tales cambios pueden explicarse en el sentido que el jurista incorpora el contenido de la disposición en su narración. Ulpiano, pasando del plural al singular, expresa que el poseedor de buena fe (porque se considera heredero como afirma en D.5.3.20.12), el cual haya vendido las cosas hereditarias, deberá de todos modos dar al actor el precio recibido, bien sea que lo haya obtenido, bien sea que todavía no lo hubiera recibido, y en este caso será suficiente que él ceda las acciones.

Como podemos observar en la hipótesis de la falta de pago por parte del comprador (v.gr. porque todavía no se había llegado al pla-

<sup>9</sup> BESELER, *Beitraege zur Kritik der roemischen Rechtsquellen*, Tuebingen, 1920, 4, 37, ve los términos *sed ubi... praestare* interpolados, pero su posición no ha sido aceptada en doctrina: así G. LONGO, *L'hereditatis petitio*, Padova, 1933, pp. 151 y ss., considera el texto clásico; S. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954, 100, núm. 48, no ve problemas de interpolación que pudieran modificar la explicación del jurista en relación con el concepto de *pretium pervenire*.

zo establecido o porque se encontraba en mora), Ulpiano afirma que la responsabilidad del vendedor consiste en la cesión al actor de las acciones para conseguirlo, evitando en este modo que el poseedor de buena fe tuviera que entregar un precio que todavía no había recibido. Según nosotros las razones que han hecho considerar a Ulpiano la cesión de las acciones en alternativa a la entrega del precio, se encuentran en la cláusula del senadoconsulto citada en D. 5.3.20.6c, que limita la responsabilidad del demandado, poseedor de buena fe, al enriquecimiento:

*...eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*<sup>10</sup> (...pero aquellos que tuvieran justas causas para considerar que a ellos pertenecían los bienes deben ser condenados en los límites en que se hayan enriquecido con base en aquella cosa).

Quien hubiera tenido una justa causa para considerar que los bienes le habían pertenecido, era llamado a responder únicamente en los límites en que se hubiera enriquecido; en este modo, si bien, el que vendió las cosas hereditarias en buena fe todavía no había obtenido el precio, como el ejercicio de las acciones para obtenerlo produciría un beneficio económico a su favor, la cesión impediría tal efecto y liberaría en este modo al demandado de posteriores responsabilidades.

La subrogación del precio a la herencia y la posibilidad que el poseedor pueda ceder las acciones son soluciones que encuentran antecedentes en la jurisprudencia antes que fuera aprobado el senadoconsulto Juvenciano, como puede verse en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.18 pr., que afirma:

*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, quia suo periculo male argentario credit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui*

<sup>10</sup> No existen dudas de su contenido clásico como puede comprobarse en *Index interpolationum, op. cit.*, p. 77.

*bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.*<sup>11</sup> (También resulta observar si el poseedor de una herencia que haya hecho la venta por medio de un banquero y perdió por éste el importe del precio es obligado con base en la petición de herencia, ya que nada tiene y nada puede conseguir. Y opina Labeón que sí es responsable, porque el haberse fiado indebidamente del banquero fue a su riesgo; pero dice Octaviano que no tiene que entregar más que sus acciones, y que sólo por éstas se le puede demandar con la petición de herencia. A mí me gusta más la opinión de Labeón en lo que se refiere al poseedor de mala fe; y me parece que se deba seguir la opinión de Octaviano en cuanto al poseedor de buena fe).

El presente texto que tuvimos ocasión de analizar en relación con ciertos aspectos de la venta de herencia,<sup>12</sup> en el punto que tiene importancia en este momento son las dos diferentes posiciones de Labeón y Octaviano en lo referente a la medida de la responsabilidad del poseedor de la herencia, que la ha vendido y que después perdió el precio pagado, dejándolo en depósito de un banquero que había actuado como intermediario en el negocio. El primer jurista considera la responsabilidad en todo caso por parte del poseedor, mientras que el segundo considera la cesión de las acciones. En estas dos dife-

<sup>11</sup> Desde el punto de vista interpolacionístico, *cfr.* BESELER, *Beitraege* cit., 4, pp. 12 y ss., cuya posición es aceptada por F. SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, en TR, 24, 1956, pp. 301 y ss. Actualmente no existen dudas de su autenticidad: M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Memorie ANL, serie VIII, 6, 1954, 131 ss.; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., 93; G. PROVERA, *La vindictio caducorum*, Torino, 1964, pp. 35 y ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, en Studi Scherillo, 1, Milano, 1972, 387; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991, pp. 232 y ss., y *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, pp. 55 y ss.; A. CALONGE MATELLANES, *Los iuris possessores legitimados pasivos a la hereditatis petitio*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor U. Álvarez Suarez*, 1978, pp. 35 y ss.; últimamente F. J. Andrés SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid, 1997, pp. 59 y ss., que interpreta el texto según nuestra opinión de modo erróneo, porque afirma: "Ulpiano presenta el caso de un poseedor de la herencia que la vende, y el precio obtenido lo deposita en manos de un *argentarius*, el cual lo pierde"; en verdad el pasaje dice únicamente que el vendedor deja el dinero, que constituye el precio de la venta de la herencia, depositado en las manos del banquero, el cual lo había obtenido como intermediario del negocio: *venditione per argentarium facta*.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, "Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 21, 1997, pp. 85 y ss.

rentes posiciones debemos observar la ausencia de cualquier distinción entre poseedor de buena y de mala fe, que por el contrario representa el punto clave en la opinión ecléctica de Ulpiano, aceptando la propuesta de Labeón para el poseedor de mala fe y aquella de Octaviano en el caso de quien hubiera actuado en buena fe.

Si bien Labeón crea que el poseedor es responsable hacia el efectivo titular de la herencia, no podemos afirmar con certeza que en su parecer la obligación del vendedor tenga por objeto la subrogación del precio a la herencia, porque la referencia indirecta de Ulpiano se limita a decir: *Labeo putat eum teneri*, sin especificar si se refiere al precio o a la misma cosa;<sup>13</sup> pero en el caso de Octaviano es más clara tal subrogación, porque, si el poseedor de la herencia es obligado a transmitir las acciones que tiene en contra del banquero, sin duda tales acciones corresponden al precio recibido y no a la cosa vendida.

Di Paola<sup>14</sup> considera la solución de Labeón demasiado ventajosa para el heredero, porque si el poseedor de buena fe creyó de afrontar un riesgo en relación a cosas que le pertenecían, de todos modos será responsable; si por el contrario el poseedor es de mala fe, la solución de Octaviano sería demasiado ventajosa para él, porque no solamente sabe que la cosa no es suya, sino que además se liberaría de su responsabilidad con la simple cesión de las acciones; por esto, la propuesta presentada por Ulpiano logra resolver en modo más o menos equo la responsabilidad del poseedor en base al criterio buena/mala fe, tomado en consideración.

El texto apenas observado es una prueba que ya antes del senadoconsulto Juvenciano existían vestigios de la subrogación del precio a la herencia, y que la pérdida del precio depositado con el banquero no era un obstáculo en su aplicación, porque quien vendió la herencia tenía todavía las acciones para pedir la entrega al mismo banquero.

En conclusión, en la visión de Ulpiano la pérdida del precio no causa enriquecimiento porque no ha llegado al poseedor de buena fe según lo establecido en D.5.3.23.pr (texto que veremos en el siguiente inciso); pero, si tal pérdida ha sido determinada por un tercero, en el caso mencionado en D. 5.3.18 pr, un banquero, si bien el poseedor

<sup>13</sup> En el mismo sentido Andrés SANTOS, *Subrogación real* cit., 60 y M. MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, Koeln, Weimar, Wien, 1998, p. 330.

<sup>14</sup> DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., p. 116.

puede ejercitar una acción, y obtener un enriquecimiento, debe en consecuencia transmitir las acciones al actor.

La subrogación del precio a la herencia puede encontrarse también en juristas contemporáneos al senadoconsulto como Celso, el cual es citado por Ulpiano en el mismo libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.18.1:

*Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit.*<sup>15</sup> (Si alguno no era poseedor de hecho, ni poseedor de derecho, cuando a él se demandó la herencia, pero después haya adquirido alguna cosa, se cuestiona si deba por esto ser sujeto a la petición de herencia. Razonablemente Celso escribe en el libro cuarto de los Digestos que él debe ser condenado, si bien desde el principio nada haya poseído).

El jurista tardoclásico presenta el problema si el demandado, el cual al pedirse la herencia no era poseedor de la cosa, ni poseedor de derecho, pero después adquirió alguna cosa, deba por esto ser obligado a la petición de herencia. Correctamente, Celso, en el libro cuarto de los Digestos,<sup>16</sup> escribe que debe ser condenado, si bien desde el principio no hubiera poseído nada.

<sup>15</sup> Críticas interpolacionísticas pueden verse en *Index Interpolationum*, *op. cit.*, p. 75; Beseler, *Beitraege*, *op. cit.*, 4, 13 *quia neque rei neque iuris velut possessor erat*, (e incluye *nihil possidebat*), así como *hunc condemnandum, licet initio nihil possedit*, porque según el autor no puede ser condenado un demandado que no tiene la cosa; en el mismo sentido, M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, ZSS, 51, 1931, pp. 103 y ss., pero después en *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, ZSS, 72, 1955, 100 cambia opinión y considera la posibilidad de la condena; LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, p. 128, observa que el texto no es genuino porque los justinianos han eliminado la respuesta a la cuestión que el jurista daba y sustituyeron la respuesta afirmativa por una negativa, lo mismo sucede, por ejemplo, en el caso de Próculo (D.6.1.27.1), al cual los compiladores le hacen decir que también no poseyendo, la condena es posible: *probanda est Proculi sententia ut omnimodo condemnentur*. Formalmente se puede observar la evidencia de un cambio debido a una segunda mano con los términos: *hunc condemnandum* que deberían referirse al *teneri* usado por Ulpiano en la propuesta de la cuestión, pero según nosotros tales posibles cambios formales no son decisivos, y como observa M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956, pp. 42 y ss., existen una serie de pasajes (entre los que se encuentra D.5.3.18.1), en que, bajo la visión de juristas proculeyanos, viene afirmada la legitimación pasiva del demandado en relación con la adquisición de la posesión después de la *litis contestatio* y antes de la condena.

<sup>16</sup> El libro cuarto de los Digestos de Celso según Lenel, *Palingenesia*, *op. cit.*, 1, 132 se encuentra bajo el título: *si hereditas petatur*.

En el pensamiento de Celso no es utilizada específicamente la palabra “precio”, pero se menciona en términos generales la adquisición de “alguna cosa”: *postea aliquid adeptus est*, pudiéndose incluir por este motivo también el precio.

Juliano específicamente en el libro *sexagensimo quarto digestorum*, título denominado por Lenel “*Ad legem Aeliam Sentiam*”,<sup>17</sup> en D.4.2.18 afirma:

*Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescriptis ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.*<sup>18</sup> (Si la misma cosa que llega a alguien se destruyó, no diremos que se haya hecho más rico; pero si se transformó en dinero o en otra cosa, no se debe más investigar cuál sea el resultado, porque en cualquier modo debe considerarse que él se enriqueció también si después la pierda. Ciertamente también el emperador Tito Antonino realizó un rescripto a Claudio Frontino, en relación con el precio de las cosas hereditarias, pudiéndose demandar la herencia, también en el caso en que las cosas que se encontraban en la misma, no las tuviera el demandado, sino su precio, o la especie en que se hubieran transformado, ocasionándole enriquecimiento, subsistiendo en tal caso la obligación en el mismo modo que si hubieran permanecido las mismas cosas siempre en la misma especie).

<sup>17</sup> *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472. En relación con el problema que si el mencionado pasaje corresponde efectivamente al libro *sexagensimo quarto*, Ch. APPLETON, *La date des Digesta de Julien*, RHDE, 34, 1910, pp. 783 y ss., es contrario, así como A. CARCATERA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, Roma, 1948, 2, pp. 147 y ss., y A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo biobibliografico*, Labeo, 1964, 10, 413, porque creen que el contenido del mismo no se refiere a la ley *Aelia Sentia*, como se menciona en la *inscriptio*; probablemente esto es un error del copista que al ver LBIV (es decir, libro cuarto) lo había interpretado como LXIV. En el libro IV el problema se adecua perfectamente al referirse a la *actio quo metus causa*. En sentido contrario CUYACIO (citado por APPLETON, *op. cit.*, p. 784 y CARCATERA, *op. cit.*, p. 147); LENEL, *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472; LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>18</sup> Crítica interpolacionística en *Index interpolationum*, *op. cit.*, p. 47; si bien la doctrina que veremos a continuación no niega su contenido clásico.

El problema que se presenta es el enriquecimiento del poseedor de la cosa hereditaria ajena, presentando dos hipótesis; la primera, que la cosa se destruya cuando se encontraba en manos del poseedor, en esta situación no es considerado como enriquecido (el término *alius* indica al poseedor que es "otro" en relación con el demandante; la segunda, si la transforma en dinero o en otra cosa (porque ha sido vendida o dada en permuta), existiría enriquecimiento también si se hubiera perdido el nuevo objeto con la consecuente responsabilidad frente al heredero.

Tal texto según parte de la doctrina,<sup>19</sup> mostraría que Juliano no había aplicado el Juvenciano porque falta la distinción entre la buena y mala fe, así como una cita expresa al mencionado ordenamiento.

En lo que respecta al primer punto no consideramos que haya sido necesario hacer tal distinción, porque bien sea que el poseedor hubiera actuado en buena o en mala fe, el heredero podrá pedir el dinero o la otra cosa (Ulpiano en D.5.3.20.12 era contrario a la subrogación de quien tenía conocimiento que las cosas hereditarias eran ajenas, pero su posición aceptaba excepciones a la regla); en cuanto al segundo punto, la falta de referencia al senadoconsulto no es decisiva, porque el término *et*, traducido como "también" con el cual se presenta la disposición imperial: *nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino* puede significar una referencia al senadoconsulto, o que además a la existencia de la presente disposición existían otras donde el criterio mencionado encontraba aplicación; según nuestra opinión no existen razones para creer que Juliano hubiera tenido necesidad de citar expresamente el Juvenciano, porque si la presente disposición había tenido importancia en diferentes materias, probablemente en el tiempo en que había escrito el texto, tenía más presente el rescripto de Antonino Pío porque era posterior al senadoconsulto.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> A. LEINWEBER, *Die hereditatis petitio*, Berlín, 1899, pp. 88 y ss.; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften Roemischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, zweite, Voellig neue Bearbeitung, Osnabrueck, 1965, 28; APPLETON, *La date des Digesta de Julien*, *op. cit.*, pp. 749 y ss.

<sup>20</sup> Si en el libro *XLII digestorum* D.40.2.5 JULIANO hace mención a su consulado con Antonino Pío, ciertamente el rescripto del mencionado emperador cronológicamente es más cercano al tiempo en que había escrito el libro *LXIV*; sobre el presente problema, ver FITTING, *Alter und Folge...* *op. cit.*, pp. 21 y ss.; con fuertes dudas, *cfr.* APPLETON, *La date del Digesta...* *op. cit.*, pp. 731 y ss.

Un pasaje de Ulpiano, en el mismo libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.33.1, puede también demostrar la aplicación de la subrogación del precio a las cosas hereditarias por parte de Juliano:

*Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestitutum, imputaretur enim ei, si non distraxisset; quodsi necessarium hereditati, si quidem vivit, ipsum praestandum, si decesserit, fortassis nec pretium. Sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit; et verius est.*<sup>21</sup> (Escribe Juliano, que si el poseedor hubiera vendido un esclavo, si en verdad no era necesario a la herencia, en la petición de herencia deberá entregar el precio, porque le sería imputado, si no lo hubiera vendido; pero si era necesario a la herencia, si es que vive, deberá entregar el mismo, pero si murió, a lo mejor ni siquiera el precio; pero el mismo escribe que el juez no debe soportar que el poseedor obtenga lucro con el precio, tal opinión es verdadera).

En el presente texto debemos antes que nada determinar el significado de los términos (*necessarium-non necessarium*) *hereditati* porque tal distinción es la razón de los diferentes criterios de responsabilidad propuestos; según nuestra opinión, de acuerdo con las recientes investigaciones de la romanística moderna sobre el papel de los esclavos en la gestión de las actividades económicas,<sup>22</sup> podemos con-

<sup>21</sup> Con referencia a la doctrina interpolacionista BESELER, *Beitraege...* *op. cit.*, 3, 114, considera no genuina la parte que va de *imputaretur* a *distraxisset*; así también en el volumen 4 de la misma obra, en la p. 18 incluye además: *sed non a verius est*; porque según el autor una buena administración puede sugerir pero no imponer la enajenación de una cosa no totalmente útil; en el mismo sentido CARCATERRA, *op. cit.*, p. 223; LONGO, *op. cit.*, p. 170; si bien acepta como interpolada la parte que va de *imputaretur* a *distraxisset* incluye también *fortassis nec pretium*; la primera frase porque en el desarrollo armónico del pasaje aparece como un elemento extraño, tiene el aspecto inconfundible de una explicación posterior hecha por quien trata de explicar el criterio que se encontraba mencionado en el texto clásico; según nuestra opinión no existen razones para negar que tal explicación fuera del mismo jurista, el cual sustituye inmediatamente una dudosa y reciente afirmación a la forma negativa originaria del texto; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, 176 sin negar las críticas textuales aceptadas su sustancia clásica.

<sup>22</sup> Bajo diferentes enfoques ver: I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, pp. 3 y ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, Milano, 1984, pp. 207 y ss.; del mismo autor, *Filius, servus, libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, en *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, a cura di M. Marrone,

siderar como hipótesis que un esclavo es necesario o no a la herencia según el papel que tenga en la administración de la misma, por esto Juliano tomando en consideración tal diferencia, es de la idea que si el esclavo no es necesario a la herencia, será suficiente que el poseedor entregue el precio al heredero; si por el contrario, resulta necesario, deberá entregar al mismo, porque como es notorio, una actividad comercial sin un dirigente que conoce la gestión difícilmente puede continuar a producir beneficios económicos a la herencia.

A Juliano no le interesa el problema de los medios que podrá usar el poseedor para poder entregar al esclavo vendido, pero ciertamente deberá entregarlo. En lo que se refiere a tal aspecto el jurista presenta la hipótesis que el esclavo hubiera muerto, y en tal caso la respuesta *fortassis nec pretium* ha hecho creer que el jurisconsulto adrianeo tuviera una posición diferente al Juvenciano,<sup>23</sup> porque el § 6b del senadoconsulto es claro en afirmar que los precios deberán ser pagados también si las cosas fueran destruidas: *et si eam ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*; pero tal opinión nos parece difícil de aceptar, porque como puede observarse en el texto, la respuesta de Juliano es precedida del término *fortassis* que da una idea de duda, la cuál inmediatamente se encuentra unida a un “*sed*” que se contrapone a la presente afirmación citando Ulpiano la efectiva idea de Juliano que acepta; esto es, el juez que conoce la controversia no debe permitir que el poseedor haya obtenido un lucro con el precio: *sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit* (Juliano).<sup>24</sup>

Palermo, 1992, pp. 231 y ss.; A. KIRSCHENBAUM, *Sons, slaves and freedmen in Roman commerce*, Nueva York, Jerusalem, 1987, pp. 31 y ss.; F. Gallo, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*, en *Imprenditorialità*, op. cit., pp. 133 y ss.; J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, Leiden, Nueva York, Koeln, 1994, pp. 64 y ss.; A. FOLDI, “Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law”, en *RIDA*, 1996, pp. 179 y ss.

<sup>23</sup> Así Fitting, *Alter und Folge...* op. cit., p. 26, presenta tal término como prueba que el libro sexto de los Digestos de Juliano había sido hecho antes del senadoconsulto, porque existiría una contradicción con el Juvenciano; SCHIPANI, *Responsabilità del convento...* op. cit., p. 178, aceptando la falta de coincidencia entre el senadoconsulto y la posición de Juliano en el aspecto práctico, es de la idea que tratar de armonizar estas disposiciones significaría esconder la originalidad de la aportación del jurista adrianeo.

<sup>24</sup> LONGO, *L'Hereditatis Petitio*, op. cit., p. 170, bajo un criterio interpolacionístico altera el texto considerando que probablemente Juliano afirmaba: *si decesserit <ne pretium quidem>*; así también cree inserida las frases: *<imputaretur enim ei si non distraxisset>*,

Ciertamente en el senadoconsulto falta cualquier distinción en lo referente al grado de responsabilidad del poseedor que dependa de la necesidad o no de la cosa vendida y que la solución de Juliano en D.5.3.33.1 presenta una sutileza científica mayor; pero debemos recordar que el Juvenciano es la decisión del senado en relación con un caso práctico, las *partes caducae* de la herencia de Rústico donde no son considerados tales aspectos.

Un caso similar al que hemos visto lo encontramos en Ulpiano en el libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.20.1:

*Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire.*<sup>25</sup> (Pero no todas las cosas que han sido compradas con dinero de la herencia son consideradas en la petición de herencia. Finalmente escribe Juliano en el libro sexto de los Digestos, que si el poseedor hubiera con dinero de la herencia comprado un esclavo, y a él fuera pedida la herencia, va comprendido en la petición de herencia únicamente si fuera en el interés de la herencia que el esclavo fuera comprado; pero si lo había comprado por interés propio, se comprende el precio).

Como podemos observar, el presente pasaje trata una hipótesis contraria, el poseedor compró con dinero de la herencia un esclavo, su responsabilidad depende según Juliano que el esclavo sea o no de interés para la herencia; en el primer caso, deberá entregar al mismo, en el segundo se dará el precio. Como hemos afirmado antes, que un esclavo sea de interés o no para la herencia depende de la función que desempeñe en el mencionado patrimonio.

y *<fortassis nec pretium>*, porque según el autor en el pensamiento de Juliano si el esclavo había muerto y faltaba el dolo o la culpa, el jurista era de la idea de la absolución del demandado; pero nos parece difícil considerar que Juliano fuera de tal idea cuando el poseedor había recibido un precio por la venta de cosas ajenas, obteniendo una ventaja con el mismo sin que existiera una causa jurídica por la que hubiera podido conservarlo.

<sup>25</sup> La relación entre el presente texto y D.5.3.33.1 puede observarse en: LONGO, *L'Hereditatis Petitio...* op. cit., p. 169; SCHIPANI, *Responsabilità...* op. cit., pp. 175 y ss. BESELER, *Beitraege*, op. cit. 4, 14, considera clásico el contenido del texto y lo presenta como prueba que la decisión de Ulpiano y Juliano es notoriamente contraria al Juvenciano, pero como podemos observar del análisis del texto, esta posición es difícil de aceptar; más críticas al pasaje, sin alterar su contenido, se encuentran en SCHIPANI, *idem*, 176 núm. 7.

Que tales textos no sigan los mismos criterios del Juvenciano no nos parece adecuado, porque como podemos observar, se afirma la posibilidad de entregar el precio en lugar de la cosa vendida, aplicándose inclusive a la cosa comprada; ciertamente falta en el senadoconsulto la distinción entre *sui causa-hereditatis interesse*;<sup>26</sup> *necessarium-non necessarium*; pero como hemos dicho antes, estos criterios tienen relación con el papel y la importancia del esclavo en el ámbito de la herencia, y en el caso de la controversia de Rústico tales aspectos no tienen importancia.

Ciertamente en D.5.3.33.1 y D.5.3.20 falta la distinción entre buena y mala fe que Ulpiano usa como criterio de responsabilidad en relación con el Juvenciano, pero puede notarse que el poseedor actuando bien sea en uno o en otro modo, deberá entregar el esclavo o el precio; el problema de los intereses que representa la consecuencia práctica de la distinción del senadoconsulto no es tratado en estos textos porque no es el argumento central de la presente problemática; si el esclavo es necesario a la herencia deberá entregarse, bien sea que el poseedor hubiera actuado en buena o en mala fe; debemos recordar también que los presentes pasajes son referencias indirectas que Ulpiano había hecho del libro sexto de los Digestos de Juliano,<sup>27</sup> obra que al no llegar a nosotros de forma total, habría podido incluir cualquier referencia a los intereses percibidos; de todo esto podemos considerar que los criterios de responsabilidad *sui causa-hereditatis interesse* y *necessarium-non necessarium* no son alternativos al de buena o mala fe, sino complementarios, solucionando problemas específicos que el senadoconsulto no trata.

Carcaterra<sup>28</sup> había observado que el pasaje en D.5.3.33.1 aplica el criterio establecido en el senadoconsulto y en la *oratio*: "*possessorem* (de buena o de mala fe) *non facere lucrum*"; y por ello la entrega del

<sup>26</sup> ULPIANO en D.5.3.20.pr explica la presente expresión: *item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata*. (También vienen comprendidas en la herencia aquellas cosas que fueron compradas por causa de la herencia, por ejemplo, esclavos, animales y cualquier otra cosa que haya sido adquirida para las necesidades de la herencia). Sobre el esclavo habíamos explicado arriba que su necesidad depende probablemente de la importancia que tenga en la administración de la herencia, en el caso de los animales porque son objetos necesarios para la producción del patrimonio hereditario.

<sup>27</sup> Cfr. LENEL, *Palingenesia*, op. cit., pp. 329 y ss.

<sup>28</sup> CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, op. cit., pp. 226 y ss.

esclavo o del precio es un claro ejemplo que al poseedor no se reconoce el presente lucro.

Otro pasaje donde se encuentra incluido el pensamiento de Juliano con referencia a la subrogación del precio está en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.20.2:

*Simili modo, et si fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitione venire; quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium.*<sup>29</sup>  
(En igual modo, también si haya vendido un fundo hereditario sin causa, tal fundo y los frutos son comprendidos en la petición de herencia; si se haya hecho esto para extinguir una deuda hereditaria, únicamente será comprendido el precio).

El texto forma parte de una citación que había hecho Ulpiano a Juliano<sup>30</sup> en relación con un problema análogo a D.5.3.20.1 mencionado antes; en el presente caso se pregunta el jurista adrianeo sobre el grado de responsabilidad del poseedor de un fundo hereditario que lo había vendido (no especificando si había actuado en buena o en mala fe). En la solución distingue entre dos aspectos: el primero, si la venta había sido hecha sin causa deberá entregar el fundo y los frutos, pero si ha sido hecha para pagar deudas de la herencia deberá entregar únicamente el precio.

Según nuestra opinión quien hace la venta de un fundo con la finalidad de pagar deudas de la herencia es necesariamente un poseedor de buena fe, porque parecería difícil pensar que el *praedo* que conocía la ilegitimidad de su posesión y que había actuado únicamente en interés propio, venda tales cosas para pagar las deudas; por esto, si consideramos tal opinión encontramos que al mismo modo que el Juvenciano la responsabilidad del poseedor sería limitada al pago del precio (de acuerdo con la aplicación del §6b del senadoconsulto

<sup>29</sup> BESELER, *Beitraege...* op. cit. 14 afirmando el contenido clásico del pasaje cree que como presenta criterios diferentes al Juvenciano demostraría, según él, que el senadoconsulto no había sido aplicado en el periodo clásico a la petición de herencia; si bien también nosotros creemos en su claridad, no vemos que el texto sea contrario a las disposiciones del senadoconsulto; también SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...* op. cit. 175 n.6 con referencias a la doctrina interpolacionista afirma su contenido clásico.

<sup>30</sup> A este respecto ver LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1,329.

to); por otra parte, quien hace una venta *sine causa*, sin tener fundamento por el cual ha sido hecho el negocio, porque trata de satisfacer un interés personal no legítimo, es probablemente un *praedo*.

La posibilidad de la cesión de las acciones en relación con el precio es presente en el pensamiento de Juliano como demuestra Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.16.5:<sup>31</sup>

*Idem Iulianus ait, sive quis possidens sive non rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit sive petere possit, ut et hic actionibus cedat.*<sup>32</sup> (El mismo Juliano dice que si bien alguno que posee o no haya vendido la cosa, es obligado con base en la petición de herencia, bien sea que haya recibido el precio, bien sea que lo haya podido pedir, en modo que ceda las acciones).

El mismo Juliano afirma que, si alguno que posee o no, haya vendido la cosa, es obligado con base en la petición de herencia, bien sea que haya recibido el precio, bien sea que lo haya podido pedir, en modo que ceda las acciones; este hecho puede observarse también en la misma obra ulpiana en D.5.3.16.7:

*Idem Iulianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse, quia habet conditionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti iuris possessor*<sup>33</sup> *est. sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi*

<sup>31</sup> Si bien es cierto el presente pasaje de Ulpiano así como D.5.3.16.7 corresponden al libro décimo quinto *ad edictum*, tales no forman parte del comentario del jurista al Juvenciano, al respecto ver: LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 2, 499.

<sup>32</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 9, quita la referencia a la cesión de las acciones: *ut et hic actionibus cedat*, pero como podemos ver en el presente § el demandado puede transmitir las acciones que tiene en contra de los deudores del precio al demandante; otras críticas interpolacionísticas en *Index interpolationum*, op. cit., p. 75; pero su contenido no es discutido, así ver por último MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, op. cit., p. 229.

<sup>33</sup> La doctrina ha discutido el origen clásico de la expresión *iuris possessor*. Crean interpolados tales términos: BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 9; LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 149; pero tales se encuentran en otros pasajes que se refieren a la opinión de Juliano, por ejemplo D.5.3.16.4. Actualmente no existen dudas de su origen clásico: CALONGE MATELLANES, *Los iuris possessores*, cit., pp. 29 a 44; Pelayo DE LA ROSA DÍAZ, *Hereditatis petitio*, en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, 1988, 3, 1261; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 231 y 232, núm. 41; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, 324.

*solvit, peti hereditatem ab eo posse, quia repetere potest. sed his casibus actiones suas dumtaxat eum praestaturum, cum et res exstant et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare.*<sup>34</sup> (Escribe el mismo Juliano que si alguno entregó toda la herencia por causa de un fideicomiso, o dio cosas individualmente, se puede demandar la herencia en contra de él, porque tiene la *condictio* por aquellas cosas, que por tal causa han sido dadas, y es como poseedor de derecho. Se puede demandar la herencia contra de él, también si hubiera pagado por causa de fideicomiso el valor de las cosas que vendió, ya que puede repetir; pero en tales casos él será solamente obligado a transmitir sus acciones, ya que existiendo las cosas, el que demanda las puede reivindicar con la acción real).

Juliano presenta dos problemas:<sup>35</sup> el primero consiste en el hecho que el heredero en razón de un fideicomiso entrega la totalidad de la herencia o algunas cosas hereditarias al fideicomisario;<sup>36</sup> en este caso el titular podrá ejercitar la *petitio hereditatis* en contra del heredero, porque este último con base en la *condictio* puede exigir la devolución de los bienes (actúa como poseedor de un derecho); el segundo consiste en la hipótesis que el mismo heredero, una vez hecha la venta de las cosas hereditarias, transmite el precio al fideicomisario; también en este caso el efectivo titular podrá ejercitar en contra del heredero la petición de herencia con base en las mismas razones. La

<sup>34</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 9, y LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 158, sobre la base de criterios interpolacionísticos niegan que Juliano en origen aceptase el ejercicio de la acción, considerando por esto alteradas las palabras: *quia habet... possessor est*; *Sed his casibus... actionem eas vindicare*. Tal afirmación viene argumentada con el hecho que en D.5.3.13.2 se excluye la posibilidad del ejercicio de la *petitio hereditatis* en contra del fiduciario, únicamente cuando había actuado con dolo. CARCATERA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 18, no acepta tal posición porque afirma que el heredero fiduciario puede ser demandado con la acción hereditaria a condición que quien entregó la herencia tenga la posibilidad de la *condictio* en contra del fideicomisario; el *quia habet conditionem* es sintácticamente, lógicamente y jurídicamente la justificación de la decisión de Juliano.

<sup>35</sup> Sobre tales ver MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 230 y ss., exégesis del texto también realizada por M. KASER, "Controversiam movere", en *Studi in Onore di C. Sanfilippo*, 2, 1982, 257.

<sup>36</sup> Difícil nos parece la interpretación de A. SANTOS, *Subrogación real*, cit., p. 64, el cual cree que el caso haga referencia a "un poseedor hereditario que restituye la herencia completa, o determinados objetos hereditarios, en la creencia de estar dando cumplimiento a un fideicomiso, que en realidad se revela falso"; porque el jurista no afronta el problema si el fideicomiso sea o no verdadero, sino de la falta de titularidad de los bienes por parte del *de cuius*.

responsabilidad en los dos casos del demandado (poseedor de buena fe porque cumple una disposición testamentaria) es limitada únicamente a la cesión de las acciones, porque existiendo todavía las cosas hereditarias, podría también exigir las al fideicomisario.

Con base en las últimas palabras del presente texto *sed his casibus in rem actionem eas vindicare* puede considerarse que el titular de los bienes hereditarios tenga una facultad de opción en el ejercicio de la *petitio hereditatis*: la primera consiste en el ejercicio de la acción en contra del poseedor de la herencia, y en este caso el *praestare*<sup>37</sup> consiste en la cesión de la acción finalizada a pedir la herencia, las cosas hereditarias o bien el precio de las mismas; la segunda consiste en el ejercicio de la misma acción en contra del fideicomisario al cual se piden directamente los bienes, produciéndose los efectos de una acción real con efectos similares a la *reivindicatio*.

Sobre tal conclusión el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.13.2, presenta una solución diferente:

*Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.*<sup>38</sup> (Pero el que entrega la herencia no puede ser obligado a la petición de herencia, siempre que no haya actuado con dolo; esto es, si conocía tal situación y entregó; ciertamente también el dolo pasado viene en la petición de herencia, como si con dolo dejó de poseer).

Según las palabras del jurista, el heredero que debe dar el fideicomiso no se encuentra obligado con base en la *petitio hereditatis* a menos que no haya actuado con dolo, observándose en este modo una solución diferente a la mencionada en D.5.3.16.7. Ulpiano no explica las razones de esta exclusión, sino más bien trata del problema referente a la conducta contraria a la buena fe: el poseedor sabía

<sup>37</sup> El término *praestare* en Juliano ha sido analizado por R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli, 1972, 37.

<sup>38</sup> BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 9, y LONGO, *L'hereditas petitio*, cit., 158; ven alteraciones sustanciales en el pasaje en las partes: *quia-possessor est; sed his casibus-actionem eas vindicare*, pero siguiendo tales posiciones el texto queda sin contenido.

que la cosa era ajena, pero de todos modos había cumplido con la disposición testamentaria.

La doctrina ha tratado de explicar la contradicción en diferentes modos; Longo piensa que la afirmación en D. 5.3.13.2 es clásica mientras que D.5.3.16.7 es el resultado de una modificación de los compiladores, olvidando que en el caso del primer texto había aceptado una opinión contraria;<sup>39</sup> por otro lado, Santos,<sup>40</sup> admitiendo el contenido clásico de D. 5.3.13.2, piensa que Ulpiano en este texto enuncia una novedad existente en su época, que coincide con la extensión de la *hereditatis petitio* en vía *utilis* en contra del fideicomisario, una innovación que todavía no conocía Juliano, el cual utilizaba un criterio rígido del ejercicio de la acción en contra de quien obtenía alguna cosa por causa de la herencia.

Mientras que la opinión de Longo nos parece difícil de aceptar, faltan pruebas que los compiladores hubieran modificado D.5.3.16.7 y no D. 5.3.13.2 (hipótesis que sería igualmente posible en línea teórica), nos parece más interesante la solución propuesta por Santos, porque se encuentra fundada en una diferencia de opiniones entre los juristas que efectivamente podía existir, la citación de Juliano que hizo Ulpiano en D.5.3.16.7 no significa necesariamente que haya aceptado su opinión. La idea que tiene el jurista tardoclásico en relación a que el poseedor hereditario que cumple el fideicomiso no se encuentra obligado podría tener como causa la misma razón indicada en D.5.3.13.5,<sup>41</sup> que permitía el ejercicio de la *hereditatis petitio* en vía *utilis* en contra del fideicomisario y no directamente en contra del poseedor hereditario que había recibido un pequeño precio por la transmisión de la herencia: *ab herede enim peti non expedit perexi-*

<sup>39</sup> LONGO, *L'hereditas petitio*, cit., p. 158.

<sup>40</sup> Andrés SANTOS, *Subrogación real*, cit., p. 65.

<sup>41</sup> ULPIANO, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.13.5: *Idem erit dicendum (acción útil de la herencia) et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.* (Lo mismo deberá decirse también si el heredero por orden vende la herencia a Ticio por un pequeño precio; ciertamente Papiniano opina que se debe dar la acción en contra del fideicomisario, ya que no era conveniente la petición de herencia en contra del heredero que consiguió un precio tan pequeño). Con referencia al mismo *cfr.* nuestra *Propuesta sobre la venta de herencia...* cit., pp. 87 y ss., con referencias bibliográficas.

*guum pretium habente*; así, en tal situación a Ulpiano le parecía correcto excluir la responsabilidad del heredero siempre que no hubiera actuado con dolo.

Ulpiano acepta la responsabilidad del poseedor hereditario sólo en el caso que hubiera actuado con dolo, porque sabía que las cosas que se transmitían al fideicomisario eran ajenas, sin explicar el contenido de la misma, y dejando así abierta la cuestión si tenía por objeto la transmisión de la respectiva acción o bien las cosas transmitidas. Que el poseedor de mala fe hubiera podido liberarse de su responsabilidad transmitiendo la acción nos parece poco probable, porque el mismo Ulpiano cuando trata del argumento lo limita a quien actuó en buena fe como se demuestra en D.5.3.20.17; más segura nos parece la segunda solución porque el mismo jurista afirma en D.5.3.20.12 que, si alguno sabía que la herencia no le pertenecía, se comprendían ciertamente en la petición de herencia las cosas hereditarias y no sus precios, y los frutos de las mismas (*ceterum si quis sciens, ad se hereditatem non pertinere, distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum*).

Según nuestra opinión, la posición de Ulpiano que excluye la responsabilidad del heredero fiduciario, considerando obligado únicamente el fideicomisario ocasiona ciertos problemas; si bien es cierto parece injusto que el fiduciario, que recibió un precio pequeño por la transmisión de la herencia, fuera demandado por el efectivo titular, como se dice en D.5.3.13.5, también es verdad que estos fideicomisos que se transmitían mediante la venta *nummo uno* eran raros en la época en que escribía el jurista, además que con base en el senadoconsulto Pegasiano el beneficio económico que el heredero obtenía consistía en retener la cuarta parte del patrimonio hereditario transmitido.<sup>42</sup> Si el fideicomisario se encontraba obligado a en-

<sup>42</sup> Como puede ser demostrado en GAYO, 2.254: *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur...* (Pero antes, como los herederos instituidos a los que se rogaba restituir toda o casi toda la herencia, rehusaban aceptarla por el nulo o escaso lucro de la misma, quedando sin efecto los fideicomisos, el senado, siendo cónsules Pegaso y Pusión, decidió que el heredero pudiese retener una cuarta parte, tal como la ley Falcidia le autorizaba tratándose de legados...).

tregar al efectivo titular la totalidad de los bienes recibidos, no debemos olvidar que el fiduciario podía encontrarse con una parte de los mismos (la cuarta parte que podía retener); por ello, la posición de Juliano nos parece más adecuada, porque en este modo el demandante tiene dos posibilidades en el ejercicio de la *petitio hereditatis*: interponerla como una acción con efectos personales en contra del poseedor hereditario o como acción real en contra del fideicomisario.

En conclusión, podemos afirmar que la subrogación del precio a las cosas hereditarias es anterior al senadoconsulto Juvenciano (D.5.3.18.pr), así también podemos observar que juristas como Celso (D.5.3.18.1) y Juliano (D.4.2.18.1; D.5.3.33.1; D.5.3.20.1-2) habían considerado tal posibilidad. La cesión de las acciones en relación con el precio afirmada por Ulpiano en D.5.3.20.17 encuentra antecedentes en Octaviano (D.5.3.18.pr) y era aplicada por Juliano (D.5.3.16.5; D.5.3.16.7).

### III. ULPIANO Y EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA *PERVENISSET*

Los problemas que corresponden al término *pervenisset* utilizado en el §6b del senadoconsulto Juvenciano son presentes en D.5.3.20.18-20, así como en D.5.3.23pr-1, pero para afrontar la cuestión comencemos con D.5.3.23.pr porque en tal texto Ulpiano expresa la dificultad de interpretación de su significado:

*Utrum autem omne pretium restituere debet bonae fidei possessor, an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum; finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse.*<sup>43</sup> *Et verbum quidem pervenisse*

<sup>43</sup> La doctrina interpolacionísta ve los términos *finge-vel donasse* sospechosos; así BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 38, que para llegar a tal posición debe sustituir *omne pretium* con *omni modo pretium*; también H. NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen roemischen Recht*, Weimar, 1953, 157, con referencia a más autores; posición aceptada por F. SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, op. cit., 304. LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., 144 nt. 2, la considera una "innocua interpolazione didattica" introducida con la palabra *finge*; pero sin problemas creemos que sea posible atribuir la frase al mismo jurista, sobre todo porque ULPIANO en diferentes pasajes que veremos inmediatamente, toma en consideración problemas en que el precio no ha causado enriquecimiento por los motivos expuestos. Sin dudas de su contenido clásico ver: S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità. Ambigere Ambiguitas, Ambiguus*, Bari, 1998, 76.

*ambiguum est*,<sup>44</sup> *solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id, quod durat; et puto sequentem clausulam senatusconsulti, etsi haec sit ambigua, ut ita demum computet, si factus sit locupletior*.<sup>45</sup> (Se debe examinar si el poseedor de buena fe sea obligado a entregar todo el precio proveniente de la cosa hereditaria enajenada, o bien esto de lo que se hubiera enriquecido. Supongamos que el precio recibido se haya consumido, perdido o donado. La frase que haya llegado es ambigua; ¿se debe tal referir solamente al precio recibido en origen, o bien también a aquel que permanece? Yo pienso que la cláusula del senadoconsulto, si bien es ambigua, se debe interpretar en el sentido que el poseedor sea obligado a dar cuenta de cuanto se haya hecho más rico).

El jurista tardo clásico se pregunta si el poseedor de buena fe deba en cualquier modo dar al demandante todo el precio o sólo la parte que le hubiera causado enriquecimiento, ya que si bien normalmente el precio produce tal efecto, no siempre sucede esto, *v.gr.* si el dinero obtenido se perdió, consumió o donó. La respuesta a la cuestión depende del significado que se atribuye al término *pervenisse*, mencionado en el § 6b de D. 5.3.20, cuya ambigüedad, en su opinión, daba lugar a dos interpretaciones: el precio recibido en origen

<sup>44</sup> BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 38; NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., 157; SCHWARZ, *Studien zur Hereditatis Petitio*, cit., 305, consideran interpolados los términos *ambiguum est-locupletior*, pero tal posición encuentra como dificultad que en otros pasajes (que veremos inmediatamente) el jurista trata de resolver la ambigüedad del concepto *pervenire*; también si DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, op. cit., 110, propone ciertos cambios en el pasaje, el autor no tiene dudas que Ulpiano hacía referencia a la ambigüedad de la palabra *pervenire*; correctamente TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità*, op. cit., p. 76, observa que ULPIANO en el presente pasaje presenta los aspectos más típicos de una *quaestio ex ambiguo*: por una parte un término (*pervenisse*) que tiene diferentes significados, dos exactamente, por otra parte (el jurista) que considera la validez de una de las dos interpretaciones afirmando que la propia solución presentaba mayor conformidad con el texto normativo (*sequentem clausulam senatus consulti*); en relación con su doble significado, véase MUELLER EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., p. 358.

<sup>45</sup> LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., pp. 143 a 144, observa "guasti formali" en el presente pasaje que no tienen importancia en su sustancia; así cree que debería leerse *omnimodo* en lugar de *omne pretium*; la palabra *omne* es a lo mejor causado del deseo de adaptar el fragmento a una mayor explicación interpretativa de las palabras que siguen; pero a nosotros nos parece que el término *omne* tenga una función específica en el texto, y por esto puede considerarse que pertenezca a Ulpiano. Otra modificación según el autor se encontraría en lugar de "*competat*", *computet*; pero es simplemente un error del copista. Estos cambios del texto han sido correctamente considerados por DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, cit., 110, núm. 59, como simplemente formales.

o bien aquello que permanecía posteriormente. La primera interpretación tenía como consecuencia que en el *restituere* se comprendía la totalidad de la cantidad recibida, pero tal solución no parecía compatible con la normativa de la cláusula sucesiva del senadoconsulto, referida en D. 5.3.20.6c, porque no tomando en consideración el efectivo enriquecimiento de quien había actuado en buena fe, se dejaría sin efectos; por esto, la opinión del jurista, con base en tal cláusula, es de la opinión de la segunda interpretación del término *pervenisse*, con base en la cual el poseedor era responsable únicamente en la medida del enriquecimiento duradero, si bien la redacción del texto presenta una cierta oscuridad.

Ulpiano encuentra en el concepto de *pervenire* la llave de acceso que permite la armonía entre las dos disposiciones de los §§ 6b (subrogación del precio a la herencia) y 6c (responsabilidad del poseedor de buena fe en el límite de su enriquecimiento).

Como se entiende en sentido general el enriquecimiento se explica en Gayo, *libro secundo ad legem duodecim tabularum*, D.50.16.234.1, en que se afirma:

*'Locuples' est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit*.<sup>46</sup> (Es "rico" el que tiene lo suficiente con arreglo a la importancia de la cosa que el actor pide que se haya de restituir).

En tal texto se considera el enriquecimiento en relación con lo que el demandado haya conseguido respecto de la cosa pedida por el actor, y su monto se determina con base en tal pretensión; de todo esto

<sup>46</sup> Con base en el presente texto podemos observar la existencia de una disposición de las doce tablas que contenía el término *locuples*, en relación con una regla relativa al modo de actuar en juicio como adecuadamente afirma B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, Index, 26, 1998, 31; el autor cree que en la parte "*Locuples' est, qui satis idonee habet*, probablemente el texto haya sufrido una modificación y propone los términos: *satis idoneus habetur* (pero de todos modos el contenido no cambia). Seguramente en su origen el presente pasaje no tiene nada que ver con el Juvenciano (trataba probablemente del *vindex* a favor del *iudicatus* y del *confesus* como piensa Albanese), pero ciertamente si el presente texto se encuentra en la compilación en el título XVI de *verborum significatione*, esto significa que el término *locuples* presentado por GAYO no puede limitarse en el período justiniano al contexto que tenía en origen, sino que sirve como llave de acceso a la propia obra, y por esto sirve a la interpretación de los términos usados en los textos clásicos si bien corresponden a problemas diferentes.

podemos considerar que en la especie que originó el senadoconsulto es el precio el principal elemento del enriquecimiento que tiene derecho el actor, porque el demandado no tiene la cosa, sino un subrogado de la misma que ha producido en su favor un beneficio económico.<sup>47</sup>

El significado del concepto *pervenire* viene nuevamente explicado por Ulpiano, *libro septuagensimo nono ad edictum*, D.50.16.71, así como *libro quinto decimo ad Sabinum*, D.50.16.164.2. En el primero se dice:

*Aliud est 'capere', aliud 'accipere'. capere cum effectu accipitur: accipere, et si quis non sic accepit, ut habeat. ideoque non videtur quis capere, quod erit restitutus: sicut pervenisse proprie illud dicitur, quod est remansurum.* (Una cosa es "adquirir", y otra "recibir"; adquirir se entiende con efecto; recibir, aunque alguno no haya recibido para tener; y por lo tanto no parece que uno adquiere lo que hubiere de restituir, así como propiamente se dice que "llegó a poder de uno", lo que ha de permanecer en él).

El contexto original en el que se encontraba el texto corresponde a un comentario a la *lex Falcidia*,<sup>48</sup> en un punto donde se subraya la fundamental diferencia entre adquirir en forma definitiva (*capere*) y recibir (*accipere*); por esto el segundo término, diferente al primero, se utilizaba para las adquisiciones, que después en un segundo momento se debían restituir (...*non videtur quis capere, quod erit restitutus*). Al mismo modo, observa el jurista, el término *pervenire* implica que una cosa sea destinada a permanecer en poder de quien la tiene.

Dejando a un lado el concepto de *capere* que no presenta interés en nuestro problema, si aplicamos la presente interpretación al caso del Juvenciano, llegamos a la conclusión que el precio, si bien haya

<sup>47</sup> Correctamente afirma C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943, p. 58, que el enriquecimiento consiste en un resultado económico, y precisamente en un aumento patrimonial complejo, el cual no se refiere necesariamente a cada adquisición.

<sup>48</sup> Así, véase LENEL, *Palingenesia*, cit., 2, 874; también si en origen el presente pasaje no tiene nada que ver con el Juvenciano, el texto como se encuentra en la compilación, en el título XVI *de verborum significatione*, no puede limitarse en el periodo justiniano al contexto que tenía en origen, sino que sirve como llave de acceso a la propia ópera, y por esto sirve a la interpretación de los términos usados en los textos clásicos también si se refieren a problemas diferentes.

sido recibido por los poseedores de buena fe, no se puede en todo caso considerar como "llegado", ya que puede ser consumido, perdido o donado, y por esto no permanecer en poder de los mismos; de tales circunstancias es necesario tener cuenta al momento de valorar la efectividad del enriquecimiento.

El segundo texto, D. 50.16.164.2, que clarifica tal término menciona:

*'Habere' sicut pervenire cum effectu accipiendum est.* ("Tener" como llegar a poder de uno, ha de ser entendido con efecto).

Su contenido, que se refiere a una materia diferente a la nuestra,<sup>49</sup> crea un paralelismo entre los dos conceptos de *habere* y *pervenire* y considera que en ambos se hacen referencias a efectos adquisitivos definitivos.

A la luz de los dos pasajes apenas mencionados, encuentra por ello confirmación lo que se expresa en la parte final de D. 5.3.23 pr., según el cual el poseedor de buena fe demandado no debe necesariamente dar todo el precio recibido de la venta de la herencia, sino únicamente lo que permanece en su poder (*id, quod durat*); con la consecuencia que el mismo produce enriquecimiento únicamente en el caso en que hubiera "llegado" también si las cosas hereditarias se hubieran perdido o disminuido. Ulpiano distingue dos situaciones en relación con el enriquecimiento; la primera en D.5.3.20.18 y 19 donde el precio no ha causado enriquecimiento porque no llegó, y la segunda en D.5.3.23.1 en donde el enriquecimiento es superior al precio recibido.

### 1. El precio no causó enriquecimiento

Ahora que hemos observado el significado del término *pervenire* podemos analizar D.5.3.20.18:

*Sed si vendidit et evicta re restituit quod accepit, non videbitur ad eum pervenisse: quamquam possit dici nec ab initio pretium venire, quia non fuit res hereditaria quae distracta est: sed etsi senatus rerum ex hereditate*

<sup>49</sup> LENEL, *Palingenesia*, op. cit. 2, 1054 incluye el presente pasaje bajo la rúbrica *de legatis*.

*distractarum, non hereditiarum fecit mentionem, restitui tamen non debet, quia nihil apud eum remanet. nam et Iulianus libro sexto digestorum scribit quod indebitum exegit restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit.*<sup>50</sup> (Pero si vendió una cosa, y reivindicada ésta restituyó, no se entenderá que fue a su poder lo que recibió, aunque pueda decirse que ni desde el principio estaba comprendido el precio, porque no fue cosa de la herencia la que se vendió; pero aunque el senado hizo mención de las cosas vendidas procedentes de la herencia, no de las de la herencia, no debe sin embargo restituirse, porque nada queda en su poder. Ciertamente, escribe también Juliano en el libro sexto de los Digestos, que no debe él restituir lo indebido que cobró, y que tampoco ha de poner en cuenta lo que pagó no siendo debido).

El presente pasaje es la directa consecuencia y confirmación de las conclusiones a las que había llegado el mismo jurista en relación al término *pervenire* en D.5.3.23 pr. y D.50.16.71. El precio recibido no permaneció en poder del vendedor porque tal tuvo que restituirlo al comprador en razón de una evicción. El actor no tiene derecho al precio por dos motivos: el primero, porque el demandado, regresando la cantidad recibida no obtuvo enriquecimiento; el segundo, en cuanto, si la cosa sufrió evicción por un tercero, obviamente el titular de la misma no es quien demandó sino otra persona. Que el vendedor había actuado en buena fe deriva del mismo contexto en que se trata el problema, ya que el jurista está analizando, en referencia a este tipo de poseedor, el concepto *pervenire* de la cláusula del Juvenciano citada en el § 6b de D. 5.3.20.

La precisión que realiza Ulpiano en el sentido que no deberá entregarse el precio sin considerar la mención hecha por el senado de las cosas vendidas que provenían de la herencia y no de las hereditarias (*sed etsi senatus rerum ex hereditate distractarum, non hereditiarum fecit mentionem...*) es importante porque, como en otra ocasión tuvimos oportunidad de notar,<sup>51</sup> podía suceder que ciertos

<sup>50</sup> Según BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 37, el pasaje debía decir, después el término *quamquam*, "*ille libro-scribit ideo pretium non venire in populi petitionem*"; pero justamente afirma LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 137, que tal autor modifica los textos para tratar de demostrar su tesis (según la cual el Juvenciano jamás se aplicó en edad clásica a las peticiones privadas), pero que faltan fundamentos para considerarla válida.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta*, cit., p. 244.

bienes comprendidos en la herencia no formaran parte de la misma, porque pertenecían a otro; tal situación habría producido el absurdo que una aplicación literal de la norma habría podido consentir al actor de tener derecho a un precio de cosas de las que no era titular.

La posición de Ulpiano tiene como fundamento el pensamiento de Juliano expuesto en el libro sexto de sus Digestos cuando afirma: el demandado no debe entregar aquello que indebidamente ha obtenido, y no puede considerar en la entrega lo que pagó indebidamente,<sup>52</sup> porque, habiendo claramente el poseedor recibido el precio de una cosa que era de un tercero diferente al actor, este último no puede pretender el correspondiente beneficio económico.

La última referencia del jurista adrianeo *nec imputaturum, quod non debitum solvit* necesita de una explicación más amplia, que requiere previamente del análisis de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.31 pr., en que se dice:

*Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitoem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. et ideo Iulianus libro sexto digestorum scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se petitoem defensum iri. sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo quod solvit non videtur locupletior factus: nisi forte habeat conditionem et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore: conditionem tamen praestare debet. sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debet.*<sup>53</sup> (Si el poseedor pagó alguna cosa a los acreedores, la pondrá en cuenta, aunque de derecho no haya liberado al demandante de la herencia; porque lo que uno paga en nombre propio, no en el del deudor, no libera al deudor; y por esto escribe Juliano en el libro sexto de los Digestos, que el poseedor pondrá esto en cuenta, si

<sup>52</sup> Sobre tal problema ver SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto*, cit., pp. 163 y ss., así también MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 220 y ss.

<sup>53</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 17, elimina más de la mitad del pasaje: *sed an et ...uti debet*; por el contrario su contenido clásico ha sido considerado por LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., pp. 180 y ss.; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto*, op. cit., p. 165, núm. 4 (con amplias referencias a la doctrina interpolacionista) no tiene dudas que el pasaje sea remanejado, pero de todos modos en su exégesis parecería aceptar su contenido sustancial.

hubiere dado caución de que el demandante habrá de ser defendido por él. Pero se habrá de ver si también el poseedor de buena fe deberá dar caución de defenderse, porque en aquello que pagó no se entiende que se hizo más rico, a no ser que acaso tenga la *condictio*. Y se entiende que por esta razón se hizo más rico, porque puede repetir; porque imagínate que él, considerándose heredero, hubiese pagado en su nombre. Y a mí me parece que sólo respecto del poseedor de mala fe opinó Juliano que diese caución, no también respecto al poseedor de buena fe; pero deberá ceder la *condictio*. Pero también el que reclama, si fuera demandado por los acreedores, deberá usar de la *exceptio*).

El poseedor pagó a los acreedores de la herencia, pero no era el verdadero titular, el problema consiste en saber si haya liberado al heredero *petitor hereditatis*; la respuesta es en sentido negativo porque existe la regla que quien paga a nombre propio y no a nombre del deudor no absuelve al deudor mismo: *quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat*.<sup>54</sup> El poseedor, para computar cuánto pagó, debería, según lo que había escrito Juliano en el libro sexto de los Digestos, prometer mediante *cautio* de defender el heredero de cualquier molestia. Se pregunta entonces Ulpiano si este criterio debería valer también para el poseedor de buena fe. Para responder el jurista desarrolla el siguiente argumento: si bien el pago a los acreedores no ocasiona enriquecimiento, tal podría llevarse a cabo

<sup>54</sup> Mismo criterio en POMPONIO, *libro vicensimo secundo ad Sabinum*, D.12.6.19.1: *Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit: quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit.* (Aunque alguien reciba lo que se le debe, sin embargo, si el que lo da, da lo no debido, compete la repetición, por ejemplo, si el que considerándose en forma errada, heredero o poseedor de los bienes hubiere pagado a un acreedor de la herencia; porque en este caso, ni quedará libre el verdadero heredero, y aquél podrá repetir lo que dio; porque aunque alguien reciba lo que se le debe, sin embargo, si el que lo da, da lo no debido, compete la repetición); y en Africano, *libro septimo quaestionum*, D.46.3.38.2: *...quod, cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberetur, tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet.* (...cuando el poseedor de la herencia hubiere pagado creyendo que es heredero, no se libera el heredero; porque entonces acontece esto, porque dando él en su propio nombre dinero no debido tendría acción para repetirlo). Sobre tal problema *cfr.* MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 129 y ss.

igualmente mediante la petición de restitución del mismo mediante una *condictio*, y por esto, si el poseedor que actuó en buena fe quisiera tomar en consideración tal pago, debería ceder la acción al actor; esta última interpretación ulpiana, respecto al poseedor de buena fe, parecería ser también la de Juliano: *et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore*.

El poseedor tiene la *condictio indebiti* en contra de los acreedores de la herencia porque efectuó un pago no debido;<sup>55</sup> si él quisiera deducir de la herencia tal pago, debería garantizar al heredero de defenderlo en juicio o cederle la acción de repetición. Así el heredero con la colaboración del poseedor, en el caso en que fuera demandado por los acreedores, podría interponer una excepción, que según la opinión de la doctrina sería la *exceptio doli*.<sup>56</sup>

Después de tales aclaraciones podemos entender de manera mejor los términos *nec imputaturum, quod non debitum solvit* mencionados en D.5.3.20.18, porque, cuando el poseedor hubiera pagado a los acreedores, no puede considerar lo dado en la entrega, si antes no prometió con una *cautio* o no cedió la *condictio* al heredero.

Otro texto donde la presencia del precio no determina un enriquecimiento porque “no llegó” puede observarse en D.5.3.20.19:

*Sed si res sit redhibita, hic utique et hereditaria est, et pretium non veniet, quod refusum est.*<sup>57</sup> (Pero si la cosa hubiera sido devuelta, en este caso es también ciertamente hereditaria, y no se comprenderá el precio, porque fue devuelto).

<sup>55</sup> Así, *cfr.* v.gr. PAULO, *libro septimo decimo ad Plautium*, D.12.6.65.9: *Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat.* (No debido es no solamente lo que en absoluto no se debe, sino también lo que se debe a uno, si se pagara a otro, o si lo que uno debía lo pagara otro, cual si el mismo lo debiera).

<sup>56</sup> En tal sentido G. H. MAIER, *Regress wegen Zahlung fremder Schulden, wenn nicht nomine debitoris gezahlt ist?*, en ZSS, 50, 1930, 493, con base en JULIANO, *libro quinto digestorum*, D.5.1.74.2; así también SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., 164 nt.2.

<sup>57</sup> BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 37, incorpora en el pasaje después de *non veniet*: “*in populi petitionem, sed ipsa res*” y después quita los términos *quod refusum est*; pero no existen razones para considerar probable tal hipótesis, porque el Juvenciano había sido aplicado también a la petición en que intervenían los particulares; interesante nos parece la propuesta de reconstrucción de G. IMPALLOMENE, *L'editto degli Edili Curuli*, Padova, 1955, p. 269, que sustituye el término *mancipium* al de *res* y en lugar de *redhibita* usa la palabra *redhibitum*, porque según el autor los compiladores trataron de extender la aplicación de la acción *redhibitoria*, su opinión no puede pasar inobservada sobre todo porque en Bas. 42.1.20.14-15 encuentra fundamento.

En el presente caso la cosa vendida tenía vicios ocultos y por esto fue restituida al comprador. La misma cosa continúa a considerarse hereditaria, pero la subrogación del precio a la cosa no puede aplicarse porque el precio recibido no llegó al poseedor.

Como podemos observar, si bien el precio se recibió, no puede considerarse que el poseedor haya obtenido un enriquecimiento, ya que la restitución al comprador elimina tal efecto; por el contrario, desde el momento que el demandado permanece con la cosa viciada, deberá después entregarla a su titular; después en D.5.3.20.20 continúa el pensamiento de Ulpiano:

*Sed et si ob venditionem obstrictus sit emptori possessor hereditatis, dicendum erit prospici ei cautione.* (Pero si también por razón de la venta hubiera quedado obligado el poseedor de la herencia al comprador, se habrá de decir que se le ampara con caución).

El poseedor que ya no tiene el precio, sino la cosa que había sido restituida por vicios ocultos, en el caso en que haya permanecido obligado hacia el comprador por tales motivos *v.gr.* había hecho una *stipulatio* con la cual garantizaba la ausencia de tales vicios, al restituirla al efectivo titular tendrá derecho a exigir una *cautio*, con la cual deberá garantizar el resarcimiento del daño patrimonial sufrido.

El poseedor de buena fe no está obligado al precio que no le llegó a él; pero en el caso en que el titular no pudiera satisfacer su pretensión en contra del vendedor, nos podemos cuestionar si podría actuar en contra del comprador con respecto a las cosas hereditarias. La respuesta se encuentra en un pasaje de Ulpiano en el mismo libro décimo quinto *ad edictum* en D.5.3.25.17, si bien se encuentra demasiado lejos del grupo de textos que estamos analizando, creemos que en este momento sea necesario tomarlo en consideración para no dejar sin revolver el problema:

*Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usuptae sint, vindicare petitor ab emptore possit; et si vindicet, an exceptione non repellatur, quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen, si is, qui vendidit,*

*paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde, atque si possideret, conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res venierint, et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum summoveri. Nam et si id, quod a debitoribus exegit possessor, petitori hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor, sive praedo fuit, qui debitum ab his exegerat; et ipso iure eos liberari.*<sup>58</sup> (Asimismo, si el poseedor de buena fe vendió la cosa, y con el precio no se hubiera hecho más rico, podrá el demandante vindicar del comprador cada una de las cosas, si aún no hubieran sido usucapidas; y si las vindicara, no será repelido con la excepción, “porque entre el actor y el que vendió no se cause perjuicio a la herencia”, puesto que el precio de ellas no parece que se comprende en la petición de herencia, aunque, vencidos los compradores, deben repetir contra el que vendió. Y yo opino que pueden vindicarse las cosas, si los compradores no tienen la repetición contra el poseedor de buena fe. Pero que se dirá, si el que vendió estuviera dispuesto a defender la herencia para que sea demandado lo mismo que si poseyese. Comienza a tener lugar la excepción por parte de los compradores. Ciertamente, si las cosas hubieran sido vendidas por menor precio, y cualquiera que fuese el precio, lo hubiera conseguido el actor, con mucha más razón podrá decirse, que es éste repelido con la excepción. Porque también si lo que el poseedor exigió de los deudores, lo pagó al que pide la herencia, escribe Juliano en el libro cuarto de los digestos, que quedan libres los deudores, ya si fue poseedor de buena fe, ya si de mala, el que había cobrado de ellos la deuda; y que éstos quedan libres por el mismo derecho).

El jurista tardoclásico presenta las siguientes cuestiones: en el caso en que el poseedor de buena fe no haya tenido un enriquecimiento

<sup>58</sup> La doctrina interpolacionista consideró no clásicos los términos: *nec pretio factus sit locupletior*, por ejemplo BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 26 y NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 159, nt.18; pero tal hipótesis encuentra como obstáculo los textos en D.5.3.25.11; 15; 16: véanse al respecto LONGO, *hereditatis petitio*, cit., p. 192, y CARCATERA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 180. A. PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956, p. 41, considera que la construcción de la parte *quia-distraxit* y la forma como se explica, expresada en sentido contrario (*quia... quamquam...*) harían pensar en una intervención de los compiladores, y continúa el autor diciendo que tal hecho es evidente también en la siguiente referencia a una acción de regreso del comprador hacia el *bonorum possessor*, que además está en contraposición con la afirmación anterior *quamquam-reversuri*, pero según nosotros, si bien existen posibles cambios formales del pasaje que sufrió una reducción respecto al original (como veremos a continuación), su contenido debe considerarse clásico.

con el precio de la cosa vendida, podrá el demandante de la herencia ejercitar la *vindicatio* en contra del comprador de las cosas individuales que no hayan sido usucapidas. Y en tal hipótesis podrá ser repelido con la excepción “que no se haga un *praeiudicium* a la herencia entre el actor y quien vendió” (*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*), porque en la acción de petición de herencia no entra el precio de aquellas cosas, aunque, vencidos los compradores, deben repetir contra el que vendió. Ulpiano piensa que pueden ser reivindicadas las cosas, si los compradores no han tenido una acción de regreso hacia el poseedor de buena fe. Pero si quien vendió está dispuesto a defenderse contra la petición de herencia y sea llamado en juicio como si poseyera todavía, los compradores pueden utilizar la excepción con la cual<sup>59</sup> se constreñía al heredero a intentar la *petitio hereditatis* en contra del poseedor de la misma. Y también si las cosas hubieran sido vendidas a menor precio del justo y el heredero actor lo hubiera conseguido, dirigiéndose después en contra del comprador, éste podría interponer una excepción, que en doctrina se considera que sea la excepción de dolo.<sup>60</sup> El pasaje se concluye con una citación de Juliano, el cual en el libro cuarto de los *digestos* escribía que, si el poseedor había pagado a quien pide la herencia, es decir, a quien había recibido de los deudores, éstos se encontraban liberados de pleno derecho, bien sea que el pago hubiera sido realizado por el poseedor de buena fe, bien sea que lo hubiera efectuado quien actuó de mala fe.

El pasaje probablemente sufrió una reducción respecto al texto original del comentario, porque como hizo notar Hackl,<sup>61</sup> su lengua-

<sup>59</sup> Respecto a la excepción *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*, cfr. GAI 4.133; D. 5.3.5.2 (ULP., *libro cuarto decimo ad edictum*); D.44.1.13 (*lul. libro quinquagesimo digestorum*); C. 3.31,12 pr. (a. 531). En doctrina se pueden ver: DÉNOYEZ, *Le défendeur á la pétition d'héritié privée*, cit., pp. 133 y ss.; y *Commentaire du D.5.3.25.17*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Verona 27-28-29 IX-1948, 3, 103, referencias a su pensamiento se encuentran en B. BIONDI, *Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, BIDR, 54,1948, 448; K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen roemischen Recht*, Salzburg-Muenchen, 1976, pp. 76 y ss., y por último MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 271 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. DÉNOYEZ, *Le défendeur á la pétition d'héritié privée* cit., p. 58, nt. 25 y 133, nt. 48.

<sup>61</sup> HACKL, *Praeiudicium im klassischen roemischen Recht*, cit., 84.

je es accidentado cuando se pasa del singular al plural en relación con la cosa que se vendió. Respecto al punto que mayormente nos interesa, es importante observar que el jurista no hace mención a las razones por las que el poseedor de buena fe no obtuvo un enriquecimiento con el precio, situación por la que creemos sea necesario manifestar las posibles causas.

Seguramente el problema no se refiere a la hipótesis de la evicción hecha por un tercero mencionada en D.5.3.20.18, porque, como hemos visto, independientemente de la falta de enriquecimiento del vendedor, el actor no habría tenido ningún derecho hacia el comprador de las cosas singulares, siendo tales de propiedad de un tercero.

Suponer que el precio no fue pagado, y por esto el vendedor no obtuvo todavía un enriquecimiento con el mismo, daría al heredero actor la posibilidad de decidir si pedir la cesión de la acción, como vimos anteriormente, o bien actuar directamente en contra del comprador para pedir la restitución de la cosa; esta última hipótesis encuentra como límite el transcurso del tiempo de la usucapión y la posibilidad que el mismo comprador pueda actuar con la repetición en contra del vendedor: *et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*.

Parte de la doctrina, sin embargo, piensa que la frase *nisi-habent* sea interpolada;<sup>62</sup> en particular, Longo<sup>63</sup> piensa que el término *nisi*, el cual enuncia una restricción, dejaría sin efectos la opinión de Ulpiano referida antes, y que los eventuales casos en los que la repetición se podían negar eran raros, quitándose al heredero un derecho que a cualquier *dominus* las fuentes permiten. En realidad, como ha sido correctamente observado,<sup>64</sup> aquí el jurista quiso subrayar que la eficacia de la *exceptio praeiudicii* se excluye únicamente en el limitado caso de imposibilidad de una acción de regreso hacia el vendedor por parte del comprador que sufrió la evicción.

<sup>62</sup> Así ver la edición del *Digesto* de Mommsen, cfr. LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., pp. 193 y ss., y CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 180; mayores referencias a tal posición con mención de otros autores, pero sin aceptarla en Hackl, *Praeiudicium*, cit., pp. 88 y ss.

<sup>63</sup> *L'hereditatis petitio*, cit., pp. 193 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. HACKL, *Praeiudicium*, cit., p. 89.

Una hipótesis de falta de enriquecimiento podría ser la propuesta por Hackl,<sup>65</sup> el autor, en defensa de la autenticidad de D. 5.3.25.17 refiere la hipótesis de Javoleno referida en D.18.4.10 (y ya considerada por Kaser),<sup>66</sup> que corresponde a una compraventa de herencia en la forma de *emptio spei*, donde las partes del contrato podían establecer la cláusula: *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri* (que si hay algún derecho del vendedor, sea vendido ni después algo será prestado).<sup>67</sup> Esta posición, si bien se refiere a un caso diferente (*venditio hereditatis* y no venta de cosas hereditarias) aparece fundamentada, porque Ulpiano en D.5.3.20.7 consideraba aplicable la normativa del Juvenciano también en este caso: *sed et si ex asse fiat, senatus consultum locum habebit*; así el comprador no tendría ninguna pretensión en contra del vendedor porque había aceptado el riesgo que las cosas no le pertenecieran.

Podemos también considerar otro ejemplo diferente al que apenas hemos mencionado: la venta hecha con un pacto comisorio. En esta hipótesis la falta del pago del precio deja sin efectos el contrato, y por esto la petición del heredero al comprador no permitiría a este último de actuar en contra del vendedor. Ciertamente aquí la hipótesis de dirigirse al comprador de la cosa es probable únicamente en la eventualidad en que ésta no hubiera sido todavía restituida al vendedor.

Una vez que hemos podido observar el pequeño campo de aplicación del problema mencionado en D.5.3.25.17, del precio que no determina un enriquecimiento, podemos proseguir en el estudio de otras cuestiones que se encuentran en el mismo.

<sup>65</sup> HACKL, *Praejudicium*, cit., p. 89.

<sup>66</sup> M. KASER, "Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf", en *BIDR*, 74, 1971, pp. 54 y ss.

<sup>67</sup> El texto completo del pasaje de JAVOLENO, *libro secundo ex Plautio*, es el siguiente: *Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.* (Que si en la venta de herencia se ha hecho esto, que si hay algún derecho del vendedor, sea vendido ni después algo será prestado; aunque la herencia no habrá pertenecido al vendedor, sin embargo, nada será prestado por éste porque es manifiesto que se ha hecho esto, que como la ganancia del negocio así el peligro correspondería al comprador). En nuestro libro *Propuesta sobre la venta de herencia*, cit., pp. 77 y ss., analizando la venta de esperanza de herencia, hemos examinado tal texto de Javoleno junto a otros que admiten tal posibilidad bajo diferentes enfoques, como ULPIANO, *libro trigensimo secundo ad edictum*, D.18.4.11 y PAULO, *libro quarto decimo ad Plautium*, D.18.4.13.

En relación con el primer problema si el *petitor hereditatis* puede reivindicar del comprador las cosas individuales, que todavía no son usucapidas, la respuesta, como se vio, es afirmativa a condición que los compradores no tengan una acción de regreso hacia el poseedor de buena fe (compraventa efectuada en la forma aleatoria de *emptio spei* o si el contrato ha sido hecho con una *lex commissoria*, el precio no fue pagado y no se ha realizado todavía la restitución de la cosa).

En lo que se refiere a la excepción *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*, esa se configura como el remedio procesal a favor de los compradores, si el vendedor se encuentra dispuesto a defenderse contra la *petitio hereditatis*.<sup>68</sup> Esta situación producía un resultado interesante, porque el vendedor que no tenía la cosa o el precio aceptaba el juicio como un *fictus possessor*.

Cuando el vendedor estuviera dispuesto a defenderse en contra de la petición de herencia los compradores se encontraban protegidos con la *exceptio*, pero en tal situación el actor no satisfacía su pretensión, porque el precio, como no había enriquecido al poseedor, no debería entregarse. Un caso diferente sería que las cosas hubieran sido vendidas a un menor precio y el actor hubiera conseguido la cantidad recibida del vendedor, en tal caso se habría podido oponer con la excepción de dolo. Esta posición de Ulpiano toma como fundamento la opinión expresada por Juliano en el libro cuarto de los digestos: si el poseedor de buena o mala fe pagó al actor el precio recibido de los deudores, éstos son liberados *ipso iure*.

En conclusión podemos ver que, si el poseedor de buena fe no recibe un enriquecimiento con el precio, no se puede autorizar al actor de ejercitar una acción en contra del comprador de las cosas, porque este último tiene la facultad (casi siempre) de oponer la excepción *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*.

## 2. El enriquecimiento es superior al precio obtenido

Como hemos podido observar, el término *pervenire* se refiere normalmente al precio, pero Ulpiano ha demostrado que no siempre

<sup>68</sup> Cfr. la doctrina citada en la nota 59.

cuando se recibe un precio, tal efectivamente “llegó”; en D.5.3.23.1 el jurista presenta un caso diferente, en el *pervenire* no únicamente el precio, sino también otros elementos diferentes al mismo:

*Proinde si non solum pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto pervenerit, poterit dici, quia locupletior in totum factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus.*<sup>69</sup> (Por consiguiente, si a su poder hubiere llegado no solamente el precio, sino también la pena por haberse pagado tardíamente el precio, podrá decirse, que, puesto que en todo se hizo más rico, debe venir comprendida, aunque el senado haya hablado solamente del precio).

El presente pasaje representa una aplicación de las conclusiones a las que había llegado el jurista en cuanto a la relación entre precio y enriquecimiento en D.5.3.23.pr: la cantidad que proviene de una cláusula penal, que tiene como causa el retraso en el pago debido, se comprende en el *restituere* porque ocasiona un enriquecimiento, también si el senado se refiere únicamente al precio.

Así podemos observar que en el *pervenire* se encuentran comprendidos también otros elementos diferentes al precio, como la cantidad recibida por motivo de una cláusula penal, pero esta posición no es únicamente de Ulpiano, porque Juliano, *libro sexagensimo digestorum*, D.5.3.55, probablemente en referencia a un comentario realizado en relación con el Juvenciano,<sup>70</sup> presenta otro caso en que

<sup>69</sup> BESELER, *Beitraege* cit., 4, 38, elimina el término *totum*; idéntica es la posición de SCHWARZ, *Studien zur Hereditatis Petitio*, cit., 28. Actualmente la doctrina no duda el contenido clásico del presente pasaje: así DI PAOLA, *Saggi*, cit., p. 101, nt. 49, cree también que si bien existen probables interpolaciones su contenido clásico es inatacable. LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 146, no toma en consideración tal problemática, como tampoco DÉNOYER, *Le défendeur*, cit., p. 142, nt. 11.

<sup>70</sup> Observando LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1, pp. 464 y ss., es posible constatar que del libro LIX al XC los argumentos que trata JULIANO corresponden a las leyes y a los senadoconsultos: *liber LIX De legibus senatusque consultis: praefatio; ad legem duodecim tabularum: de hereditate legitima; ad SC Tertullianum; liber LX ad SC quod dicitur Iuventianum?; ad legem Cinciam: de donationibus; liber LXI ad legem Falcidiam; liber LXII ad legem Corneliam: de captivis et postliminio; liber LXIII ad legem Aeliam Sentiam 1; liber LXIV ad legem Aeliam Sentiam 2; liber LXV ad legem Aeliam Sentiam 3; libri LXVI, LXVII (no se conservan textos); liber LXVIII ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 1; liber LXIX ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 2; libri LXX-LXXXV ad legem Papiam; liber LXXXVI ad legem Aquiliam; Rhodiam de iactu; Iuliam de adulteriis; ad senatus consultum Libonianum; liber LXXXVII?; liber LXXXVIII ad legem Corneliam de*

el poseedor recibió un beneficio económico que tenía como causa la herencia:

*Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.*<sup>71</sup> (Evicta la herencia el poseedor de buena fe restituirá, no sencillamente, sino en el doble, lo que hubiese percibido por la ley Aquilia; porque no debe realizar lucro con lo que por causa de la herencia hubiere recibido).

El caso trata del problema del poseedor de buena fe que sufrió un daño en la herencia por parte de un tercero, que con base en una injustificada resistencia, la *infinitatio*, ha causado su condena en el doble;<sup>72</sup> al realizarse la evicción de la herencia, el mencionado poseedor deberá entregar a su titular no únicamente tal, sino además el beneficio obtenido con base en la *lex Aquilia*, porque según Juliano no debe conseguir ningún beneficio por motivo de la herencia.

Según Lammfromm,<sup>73</sup> en el presente texto Juliano se refiere al poseedor de buena fe, porque únicamente éste y no el *praedo* tiene la posibilidad del ejercicio de la acción de la ley Aquilia con base en

*adpromissoribus?; liber LXXXIX ad legem Appuleiam de sponsu?; liber XC ad legem Publiliam de sponsu?; si bien Lenel considera que el libro LX probablemente corresponda al Juvenciano (dejando la duda), según nosotros su posición parecería encontrar fundamento en el hecho que en D.5.3.55 se presenta el principio que el poseedor de buena fe no debe obtener un lucro: *bonae fidei possessor...lucrum...facere non debet*, y este principio se encuentra en la *oratio* que originó el senadoconsulto: *possessore non facere lucrum* (D.5.3.22).*

<sup>71</sup> Según BESELER, *Beitraege... op. cit.*, p. 31, los compiladores han incluido la referencia a la buena fe; así también acepta la tesis de M. ROTONDI, *Scritti giuridici*, 2, 1923, 209 que la mención del *duplum* es una idea posclásica, pero como veremos en el presente análisis tal posición no puede ser aceptada.

<sup>72</sup> GAYO 4.9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae...*; sobre la responsabilidad aquiliana la literatura es gigantesca, además de la obra de S. CHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, pp. 1 y ss., últimamente encontramos varias monografías: G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, pp. 3 y ss.; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine*, Genève, 1997, pp. 15 y ss.; F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, Bari, 2000, pp. 11 y ss.; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, Milano, 2002, pp. 3 y ss.

<sup>73</sup> H. LAMMFROMM, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, Tuebingen, 1887, pp. 99 y ss.

una *actio in factum*.<sup>74</sup> Ciertamente la *bona fides* es un presupuesto indispensable que permite que el poseedor hubiera podido obtener el resarcimiento del daño (con independencia del hecho que la acción hubiera sido ejercitada de forma directa o *in factum*);<sup>75</sup> además de tal constatación, debemos notar que los términos: *lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet* demuestran la aplicación del principio establecido en el Juvenciano con el cual se debe quitar todo el lucro, bien sea al poseedor de buena como de mala fe, según la *oratio* que había originado nuestro senadoconsulto en D.5.3.22: *possessorem non facere lucrum* (el poseedor no haga lucro) y cita de Paulo, libro XX *ad edictum* D.5.3.28: *Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est*. (Porque después del senadoconsulto se ha de decir, que se ha de quitar todo lucro tanto al poseedor de buena fe, como al de mala).<sup>76</sup>

De tales textos se puede observar que el enriquecimiento incluye, además del precio, cualquier aumento que exista en la herencia, como la penal causada por la mora en el cumplimiento de la obligación (D.5.3.23.1) o la cantidad recibida por motivo de la responsabilidad aquiliana (D.5.3.55), pero esta posición de la jurisprudencia encuentra origen antes del senadoconsulto, porque como puede observarse en un pasaje de Javoleno, *libro tertio ex Cassio*, D.5.3.48 en el *restituere* no es considerado únicamente el precio, sino además otros elementos:

*In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis causa veniit:*

<sup>74</sup> Sobre el ejercicio de la acción de la ley Aquilia por parte del poseedor de buena fe ver en doctrina G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, pp. 303 y ss., específicamente sobre el presente texto ver pp. 491 y ss.; E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, p. 73, núm. 109 y p. 74, núm. 110.

<sup>75</sup> Parecería prevalecer en doctrina la idea que el poseedor de buena fe hubiera podido ejercitar la acción de la ley Aquilia de forma directa y no *in factum*, así VALIÑO, *Acciones pretorias... op. cit.*, p. 73, núm. 109; VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei...*, *op. cit.*, pp. 491 y ss; confront. ULPIANO, *libro octavo decimo ad edictum*, en D.9.2.11.8 y D.9.2.17.

<sup>76</sup> En el mismo sentido CARCATERRA, *L'azione ereditaria... op. cit.*, p. 158.

*sin autem ex fideicommissi causa, nihil amplius quam quod bona fide accepit.*<sup>77</sup> (En la estimación de la herencia de tal modo viene comprendido el precio de la herencia vendida, que también se agrega el aumento que hubo en la herencia, si ésta fue vendida para hacer un negocio; mas si lo fue por causa de fideicomiso, nada más que lo que recibió de buena fe).

El pasaje que forma parte de los comentarios de Javoleno Prisco a la doctrina de Casio Longino, puede demostrar así como D.5.3.18 pr. que vimos *supra*, § 1.1, que la subrogación del precio a las cosas hereditarias encuentra aplicación en la jurisprudencia antes del Juvenciano. En la *aestimatio* de la herencia vendida no se comprende únicamente su precio, sino también *quod plus fuit in hereditate*, es decir, el enriquecimiento que hubiera llegado al poseedor por motivo de la herencia, si ésta había sido vendida por fines especulativos (*negotiationis causa*). Si por el contrario había sido vendida por causa de fideicomiso, el vendedor debía restituir aquello que había recibido en buena fe.

Tuvimos ocasión de precisar en otro lugar<sup>78</sup> que prescindiendo de la emanación de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, se procedía a la *venditio hereditatis* no únicamente para obtener un beneficio económico, sino también para cumplir los fideicomisos; en este último caso el vendedor, según las palabras de Javoleno, se encontraba obligado a entregar al titular de la herencia solamente lo que había recibido en buena fe. Nos podemos preguntar si con tal expresión se hace referencia al precio simbólico que el fiduciario recibía para cumplirlo,<sup>79</sup> o bien a la cantidad que el testador le dejó por haberlo cumplido. En nuestro parecer, una respuesta puede encontrarse en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* en D.5.3.13.5:

<sup>77</sup> Difícil de aceptar nos parece la posición de DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérité privée en Droit Romain*, cit., p. 213, que el término *bona fide* sea una innovación bizantina porque el fiduciario, al cumplir la voluntad del *de cuius*, actúa necesariamente en buena fe; su contenido clásico ha sido considerado por CARCATERRA, *L'azione ereditaria, op. cit.*, pp. 1, 56, y DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio, op. cit.*, p. 93, núm. 38.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta*, cit., p. 244.

<sup>79</sup> GAYO 2.252 hace referencia a un precio ficticio: *...Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire...* (ya que entonces estaba en uso al que era entregada la herencia, que le fuese vendida aquella herencia por así decir por una moneda).

...et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.<sup>80</sup> (...también si habiéndose mandado venderla por un pequeño precio hubiere el heredero vendido la herencia a Ticio, ciertamente opina Papiniano que se ha de decir, que se da acción contra el fideicomisario, porque no conviene que se reclame al heredero que percibió un precio tan exiguo).

Mientras la posición de Papiniano, referida por Ulpiano, es en el sentido que la responsabilidad corresponde al fideicomisario (Ticio), ya que es él quien recibió el beneficio de la herencia y no el heredero que únicamente recibió, bajo disposición del testador un precio mínimo, Javoleno en D.5.3.48 afirma que el vendedor (poseedor hereditario) únicamente deberá restituir *quod bona fide accepit*. La confrontación entre estos dos pasajes podría hacer pensar en una diferencia de posición entre los dos juristas, porque Javoleno cree que también el poseedor hereditario (o el heredero) debería dar el precio, mientras que Papiniano no ve tal necesidad porque es exiguo; según nosotros, sin embargo, la diferencia es más aparente que real, ya que la opinión del primer jurista debe entenderse en un sentido más amplio respecto al literal, porque si el precio recibido del comprador fideicomisario es tan pequeño al grado de no tener importancia, "lo que recibió en buena fe" no puede referirse al mismo, sino a la cantidad que el *de cuius* había dejado al heredero para él con la finalidad que cumpliera el fideicomiso (o que el fideicomisario había dado al poseedor hereditario en la medida establecida por el *de cuius*) y que pertenecía al actor de la *petitio hereditatis*.

Como hemos podido observar la jurisprudencia identificó diferentes elementos que pueden incluirse en el *pervenire* además del precio, diferente por el contrario es el caso presentado por Paulo, libro vigesimo ad edictum, D.5.3.24 en que presenta ejemplos de beneficios percibidos por el poseedor que no deberán restituirse al titular de la herencia:

<sup>80</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 10, deja sin contenido el presente pasaje, porque quita la referencia "parvo pretio", así como *adversus-habente*; en el mismo sentido LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., p. 44, más referencias a la doctrina interpolacionista en MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, op. cit., p. 302; pero nosotros no tenemos dudas de su contenido clásico.

*At ubi vi deiectus fuit, non debet restituere poenam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec poena restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad iudicium non venerit.*<sup>81</sup> (Mas cuando fue despojado por la fuerza, no debe restituir la pena en que por esto se incurrió, porque el actor no puede obtenerla; así tampoco debe restituirse la pena que el adversario le prometió para el caso de que no hubiere comparecido en juicio).

Cuando el demandado haya sido despojado de la posesión con violencia (ciertamente por parte de un tercero) no deberá inserirse en el *restituere* la pena pagada a él, ya que no corresponde al actor; así tampoco debe ser entregada la pena que el adversario haya prometido de pagar en el caso en que no hubiera comparecido en juicio.

Los ejemplos presentados por el jurista demuestran que no pueden considerarse en el enriquecimiento del poseedor de buena fe beneficios económicos que no provengan de la herencia. Si él fue despojado sin derecho, la cantidad recibida de la persona que lo despojó de forma violenta pertenece únicamente a él, porque el pago de la pena o la cantidad prometida tiene como fundamento la protección de la posesión, y no la titularidad que el actor tiene sobre la cosa que forma parte de la herencia, como sucede en los casos mencionados anteriormente.

#### IV. INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS *DEPERISSENT DEMINUTAEVE*

Quedan todavía por explicar los conceptos *deperire* y *deminuere*, mencionados en el texto del senadoconsulto. El primero ciertamente corresponde a una situación de tipo natural,<sup>82</sup> mientras que el segun-

<sup>81</sup> No se puede excluir que los términos *at ubi* hayan sido inseridos por los compiladores con la finalidad de presentar el pasaje como complementario al precedente: cfr. BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 24 y LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 146. Estamos de acuerdo con el segundo autor que no pueden considerarse interpoladas las palabras *quod eam actor habere non potest*, como afirma BESELER, porque es una terminología propia de los juicios privados. En el mismo sentido se había ya expresado CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 191.

<sup>82</sup> En este sentido presentamos los siguientes ejemplos: ULPIANO, libro trigesimo quarto ad Sabinum, D.23.3.10.5: *Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint...* (Por esto puede preguntarse, si en el caso de que hubieren fallecido antes de las nupcias los esclavos estimados). MECIANO, libro octavo fideicommissorum in

do comprende también el aspecto jurídico; sobre los mismos se refiere Ulpiano en D.5.3.20.21, así como Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale*, D.5.3.21 (que los compiladores han incluido inmediatamente después del pasaje de Ulpiano) en relación con el comentario del Juvenciano;<sup>83</sup> como el segundo presenta una explicación conceptual creemos sea necesario comenzar por este último:

*Deperditum intellegitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum vero, quod usucaptum esset et ob id de hereditate exiit.* (Entiéndase por perdido, lo que dejó de existir, y por disminuido, lo que hubiese sido usucapido, y que por esto salió de la herencia).

La interpretación gayana nos confirma que lo que se perdió es *quod in rerum natura esse desiit*, mientras que la disminución de las cosas hereditarias presupone que tales han dejado de pertenecer a la *universitas* porque fueron usucapidas, como sucede en el caso del comprador que las posee en buena fe. La pérdida es casual,<sup>84</sup> y, si bien con base en el principio *periculum est emptoris* al vendedor no puede imputarse tal hecho, su responsabilidad por el precio subrogado continúa existiendo a favor del titular de la cosa. El texto de Ulpiano en D.5.3.20.21 afirma:

*Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sunt res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emptorem extant, nec deperditae, nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor, aut si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset iuratum. at ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium*

D.35.2.30.4: "*pecuniam quam in illa arca, vinum, quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo*", *si sine culpa heredis deperierunt...* ("el dinero que tengo en aquella arca, el vino que tengo en aquellas tinajas, la cantidad de plata que tengo en aquellos almacenes" si perecieron sin culpa del heredero...).

<sup>83</sup> Que Gayo conocía el Juvenciano y lo aplicase puede demostrarse con el presente pasaje; cfr. LENEL, *Palingenesia, op. cit.*, 1, 201, que lo incluye bajo la rúbrica *si hereditas petatur*, en la nota 1 el autor confronta el texto con el §6b del Juvenciano; en el mismo sentido, LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 242; MUELLER EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., p. 387.

<sup>84</sup> En el mismo sentido CARCATERA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, cit., pp. 126 y ss., porque no se trata de actos voluntarios cumplidos por el poseedor, sino de hechos; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, cit., p. 115.

*debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet.*<sup>85</sup> (Pero el poseedor deberá restituir los precios, aunque las cosas se hayan perdido, o disminuido. Pero las restituirá solamente si es poseedor de buena fe, o también si de mala fe. Y si en realidad existieran las cosas en poder del comprador, y no se han perdido, ni disminuido, sin duda que el poseedor de mala fe debe entregar las mismas cosas, o si de ningún modo pudiera recobrarlas del comprador, tanto cuanto para el pleito se hubiese jurado. Mas cuando se han perdido o disminuido, debe entregarse su verdadero precio, porque, si el demandante hubiese conseguido la cosa, la habría vendido, y no perdería el verdadero precio de la cosa).

En tal texto se presentan cuatro problemas: si también el poseedor de mala fe deberá entregar los precios en el caso en que las cosas hereditarias vendidas se hubieran perdido o disminuido, como sucedía con el poseedor de buena fe; cual sea la responsabilidad del poseedor de mala fe, si las cosas existen todavía en manos del comprador y no se hubieran perdido o disminuido; que deberá dar el poseedor de mala fe al actor, en caso que no pueda recuperar las cosas del comprador; cuál es la medida de la responsabilidad del poseedor (sin especificar a cuál de los dos hace mención), si las cosas se perdieron o se disminuyeron en poder del comprador.

Con referencia al primer problema, ciertamente la subrogación del precio a las cosas hereditarias vendidas que correspondía al poseedor de buena fe, se había extendido también al de mala fe; por

<sup>85</sup> BESELER, *Beitraege*, cit, 4, 37, cree interpolados los términos *et si quidem...sunt* y *si recipere... possit*; pero LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 137, niega tal hecho: los primeros, porque se hace referencia a la pérdida y a la disminución de las cosas en relación con el Juvenciano; los segundos, porque la distinción entre la responsabilidad a la misma cosa o a su estimación con base en el *iusiurandum* del actor prueba que, según Ulpiano, el poseedor de mala fe no responderá por el valor de la misma cosa si no cuando no se encuentre en condición de darla; en caso contrario se procederá a la *litis aestimatio*. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem, op. cit.*, p. 299, considera imposible el contenido del presente pasaje que atribuye relieve jurídico a la venta y a los precios en relación con la obligación de restituir del *praedo* y al monto de la condena, porque según él es contrario al principio establecido por el mismo Ulpiano en D.5.3.20.12 que afirma con singular energía: si el *praedo* vende cosas hereditarias, *sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis* (sin duda no los precios de las cosas, sino las mismas cosas vienen en la petición de herencia), pero tal objeción no podemos aceptarla porque el principio subrogatorio se aplicaba también al poseedor de mala fe, como lo demuestra la constitución mencionada por Ulpiano en D.5.3.20.12 (C.6.35.1).

esto, si las cosas se hubieran perdido o disminuido, deberá ser entregado al demandante la suma del dinero recibida.

El segundo problema se resolvió en el sentido que, si las cosas existen todavía, el *praedo* deberá entregar al *petitor hereditatis*, según lo que ya había afirmado el mismo Ulpiano en D.5.3.20.12, pero esta solución en su aplicación concreta puede encontrar la dificultad prevista en el tercer problema, es decir, la imposibilidad de recuperar del comprador las cosas que se deben restituir. El pasaje no indica las razones de tal imposibilidad, pero podemos pensar en diferentes situaciones: por ejemplo, el comprador no quiere devolverlas, o bien las cosas ya no se encuentran en su poder porque se perdieron o se vendieron nuevamente. En tal hipótesis el demandante tiene la facultad de proceder mediante un juramento (*iusiurandum in litem*) para determinar el valor en dinero de la responsabilidad del demandado.

El cuarto problema se relaciona con el primero: la pérdida o la disminución de las cosas que se encuentran en poder del comprador no puede servir como pretexto para que el poseedor que las vendió entregue el precio en la medida correspondiente al efectivo valor de las mismas; el fundamento de esta última solución por parte de Ulpiano aparece a primera vista poco claro: si el demandante hubiera tenido la cosa, la habría vendido al verdadero precio, no perdiéndolo después. La finalidad del heredero en la petición de herencia no es necesariamente la de tener la cosa para venderla una vez que ha sido entregada (esta es una hipótesis demasiado específica que no puede valer para un contexto general). Más comprensible aparece tal fundamento, si se coloca en el ámbito de una *vindicatio* del fisco, ya que, como sabemos normalmente el objetivo del *fiscus*, una vez obtenidos los *caduca*, era el de venderlos y de obtener así un precio.<sup>86</sup>

En conclusión, hemos podido observar que la pérdida o disminución de las cosas hereditarias no es un obstáculo en la restitución de los precios para el poseedor de buena fe y en el caso del que actúa en mala fe si bien debería entregar las mismas cosas, como las *res* se perdieron o disminuyeron, se deberán restituir los precios así como

<sup>86</sup> Como hemos hecho notar en nuestra *Propuesta*, cit., pp. 233 y ss. Esta interpretación de los términos: *at ubi... non perderet* no nos permite aceptar la posición de BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 37 y de LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., 136, según la cual deberían ser eliminados del contexto clásico.

el poseedor de buena fe aplicándose también en este caso el §6b del *senadoconsulto*.

## V. CONFLICTO PRECIO-COSA

El problema es mencionado por Ulpiano en D.5.3.25pr:

*Sed et si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum lucrum, quod sensit lege commissoria, praestaturum.*<sup>87</sup> (Pero si se vendió con pacto comisorio, también se habrá de decir lo mismo, que ha de entregar el lucro que obtuvo por el pacto comisorio).

Si se hizo la venta de una *res* hereditaria con pacto comisorio, el lucro que el poseedor había recibido del negocio deberá entregarlo. Normalmente tal lucro coincidía con el precio, pero en el caso en que éste no hubiera sido pagado y el contrato hubiera permanecido sin efectos, la utilidad a que hace referencia el jurista debía ser la misma cosa. En este caso es claro que el poseedor deberá dar el precio o la cosa dependiendo la solución del cumplimiento de la obligación del comprador.

Un problema surge cuando el poseedor de buena fe tiene en su poder el precio y la cosa, de tal se ocupa Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.22:

*Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in praedone dicimus electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere licet deteriore factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id quod amplius habet ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in oratione divi Hadriani ita est... Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est.*<sup>88</sup> (Si el poseedor de buena fe tuviera así la cosa como el precio, por

<sup>87</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 38, elimina el contenido de los términos *lucrum praestaturum*, pero así queda sin sentido; su contenido clásico ha sido considerado por LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., p. 143.

<sup>88</sup> La doctrina interpolacionfística individua ciertas alteraciones; el más radical como siempre es BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 22 y ss, que al inicio agrega: *si bonae fidei possessor*

ejemplo, porque hubiere comprado la misma cosa, deberá ser oído, si quisiera dar la cosa, y no el precio. Respecto al poseedor de mala fe decimos que la elección debe ser del actor. Ha de verse, si este poseedor haya de ser preferentemente oído, si quisiera entregar la cosa, aunque se haya deteriorado, y no el demandante, si pretendiese el precio, porque no sea honrada tal pretensión, o si es que deba restituir también lo que por razón del precio tiene de más, porque sea más rico por virtud de la cosa de la herencia. Ciertamente en la oración del divino Adriano se dice así... Conviene por lo tanto que el poseedor restituya al demandante así la cosa, como lo que por la venta de la misma cosa ha ganado).

El presente texto presenta la hipótesis que el poseedor de buena fe tenga bien sea el precio así como la cosa, *v.gr.* porque después de la venta la había readquirido; tal situación presenta la duda si él pueda escoger entre dar la cosa (que en tal periodo sufrió un deterioro) en lugar del precio. Mientras que en el caso del poseedor de mala fe la opción corresponde al demandante, la solución que propone Paulo con respecto a quien había actuado en buena fe, se fundamenta en el espíritu de la *oratio* de Adriano que contenía las directivas seguidas en el senadoconsulto, que negaba la posibilidad de obtener un lucro: *possessorem non facere lucrum...*; por esto el demandado poseedor de buena fe debe dar la *res* y todo lo que le hubiera causado utilidad.

La respuesta del jurista parte de la consideración de dos posibles soluciones: la primera, se debe escuchar la propuesta del demandado, que quiera restituir la cosa en lugar del precio, encontrándose todavía en la posesión de la misma; la segunda, si por el contrario

*rem hereditariam vendiderit, mox eandem minore pretio redemerit*, y quita gran parte de su contenido: *si et rem-desiderium*; también LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., 138, 140, elimina *in praedone-desiderium* y ve un probable glosema explicativo en las palabras *puta, quod tandem redemerit*, pero según nuestra opinión, tales pueden pertenecer al mismo jurista para aclarar su propio pensamiento. Nos parece que la posición de CARCATERRA, *L'azione ereditaria...* v. 2, *op. cit.*, p. 187, sea convincente: *habeat*, además de ser sinónimo de *possideat*, resulta necesario por el hecho que la idea del *possidere* corresponde al sujeto *possessor*, y así se evita la fastidiosa e inútil repetición *possideat possessor*. *Dare* es un término necesario y preferible al técnico e unívoco *restituere*, porque sostiene bien sea la palabra *rem* así como *pretium* y si se restituye la *res* no se restituye el *pretium* que resulta fungible y objeto de una relación de obligación. *Dicimus* es un glosema (en este punto no estamos de acuerdo), y el *nam* sirve como justificación a Ulpiano para fundamentar la posibilidad de decidir el caso previsto en las cuestiones que preceden.

deba entregar además de la cosa la ganancia que tuvo con el precio. La última solución es la que adopta Paulo, fundamentándose como se ha dicho, en la prohibición de enriquecimiento establecido en la *oratio* adrianea para el poseedor de buena fe. Así podemos ver que en el presente caso el *restituere* incluye dos elementos: la *res* y la parte del precio que lo hubiera enriquecido.

Aquí el principio subrogatorio encuentra reflejo únicamente en la medida del enriquecimiento porque el demandado el cual es obligado a la cosa exigida con base en la acción, deberá entregar la parte del precio que le había producido enriquecimiento.

Ulpiano, en D.5.3.25.1, afronta el problema del demandado que había adquirido una cosa con el precio recibido de la venta de una *res* hereditaria:

*Item si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit. Sed si res minoris valet, quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet, quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.*<sup>89</sup> (Asimismo, si vendió una cosa, y con su precio compró otra, vendrá comprendido el precio en la petición de herencia, y no la cosa que incorporó a su patrimonio. Pero si la cosa vale un precio menor que aquel en que fue comprada, se entenderá que se hizo más rico sólo en tanto cuanto vale la cosa, a la manera que si lo hubiese consumido, no se entenderá que en nada se hizo más rico).

Si la cosa se vendió y con el precio el poseedor compró otra, es el precio y no la nueva cosa que entró en su patrimonio a ser considerada en la petición de herencia; pero si la cosa comprada tiene un valor menor, se considera que su enriquecimiento coincide con el valor efectivo del objeto, mientras si consumió las cosas adquiridas, no resulta que se haya enriquecido.

Como se ha dicho varias veces, cualquier beneficio económico percibido por el poseedor de buena fe (que tiene como fundamento la conclusión del negocio) debe entregarse al *petitor hereditatis*. Un

<sup>89</sup> Los términos *sed si res-non videbitur* son interpolados según BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 38, y NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 158, este último limita la interpolación a la frase *si res-comparata est*, pero tales suposiciones encuentran como obstáculo el contenido clásico de D.5.3.23 pr, que hemos visto anteriormente.

problema surge cuando el precio ya no existe porque con tal cantidad el poseedor demandado había adquirido otra cosa. La solución propuesta por el jurista demuestra que la utilización que el poseedor hace del precio para comprar otro objeto es diferente a los casos del precio consumido mencionados en D.5.3.23, porque tal utilización no se considera como una forma de extinción del mismo; consecuentemente debe considerarse como si se encontrara el precio en su poder.

El problema no termina aquí porque Ulpiano hace una distinción todavía más sutil, considerando la hipótesis que la cosa adquirida haya tenido un valor menor del precio que sirvió para el pago; en tal caso, el efectivo enriquecimiento no será el precio recibido, porque con la adquisición posterior el poseedor tuvo una disminución en el enriquecimiento consistente en el efectivo valor de la cosa comprada.

Según Schwarz,<sup>90</sup> el término *non* que se encuentra al final está en contraste con un texto de Juliano, *libro sexagesimo quarto digestorum*, D.4.2.18,<sup>91</sup> porque en este último pasaje se afirma que la cosa que se transformó en dinero o en otra cosa de todos modos produce enriquecimiento, también si después se perdió: *sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit... sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat*; en contraposición al presente que contrariamente afirma: *quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur*; por esto es interpolado o fue modificado antes de Justiniano.

<sup>90</sup> SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, cit., 305, nt.104; esta posición no es aceptada por MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 363 y ss.

<sup>91</sup> *Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiolem dicimus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.* (Si pereció la cosa misma que llegó a poder de otro, no diremos que éste es más rico; pero si fue convertida en dinero o en otra cosa, no ha de buscarse ya cuál sea el resultado, sino que de todos modos se entiende que aquel se ha enriquecido, aunque después la pierda. Porque también el emperador Tito Antonino manifestó por rescripto a Claudio Frontino respecto a los precios de las cosas de la herencia, que por esto mismo se puede reclamar de él la herencia, porque aunque no estén en su poder las cosas que habían sido de la herencia, sin embargo, el precio de ellas, enriqueciéndose con él, o más frecuentemente con la transformación en otra especie, le obliga de igual manera que si las mismas cosas hubieren permanecido en su propia forma).

Nosotros creemos que D.4.2.18 es conforme al §6b del Juvenciano: *etsi eae ante petitam hereditatem deperissent diminutaeve fuissent, restituere debere*, por esto su clasicidad es evidente; sin embargo, no consideramos que la afirmación en D.5.3.25.1 deba considerarse contraria al senadoconsulto, porque, como hemos dicho el precio recibido produce enriquecimiento, y el término *quemadmodum* no se refiere a la enajenación, sino que corresponde a las diferentes hipótesis en que las cosas se consumieron pero no fueron vendidas.

El jurista no analiza el caso contrario, que la cosa adquirida con el precio tuviera un valor superior al mismo, pero en nuestra opinión, la solución del problema podría ser idéntica: el demandado debería entregar el precio así como el beneficio obtenido con la adquisición de la nueva cosa.

#### VI. CONCLUSIONES RESPECTO AL CONTENIDO DEL §6B DEL SENADOCONSULTO

Como hemos observado el §6b del Juvenciano presenta la posibilidad que los demandados entreguen los precios recibidos de las cosas hereditarias vendidas: *a quibus hereditas petita fuisset... pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent... restituere debere*; Ulpiano, en su comentario lemmático al texto del senadoconsulto, afirma (en singular) que el poseedor de buena fe deberá entregar el precio e incluye la posibilidad de ceder las acciones: *bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non quia habet actionem, debet pretium praestare: sed ubi habet actionem, sufficit eum actiones praestare*. La restitución de los precios (o del precio) en lugar de las cosas hereditarias no es una innovación de la disposición del senado porque D.5.3.18.pr demuestra que la jurisprudencia anterior al 129 d. C había considerado no únicamente la restitución del precio, sino también la transmisión de las acciones, así el Juvenciano simplemente reconoció un criterio ya establecido anteriormente. Como sabemos tal disposición en origen tenía la finalidad de resolver un problema de *vindicatio* fiscal en relación con las *partes caducae* de la herencia de Rústico y no una petición de herencia como expresa D.5.3.18.pr: *petitione hereditatis teneatur*, por ello es importante afrontar la cuestión si la subrogación del precio (o de los precios) aplicado a la materia fiscal haya sido una innovación del Juvenciano.

Provera<sup>92</sup> cree posible que ya antes del 129 d. C. los representantes del *aerarium* hubieran considerado la subrogación del precio a los *caduca* con base en la gran ventaja que era dada al perseguirse al mismo heredero aunque hubiera enajenado los bienes hereditarios; la definitiva certeza de tal posibilidad, si bien posibles contrastes iniciales, se habría dado mediante el reconocimiento del senado con base en el Juvenciano.

La presente hipótesis, si bien no encuentra fundamento en fuentes que puedan demostrar la aplicación del precio a las cosas hereditarias por parte del *aerarium* o del *fiscus* antes del Juvenciano, es de considerarse, según nuestra opinión válida, ya que si se tiene en cuenta además de lo que dice el autor, que si el heredero podía exigir del poseedor el precio en lugar de las cosas hereditarias, evitándose así un enriquecimiento de este último en perjuicio del primero, con mayor razón la autoridad que protegía un interés público.

También puede aceptarse la suposición del autor sobre la confirmación definitiva de la subrogación del precio a las cosas hereditarias gracias al senadoconsulto Juvenciano, sobre todo si tomamos en consideración el momento histórico en que viene aprobado, periodo en que al fisco se le atribuyen mayores poderes. Se podría demostrar que antes de nuestro senadoconsulto todavía no se había consolidado la posibilidad de entregar los precios en la *vindicatio* de los *caduca* con la afirmación que en la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 se observa que el emperador propone la aplicación a la presente materia para evitar que el poseedor obtuviera un beneficio con el precio recibido: *dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere...*; si el principio se hubiera consolidado antes, no existirían razones para poner en duda su aplicación.<sup>93</sup>

A partir del 129 d. C. podemos afirmar con suficiente certeza que la entrega de los precios en lugar de las cosas hereditarias encontraba aplicación en la *vindicatio* de los *caduca* en el caso de los que se consideraban herederos (poseedores de buena fe); así se evitaba que la autoridad fiscal (como ya había sucedido en materia hereditaria), tuviera necesidad de ejercitar acciones en contra de cada uno de los

<sup>92</sup> PROVERA, *La vindicatio caducorum*, cit., 36.

<sup>93</sup> Así PROVERA, *ibidem*, 37.

compradores de los bienes hereditarios simplificando el procedimiento y realizándose una evidente economía procesal.<sup>94</sup> Además se debe tomar en cuenta, como habíamos dicho en otro lugar,<sup>95</sup> que los *caduca* normalmente se vendían en nombre del fisco para obtener un precio, y por ello la posibilidad de pedirlo facilitaba a la autoridad llegar a tal objetivo, sin necesidad de proceder a una nueva venta de tales bienes después de haberlos recuperado.

La distinción entre posesión de buena o de mala fe en materia de petición de herencia parece que no tiene importancia en el caso de la subrogación del precio en el periodo anterior o contemporáneo al Juvenciano; así en D.5.3.18 pr., pudimos observar que Labeón y Octaviano no la toman en consideración, sino Ulpiano que tenía presente la distinción establecida en el Juvenciano. El primer jurista afirma que el poseedor demandado "está obligado" (*tenetur*), sin mayores explicaciones, mientras que el segundo manifiesta la transmisión de las acciones relativas al precio de las cosas hereditarias vendidas, también si el precio se había perdido por causa del banquero; por esto, en la visión de Octaviano cualquier tipo de poseedor podía simplemente ceder las acciones para la restitución del precio. Javoleno y probablemente Casio creen en D.5.3.48 (*cfr. supra*, § 3.b) que la subrogación del precio sea posible si la venta se hubiera concluido para fines especulativos (*negotiationis causa*) o para cumplir un fideicomiso.

Más compleja es la situación de Juliano; si bien en algunos textos respectivamente examinados (D.4.2.18 y D.5.3.16.5) resulta aplicada la subrogación del precio bien sea para el poseedor de buena fe

<sup>94</sup> Sobre la función práctica de la subrogación de los precios (o del precio) a las cosas hereditarias (o a la herencia) *cfr.* CARCATERA, *L'azione ereditaria*, cit., pp. 6 y ss., si bien no podemos aceptar su posición según la cual los clásicos consideraban que aquel heredero en realidad, que debe responder de los precios en sentido técnico de la palabra, no posee: "*nihil possidet*", porque el texto en el cual el autor se fundamenta (D.5.3.13.13), se refiere a los que invadieron los bienes y no a las personas que vendieron: *...dolo enim facere eum qui se offert petitioni...*

<sup>95</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta*, cit., 156; pp. 233 y ss. Una constitución de los emperadores Severo y Caracala en C.4.39.1, si bien posterior al 129 d. C., menciona una práctica que podría corresponder a tal periodo: *aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.* (Vendida una herencia en nombre del fisco, es cierto y absoluto que las deudas pertenecen a cargo del comprador de los bienes, y que el fisco no les responde a los acreedores de la herencia).

como para el de mala fe, falta cualquier distinción entre las dos categorías de poseedores, en otros casos la solución que el jurista adopta aparece fundada en otros criterios; así en D.5.3.33.1, si el esclavo era necesario a la herencia, viene preferida la entrega del mismo al titular en lugar del precio de la venta; en D.5.3.20.2, como la venta del fundo fue efectuada *sine causa*, el heredero puede pedir la entrega del mismo y no su precio, mientras que, si se hubiera hecho para extinguir una deuda hereditaria, la petición habría tenido por objeto este último.

Con referencia a Juliano, además de los textos que vimos en relación con el principio subrogatorio, se puede incluir uno de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.31.5, en el que parecería que tal jurista (y Casio) utilizaran tal principio en la siguiente situación:

*Quod autem possessori solutum est an restituere debeat, videamus: et si bonae fidei possessor fuit sive non, debere restituere placet, et quidem si restituerit, ut Cassius scribit et Iulianus libro sexto, liberari ipso iure debitores.*<sup>96</sup> (Pero lo que se pagó a un poseedor, veamos si es que deba restituirlo; y parece bien que debe restituirlo, tanto si fue poseedor de buena fe, como si no; y a la verdad, si lo hubiere restituido, según escribe Casio, y Juliano al libro sexto, de derecho quedan libres los deudores).

Si bien aquí no se hace referencia expresa al principio subrogatorio porque se habla genéricamente del pago hecho al poseedor (*possessori solutum est*), tal podría de todos modos encontrar aplicación bien sea a los deudores de la herencia como a los compradores de las cosas hereditarias. La cantidad pagada debe ser restituida al *petitor hereditatis*, no importando que se haya recibido por el poseedor de buena o de mala fe; esta era la opinión de Casio y de Juliano en el libro sexto de sus digestos (y también en el cuarto, como puede verse en D.5.3.25.17, examinado *supra*, § 3.a), los cuales consideraban que los deudores con el pago se liberaban de pleno derecho, y por esto el actor no habría podido actuar en contra de ellos.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> BESELER, *Beitraege*, *op. cit.*, 18, considera interpolados los términos *si bonae fidei possessor fuit sive non*, pero NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, *op. cit.*, 160, cree que la presente distinción corresponda a ULPIANO; también LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, 185, no cree necesario eliminar las presentes palabras.

<sup>97</sup> BESELER, *Beitraege*, *cit.*, 18, cree que el presente pasaje es una prueba que la petición de herencia no sufrió influjo del Juvenciano; según nosotros tal posición es de ex-

Examinando la hipótesis en que el pago tuviera como causa la venta de las cosas hereditarias, como los deudores son liberados *ipso iure*, el demandado es llamado a entregar la cantidad recibida bien sea que hubiera actuado en buena o en mala fe; en este modo podemos observar que en materia de petición de herencia la subrogación del precio era considerada también por Casio y Juliano en cualquier situación, también si el demandado era un *praedo*.

Una específica aplicación de la subrogación del precio a un poseedor de mala fe en materia de *rei vindicatio* siempre por parte de Juliano se encuentra contenida una vez más en un pasaje de Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum*, D.6.1.17.1:<sup>98</sup>

*... ut Iulianus libro septimo scribit ... quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere, et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor ...*<sup>99</sup> (que escribe Juliano en el libro séptimo ...pero si el mismo poseedor hubiere con dolo malo dejado de poseer, y alguien hubiere matado con injusticia al esclavo, será obligado a entregar o el precio del esclavo, o sus propias acciones, lo que de estas dos cosas hubiere querido el actor...).

cluirse, porque el texto simplemente confirma que los dos juristas (Juliano y Casio) consideran el pago del deudor hecho a los poseedores de la herencia liberatorio *ipso iure* no importando si hubieran actuado en buena o en mala fe. Contra la posición de BESELER ver CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, *cit.*, pp. 176 y ss.

<sup>98</sup> LENEL, *Palingenesia*, *op. cit.*, 2, 510, incluye el presente pasaje de ULPIANO bajo la rúbrica *de rei vindicatione*, así como el libro séptimo *digestorum* de JULIANO (LENEL, 1, 331).

<sup>99</sup> Considera CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, *op. cit.*, 58 que la decisión de Giuliano es clásicamente imposible, porque según él la misma opción atribuida al actor no es armónica con el procedimiento formulario. Además, la pérdida dolosa de la posesión lleva directamente al *iusiurandum in litem*: lo que significa que el actor determinará el valor del *quanti ea res est*, por ello se debe excluir que el demandado deba dar únicamente el *pretium hominis*. Por otra parte, la estimación jurada presupone la falta de restitución, y excluye por lo tanto la cesión, que es un elemento de la *restitutio*; pero según nosotros, el presente criterio presenta ciertas dudas, porque, como observamos, la jurisprudencia aceptaba la cesión de la acción en alternativa a la prestación del precio en el caso del poseedor de buena fe, y si bien en la presente hipótesis se refiere al que actúa en mala fe, ciertamente el demandado se encuentra en la imposibilidad de entregar el esclavo porque se murió, esta situación permite al actor de escoger entre el precio y la cesión, si bien la pérdida dolosa de la posesión lleva al *iusiurandum in litem*, tal tiene como parámetro el valor del esclavo que corresponde al precio recibido.

Aquí el jurista admite que el poseedor de un esclavo, que había cesado de poseer con dolo, pueda liberarse de su responsabilidad, en el caso en que un tercero hubiera en modo ilegítimo matado tal esclavo, pagándole el precio o cediendo al actor la acción en contra del asesino, según la opción efectuada por el mismo actor. En esta hipótesis encuentra necesaria aplicación la subrogación del precio porque el esclavo se murió. El poseedor no puede obtener un lucro con el precio como había dicho el jurista en D.5.3.33.1 (*sed non passurum iudicem qui cognoscit possessorem pretium lucrari [Iulianus] scribit*), y la facultad de decisión en el contenido del *restituere* es del demandante; difícilmente podría corresponder al demandado ya que su comportamiento era contrario a la buena fe. Si bien el presente texto se refiere a la *rei vindicatio* y no a la petición de herencia, según nosotros su aplicación debería corresponder también a la presente materia, porque nos parecería difícil pensar que en el pensamiento de Juliano quien actúa en mala fe en el caso de la *rei vindicatio* deba entregar el precio o ceder la acción, mientras que en la *hereditatis petitio* el jurista considere una situación diferente cuando las dos acciones tienen afinidad entre ellas.

Si bien de los pasajes apenas examinados pudimos observar que en la petición de herencia la posibilidad de entregar el precio se aplicaba también al poseedor de mala fe por los juristas anteriores o contemporáneos al Juvenciano, una solución diferente la presenta Ulpiano en D.5.3.20.12: *ceterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis* (pero si sabiendo alguno que la herencia no le pertenecía, la vendió, sin duda que no los precios de las cosas, sino las mismas cosas y sus frutos se comprenden en la petición de herencia). Nos podemos preguntar por qué Ulpiano afirma una total e incondicionada responsabilidad del poseedor de mala fe por las mismas cosas y no por los precios recibidos por su venta, cuando en los pasajes anteriores hemos comprobado que antes del Juvenciano cualquier tipo de poseedor podía ser llamado a responder por la suma de dinero recibida.<sup>100</sup> El jurista tardoclásico tiene

<sup>100</sup> La misma pregunta se hace CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, cit., 142, llegando a la conclusión que la afirmación de ULPIANO puede demostrar que el

una propia opinión, los poseedores de mala fe pueden entregar los precios cuando las cosas eran agravantes y no producían un beneficio: *nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant* (a no ser que acaso nos refiramos a aquellas cosas que habían convenido que se vendieran, y las cuales más bien gravaban la herencia, que le eran lucrativas), pero según nosotros tal posición encontraba dificultad en su aplicación, ya que un poseedor de mala fe no puede tomar nuevamente la cosa vendida sin el consentimiento del comprador para darla al verdadero titular, y probablemente el propio jurista se había dado cuenta de tal dificultad, porque en el mismo libro décimo quinto *ad edictum* D.5.3.16.1 afirma sin distinguir entre buena y mala fe: *sed et is qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur* (pero también el que posee los precios de las cosas hereditarias vendidas es obligado por la petición de herencia y asimismo el que cobró de un deudor de la herencia).<sup>101</sup>

El senadoconsulto afirmaba que en la *vindicatio* de las *partes caducae* de aquellos que se consideraban herederos podían entregar los precios (así como sucedía en la *petitio hereditatis*), pero la disposición no resolvía el problema de aquellos que habían actuado en mala fe, entrega de los precios o los *caduca*. La epístola del emperador Septimio Severo del 204 mencionada por Ulpiano en D.5.3.20.12 = C.6.35.1 resuelve en modo seguro la cuestión, así también los poseedores de mala fe pueden entregar los precios al mismo modo de aquellos que actuaban en buena fe en el caso de la *vindicatio* al fisco: *sed imperator Severus epistola ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus* (pero el emperador Severo parece que en su epístola a Celer determinó lo mismo también respecto a los poseedores de mala fe).

§6a del Juvenciano corresponde al problema de la herencia de Rústico mientras que el §6b y §6c son normas genéricas en relación con la *cognitio*, pero según nosotros en el §6b se continúa a hacer referencia a los vendedores de las *partes caducae*, como podemos observar quienes creen de ser herederos no están obligados a las *usurae* del precio de las cosas hereditarias (§6a), pero deben entregar los *pretia* como continúa afirmando el §6b del ordenamiento; el §6c corresponde a otro aspecto de la controversia.

<sup>101</sup> No existen dudas de su contenido clásico, ver por ejemplo BESELER, *Beitraege, op. cit.*, 8, y LONGO, *L'hereditatis petitio, op. cit.*, 57.

La idea de la parte del Juvenciano referida en el §6b de D.5.3.20, que los precios de las cosas hereditarias vendidas deban pagarse también en el caso en que las mismas se hubieran perdido o disminuido parecería ser una innovación del senadoconsulto, porque si bien Juliano en D.4.2.18 considera este hecho (§2), el presente criterio lo fundamenta en una constitución del emperador Tito Antonino a Claudio Frontino: *nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino*, esto es, en una disposición posterior, que al mismo modo que el senadoconsulto afirmaba la subsistencia de la responsabilidad también si las cosas se hubieran destruido.

La más importante aportación del Juvenciano en el caso de la subrogación del precio a las cosas hereditarias se refiere a su campo de aplicación, porque si en la petición de herencia ya existía anteriormente, la extensión a la materia fiscal se debe al Juvenciano, inicialmente con limitación a los poseedores de buena fe (D.5.3.20.12) y después a todos los casos (C.6.35.1).

La jurisprudencia clásica, con base en el senadoconsulto afrontó y resolvió diferentes problemas referentes a la relación entre precio, cosas hereditarias vendidas y enriquecimiento. La posibilidad de entregar el precio encuentra origen en la petición de herencia y por esto sería difícil preguntarnos cuándo se dio la extensión del senadoconsulto a la materia privada en relación de tal punto, porque como vimos, sucedió lo contrario, la disposición del senado recibió el influjo de la petición de herencia; pero todavía debemos resolver la cuestión del porqué de la subrogación.

El vendedor que recibió un precio, si bien ya no se encuentra en posesión de las cosas hereditarias obtuvo un enriquecimiento con base en una cosa ajena, y por esto debería entregar tal cantidad al verdadero titular; así el demandante por economía procesal demandaba al vendedor y no a los demás poseedores de las cosas hereditarias, evitando en este modo que el poseedor de buena fe fuera responsable hacia los compradores que habían sufrido la evicción. La herencia es un patrimonio que conserva una identidad distinta de las cosas individuales que la componen como sabemos, por esto transformar las cosas hereditarias en su precio no puede causar sorpresa.

La aplicación del principio subrogatorio en el caso de la *vindicatio* de los *caduca* gracias al Juvenciano significó un beneficio al fisco, porque si el objetivo del mismo, una vez obtenidos los bienes, sería

el de venderlos y así obtener un precio, se permitiría en este modo que el demandado al entregarlo obtuviera ventaja la autoridad, porque de tal manera no debía hacer varias *vindicationes* en contra de cada uno de los compradores.

La subrogación encuentra como fundamento el enriquecimiento como claramente lo establece la oración del príncipe mencionada por Paulo en D.5.3.22: *dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere...* (examinad padres conscriptos, si acaso sea más justo que el poseedor no realice lucro, y devuelva el precio que por cosa ajena hubiere percibido...), y como es lógico pensar el precio es el principal elemento del enriquecimiento; por esto si el mismo no produce el mencionado efecto, el poseedor de buena fe no puede ser obligado a entregarlo como recuerda Ulpiano en D.5.3.23 pr y D.5.3.25.17, e inclusive el demandado puede ser obligado a una cantidad superior al precio recibido siempre que los beneficios económicos provengan de la propia herencia.

## TRATADOS INTERNACIONALES Y JERARQUÍA NORMATIVA, EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS, DERIVADAS DE SU APLICACIÓN EN DERECHO INTERNO

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho internacional y los tratados*.

1. *El artículo 133 constitucional (texto actual)*. 2. *Concepto de tratado internacional*. 3. *Requisitos de validez de los tratados internacionales*.
4. *Fuentes del derecho internacional*. A. *Los tratados*. B. *La costumbre*. C. *Los principios generales del derecho*. D. *La jurisprudencia*. E. *La doctrina*. 5. *Clasificación de los tratados*. 6. *Entrada en vigor de los tratados*. 7. *La teoría individualista y la teoría monista que explican las relaciones del derecho internacional con el interno*. A. *Teoría dualista*. B. *Teoría monista*. III. *El derecho nacional*. 1. *Requisitos de incorporación de los tratados en el derecho interno*. 2. *Las fuentes del derecho nacional*. A. *Legislación*. B. *La costumbre como fuente del derecho*. C. *La jurisprudencia*. 3. *La estructura orgánica de las normas en el derecho mexicano*. 4. *Clasificación de las normas jurídicas*. A. *Ámbito de validez material*. B. *Ámbito de validez temporal*. C. *Ámbito de validez personal*. D. *Ámbito de validez territorial*. 5. *Ley suprema de la unión*. 6. *Ley federal constitucional*. IV. *Derecho comparado, la jerarquía de los tratados en las constituciones europeas y latinoamericanas*. V. *Técnicas interpretativas para resolver el conflicto de normas*. 1. *¿Qué es una antinomia?* 2. *El principio jerárquico*. 3. *El principio de competencia*. 4. *El principio cronológico*. 5. *El principio de especialidad*. VI. *Análisis del último criterio del Pleno de la Suprema Corte*. 1. *Breve examen de la historia legislativa del artículo 133 constitucional*. 2. *Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la aplicación de los tratados*. 3. *La tesis más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los tratados internacionales*. 4. *Cuestiones importantes destacadas por el Pleno*. 5. *Análisis de la última tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y nuestra opinión personal*. VII. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la época actual resulta de suma importancia para el abogado contemporáneo conocer a ciencia cierta los contenidos y los valores formativos de la estructura jurídica interna del derecho mexicano; sin embargo, no debe perderse de vista, que a la par, se hace necesario el conocimiento de las instituciones y figuras básicas del derecho internacional, toda vez que hoy en día en un mundo donde la globalización y la apertura de los mercados económicos internacionales han marcado una paradoja, cuya tendencia es crear un Estado Universal en donde converjan los distintos sistemas económicos, jurídicos y políticos. En esa medida, para el jurista mexicano resulta indispensable el estudio y conocimiento de tales temas, a efecto de tener un entendimiento objetivo de los instrumentos internacionales que contienen los acuerdos relativos al tráfico de mercancías, bienes, servicios y los relativos a los derechos humanos, pactados entre Estados soberanos, como en esencia son los tratados.

“Desde la más remota antigüedad, los príncipes y los Estados han celebrado tratados internacionales. En las vicisitudes de la guerra y de la paz que se entretienen en la trama de la historia, la semántica misma parece implicar que el establecimiento de la paz se encuentra vinculado a la celebración de pactos. Si bien resulta interesante saber que los tratados entre el Faraón de Egipto y el Rey de los hititas se concluyeron mediante un intercambio de cartas, o que —más hacia nuestros días— Grocio estableció en el siglo XVII los principios de la interpretación de los tratados en términos similares a los de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, es sin duda a partir de 1815 cuando el desarrollo del fenómeno convencional adquiere un impulso especialmente notable: en poco más de un siglo y medio, este instrumento esencial de las relaciones internacionales ha experimentado una transformación considerable”.<sup>1</sup>

El tema es por demás interesante, sobre todo porque en él convergen aspectos del derecho internacional y del derecho interno, de suma importancia; el conflicto se plantea de la siguiente manera: en el supuesto caso de que exista una antinomia entre la aplicación de una

<sup>1</sup> REUTER, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, Facultad de Derecho, UNAM, y Fondo de Cultura Económica, 1a. ed. en español, México, 1999, p. 13.

norma de derecho interno y una de carácter internacional derivada de un tratado, ¿cuál de ellas debe prevalecer?

Debido a que cuando un tratado internacional es llevado al derecho interno también se convierte en una fuente formal de nuestro derecho. De ahí, la justificación de esclarecer en caso de una controversia, la norma que habrá de aplicarse, bajo los principios actualmente dispuestos en el artículo 133 constitucional; sin soslayar, que en la actualidad existe una tesis aislada de la Suprema Corte que determina la supremacía de los tratados frente a las leyes federales.

En un primer plano, se abordará el contenido actual del artículo 133 constitucional; posteriormente, como el contexto del derecho internacional contempla varios temas importantes, es necesario desarrollar la definición o concepto del tratado internacional, cuáles son sus fuentes, sus requisitos de validez, de incorporación en el derecho mexicano, los problemas que sobrevienen al instalarse en nuestro derecho, para este efecto se citarán opiniones de juristas connotados, que se han dado a la tarea de escribir sobre el tema.

Finalmente, en la parte toral se analizará el más reciente criterio del Pleno de la Suprema Corte que declara la supremacía de los tratados frente a las normas federales, que desde nuestro punto de vista, pudo adoptar una solución diversa, como lo es que el problema se puede resolver no tanto, partiendo de la base de que es la propia Constitución la que les dota de ese carácter; sino interpretando el hecho de que el tratado prevalece como un ordenamiento de carácter especial, frente a la aplicación de la ley federal que es una directriz general; aunado a que, desde nuestra perspectiva el artículo 133 constitucional, no contempla la superioridad de los tratados frente a las normas federales.

## II. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS TRATADOS

### 1. El artículo 133 constitucional (texto actual)

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión 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”.

A efecto de brindar una opinión debidamente sustentada, sobre el objetivo propuesto, es menester dilucidar lo que se entiende por un tratado internacional y los temas que lo circundan; lo que debe conceptuarse por una ley del congreso de la unión que emane de la Constitución; y también lo que debe entenderse por “ley suprema de la unión”, por tanto, reservaremos el estudio a fondo del precepto de la Carta Magna, para un momento posterior, con la aclaración que no habremos de ocuparnos de resolver qué sucedería en el caso de que un tratado estuviera celebrado contra-natura, es decir, que fuera violatorio de la Constitución, pues simplemente hemos de señalar, que ello equivaldría a la nada jurídica, o sea, un tratado que contravenga la Constitución no tendría la oportunidad jurídica de subsistir, pues el texto del precepto constitucional, es claro al establecer, que los tratados deben estar de acuerdo con la Carta Magna.

## 2. Concepto de tratado internacional

Bajo el término de “contrato” se designa a un Estado de Derecho del orden jurídico interno, cuyo idéntico estado de hecho, priva igualmente en el derecho internacional, bajo el nombre de “tratado”; por ello, desde el punto de vista de Hans Kelsen debe adoptarse no uno ni otro concepto, sino quizá, el que logre integrar los dos vocablos, como lo es la denominación de convención.<sup>2</sup>

Para Kelsen, la definición tradicional de convención, es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendientes a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente. Aceptación sobre la cual es posible distinguir, que no dista con el sistema tradicional sobre la definición del contrato, que a saber, se ha considerado como el acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones entre dos o más personas. Sin embargo, el matiz que diferencia a los contratos en el ámbito interno, precisamente de los tratados o de las convenciones, en su parte sustancial obedece a la calidad de los sujetos que participan, y los fines que se persiguen, pues, en el caso de los primeros, se está en presencia de dos sujetos particulares con intereses

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado*, Ed. Colofón, 1a. ed., 1994 (trad. Eduardo García Máynez), México, p. 1.

privados en busca de un acuerdo que haga surgir derechos y obligaciones recíprocos, cuyos efectos se circundaran exclusivamente a su esfera personal; en cambio, en el orden internacional, quienes conllevan los arreglos, son dos Estados soberanos, que actúan no en nombre propio sino en representación de la clase connacional y, no en pocas ocasiones, los efectos que producen tales convenios quedan fuera del alcance de los gobiernos suscribientes, porque éstos se producirán a futuro, de conformidad al plazo de entrada en vigor que se estipule en el propio tratado. En la materia que se analiza, debe puntualizarse, que una cosa es: a) el acto o el procedimiento de la convención y otra disímbola, b) la norma o el orden convencional creados por aquélla.<sup>3</sup>

El acto o el procedimiento, consiste en un acuerdo expreso de voluntades de dos o varios sujetos, cuya consecuencia estriba en que cualquier conducta subjetivamente querida por los contratantes debe ser objetivamente considerada como obligatoria; por otro lado, por convención, contrato internacional o tratado, debe conceptuarse un determinado procedimiento de creación de normas o el producto de tal procedimiento, la norma creada por el acuerdo o, sea, por las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o varios sujetos, ya sea como una norma o un orden creados en virtud del ordenamiento jurídico instado por la voluntad de los sujetos.

Ahora bien, el artículo 2.1. a), de la Convención de Viena, define a los tratados como:

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

Conforme a la anterior definición, entonces los tratados internacionales revisten las siguientes características:

- a) Acuerdo internacional, que implica un pacto entre partes y muestra la voluntad de obligarse jurídicamente entre los Estados celebrantes.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 11.

b) Por escrito, aunque la forma escrita no implica un elemento de validez del tratado, es decir, en caso de que se celebrara un tratado verbal sería igualmente válido.<sup>4</sup>

La única salvedad sería que no estaría regulado por la Convención de Viena sino por las normas consuetudinarias aplicables a los tratados internacionales.

c) Entre Estados atendiendo a partes, un acuerdo de voluntades a nivel internacional puede presentar varias opciones, en este sentido puede ser celebrado por:

- Un Estado con otro Estado.
- Un Estado con un organismo internacional (en general sujetos atípicos).
- Un Estado con un particular (persona física o moral).
- Organismo internacional-particular.<sup>5</sup>
- Respecto al concepto de tratado internacional, existen diversas opiniones, entre las cuales destacan las siguientes:

*Oppenheim Lauterpacht*: “Los tratados internacionales son acuerdos de carácter contractual, entre Estados u organizaciones de Estados, que crean derechos y obligaciones jurídicas entre las partes”.<sup>6</sup>

*Rousseau*: “Cualquiera que sea su denominación, el tratado se nos presenta como un acuerdo entre Estados destinado a producir ciertos efectos jurídicos”.<sup>7</sup>

*McNair*: “Un acuerdo escrito por el cual dos o más Estados y organizaciones internacionales crean o manifiestan la intención del derecho internacional”.<sup>8</sup>

*Guggenheim*: “Un acuerdo internacional, consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular”.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> WALSS AURIOLES, Rodolfo, *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano*, Porrúa, México, 2001, p. 36.

<sup>5</sup> WALSS AURIOLES, Rodolfo, *op. cit.*, p. 37.

<sup>6</sup> DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, Buenos Aires, p. 108.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 108.

*Schwarzenberger*: “Acuerdos entre sujetos del derecho internacional creadores de obligaciones vinculantes en derecho internacional”.<sup>10</sup>

*Simma*: “Por tratado de derecho internacional entendemos un acuerdo de voluntades expreso o negado definitivamente, conforme al derecho internacional, entre dos o más Estados u otros sujetos del derecho internacional, por el cual éstos se obligan a determinadas prestaciones, abstenciones o servicios, unilaterales o sinalagmáticos, iguales o diferentes por una vez o repetidamente”.<sup>11</sup>

*Barberis*: “Se puede definir el tratado internacional expresando que se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendientes a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que está regida directamente por este ordenamiento”.<sup>12</sup>

Sin embargo, cabría apuntar aquí que no existe ninguna nomenclatura precisa para la designación de los tratados internacionales, pues se pueden utilizar indistintamente como sinónimos, términos como, tratado, convenio, acuerdo, protocolo; empero, tampoco debe perderse de vista que la definición legal prevista por la Convención de Viena habla del concepto de “acuerdo internacional”.

### 3. Requisitos de validez de los tratados internacionales

Para que el tratado internacional sea jurídicamente válido, capaz de generar derechos y obligaciones entre los Estados partes que lo celebran, es menester que se satisfagan ciertas condiciones, como son:

- a) *Capacidad*. La capacidad como regla general para celebrar los tratados internacionales, se deposita en todos aquellos entes que sean considerados como sujetos de derecho internacional, que suelen dividirse en típicos y atípicos; los primeros

<sup>10</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>11</sup> DE LA GUARDIA, Ernesto, *op. cit.*, p. 109.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 109.

son los Estados, en tanto que los segundos son otras entidades que sin tener la calidad de Estados poseen personalidad jurídica internacional.

- b) *Consentimiento*. Esto se traduce en la voluntad de un Estado a obligarse conforme a un tratado internacional, que debe ser expresada por los órganos de representación competentes del Estado; sobre este aspecto, es conveniente remitirnos a la Convención de Viena que en su artículo 7 dispone que todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados, estando en aptitud de realizar esa actividad, la persona que en representación del Estado cuenta con plenos poderes para ello, o bien, por virtud de sus funciones así se desprenda, sin que tenga que presentar pleno poder; los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores; los jefes de misión diplomática; y los representantes acreditados de un Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos.
- c) *Objeto*. Sobre este punto, debe entenderse el fin último que persiguen las partes contratantes. Por ejemplo, en un tratado de libre comercio el objeto del tratado lo será el facilitar el intercambio de relaciones comerciales entre los Estados; el objeto de los tratados internacionales debe ser lícito, pues no puede ser contrario al derecho internacional.
- d) *Forma*. Aunque este requisito podría no ser considerado como un elemento de validez de los tratados internacionales (pues hay quienes piensan que un tratado internacional podía ser celebrado de forma verbal, con la salvedad de que no estaría tutelado por la Convención de Viena) es una formalidad que debe adoptarse cuando éste sea celebrado bajo los principios de la Convención de Viena.
- e) *El registro*. La Convención de Viena dispone que los tratados internacionales deben ser inscritos ante la Organización de las Naciones Unidas después de su entrada en vigor.

#### 4. Fuentes del derecho internacional

La doctrina moderna reconoce que en cierto modo, las fuentes del derecho internacional se encuentran dispuestas en el artículo 38

del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pues este numeral señala cómo habrán de resolverse las controversias que le sean sometidas aplicando los siguientes principios que son considerados como fuentes del derecho internacional:<sup>13</sup>

- Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes.
- La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.
- Tal disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Con base en esta disposición internacional, las fuentes del derecho son divididas en fuentes fundamentales y fuentes subsidiarias; dentro de las primeras se localizan los tratados internacionales y la costumbre internacional; en cambio, en las fuentes subsidiarias, están los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina; a esta clasificación, Loretta Ortiz Ahlf, las denomina como autónomas y auxiliares.

##### A. Los tratados

Los tratados internacionales constituyen derecho positivo para los Estados contratantes; por esa causa, los tratados son la fuente más importante del derecho internacional, y en su conjunto, forman lo que suele llamarse derecho internacional convencional. Se trata de instrumentos de carácter internacional, es decir, acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (principalmente Estados y or-

<sup>13</sup> WALSS AURIOLES, Rodolfo, *op. cit.*, p. 8.

ganismos internacionales), que a veces tienen en cuenta asuntos de derecho internacional privado para su celebración.<sup>14</sup>

### B. La costumbre

La costumbre es una práctica generalmente aceptada como derecho, la cual contempla dos elementos, uno material y otro espiritual; respecto del primero, no existe una determinación acerca de cuántas veces haya de repetirse el acto para que se considere formada la costumbre, sin embargo, es obvio que no basta que sea una sola vez, se requiere la reiteración constante de esos actos en un mismo sentido, es decir, que mantenga cierta estabilidad. En cuanto al elemento espiritual, también es requerido que los Estados mantengan la conciencia de encontrarse obligados vinculativamente al practicar ciertos actos, lo difícil es acreditar la existencia de la costumbre internacional, lo que se hará según sea el caso. En cuanto a esta fuente del derecho internacional, es reconocido por la mayoría de los Estados tres tipos de costumbre: la de aplicación universal, la de aplicación regional y la de aplicación bilateral. Un problema al que se enfrenta la costumbre es a las llamadas *jus cogens*, que significan "derecho coercitivo", son normas imperativas del derecho internacional, ello significa que son reconocidas como tales por el derecho internacional no admiten pacto o acuerdo en contrario, verbigracia, la no intervención, la autodeterminación de los pueblos, la igualdad de la soberanía de los Estados o la norma *pacta sunt servanda*.

Las disposiciones del *jus cogens* se encuentran incluidas en el artículo 53 de la Convención de Viena al prevenir: "es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general"; algunos ejemplos de *jus cogens* proporcionadas por la doctrina son las que prohíben la guerra de agresión; el genocidio; el comercio de esclavos; las que protegen los derechos humanos; las que obligan a resolver los conflictos por medios pacíficos; la no intervención; la autodeterminación de los pueblos y la norma *pacta sunt servanda*.

<sup>14</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado*, Ed. Harla, 5a. ed., México, p. 17.

### C. Los principios generales del derecho

Cuando se habla de los principios generales del derecho, como fuentes del derecho internacional, se refiere a aquellos principios surgidos en el derecho interno de los distintos Estados, pero que al alcanzar la objetivación en el terreno externo dejan de pertenecer al derecho de tal o cual Estado y constituyen principios universales reconocidos, entre dichos principios, se pueden señalar los siguientes:

- I. *Locus regit actum*, que significa que la ley del lugar rige el acto (por ejemplo, un contrato) se determinará con base en el lugar de celebración del acto o del contrato.
- II. *Lex rei sitae*, indica que para la determinación de la ley aplicable a los bienes habrá que saber dónde se encuentran situados éstos.
- III. *Mobilia sequuntur personam*, quiere decir que los bienes muebles siguen a la persona.<sup>15</sup>

### D. La jurisprudencia

En cuanto a la jurisprudencia, la regla es que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia son únicamente aplicables a las partes en litigio y sólo para el asunto que ha sido decidido; por su parte, las decisiones internas de tribunales locales no son consideradas como fuente del derecho internacional, por la razón de que el poder judicial de los Estados no es el encargado de las relaciones internacionales de los mismos.

### E. La doctrina

La doctrina es igualmente considerada como una fuente del derecho internacional, por provenir de individuos de países tan diversos en sus culturas, tradiciones legales, posiciones políticas, situación económica, etcétera, significan una multiplicidad de opiniones que frecuentemente son encontradas; sin embargo, es evidente que las opi-

<sup>15</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *op. cit.*, p. 20.

niones doctrinales no pueden ser obligatorias para el juzgador internacional y no pueden tampoco ser la base para fundamentar una resolución internacional.

### 5. Clasificación de los tratados

*Por su contenido.* Los tratados pueden ser económicos, políticos, culturales, comerciales, tecnológicos (pudiendo converger en un mismo tratado dos o más características).

*Por el número de Estados partes.* Bilaterales o multilaterales.

*Por el tiempo de su vigencia.* Los tratados se dividen en tratados ley y tratados-contrato, los primeros son aquellos que tienen una vigencia indefinida crean una reglamentación jurídica permanentemente obligatoria; los tratados contrato por su parte, crean una obligación jurídica que se extingue con su cumplimiento.

Los tratados también pueden ser clasificados, desde el punto de vista de su aplicación, en ejecutables (self-executing); y tratados no ejecutables (no self-executing).

Los tratados que son ejecutables por sí mismos, son aquellos que son susceptibles de una aplicación inmediata, sin un acto legislativo posterior; se habla de autoejecutividad cuando la disposición ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. De esta forma una disposición es ejecutable por sí misma cuando esa ha sido la intención de los Estados parte, es decir, cuando los Estados han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible por el individuo que solicita ante el juez la aplicación de esa norma a su favor.<sup>16</sup>

Una norma ejecutiva es la cláusula de la nación más favorecida, ya que sus beneficios pueden ser invocados por una persona natural o jurídica de la nacionalidad del Estado que haya convenido la cláusula; otras, son los instrumentos relativos a derechos humanos.

En cambio, los tratados no ejecutables requieren de un desarrollo legislativo posterior; hay a menudo disposiciones programáticas que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado, carecen de exigibilidad inmediata por la ausencia de normas internas o

<sup>16</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho internacional público*, Ed. Harla, 2a. ed., México, 1993, p. 41.

de otras medidas complementarias del Estado, a estas normas se les denomina non self-executing.<sup>17</sup>

### 6. Entrada en vigor de los tratados

La entrada en vigor de un tratado marca el momento en que el mismo adquiere fuerza obligatoria. Esta entrada en vigor, que en los tratados bilaterales suele coincidir con el acto que expresa el consentimiento definitivo de los Estados en obligarse por el tratado, también puede manifestarse en los tratados multilaterales a través de hechos condicionantes, libremente determinados por las partes, tales como una fecha fijada, un cierto número de ratificaciones o adhesiones, u otra circunstancia convencionalmente establecida; ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención de Viena debe entenderse:

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.
3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, estará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.
4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la aprobación de su texto.

El artículo 24 estipula, en su párrafo 1o., la regla general, es decir, que el tratado entrará en vigor, "de la manera y en la fecha que en él

<sup>17</sup> ORTIZ ALF, Loretta, *op. cit.*, p. 41.

se disponga o que acuerden los Estados negociadores". El párrafo 2o. opera como regla supletoria y establece que, a falta de tales previsiones convencionales, el tratado "entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado". Este párrafo enuncia también una regla indiscutida. Para que un tratado entre en vigor respecto de un Estado determinado, serán necesarias dos condiciones acumulativas sin prioridad entre ellas: que el tratado haya entrado en vigor conforme con sus propias disposiciones, y que dicho Estado exprese su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado, si el consentimiento es otorgado después de la entrada en vigor, el tratado entrará en vigor para el Estado que prestó el consentimiento en la fecha de esta presentación (párrafo 3o.). La Convención no lo dice, pero es obvio que, si el consentimiento fue otorgado antes de la entrada en vigor, habrá que esperar que se produzca esta última para que las dos condiciones estén cumplidas.

El párrafo 4o., que no figuraba en el proyecto de la CDI, tuvo su origen en una enmienda británica, tendiente a facilitar la aplicación del tratado, ya que, como lo señalara el delegado del Reino Unido, "se admite generalmente que, desde el momento de la adopción del texto de un tratado, ciertas disposiciones tienen efectos jurídicos que son tácitamente aceptados por los países interesados aunque el tratado no se encuentre formalmente en vigor". Surge de la lógica y la razón que un tratado jamás podría entrar en vigor si ciertas disposiciones destinadas precisamente a provocar esa entrada en vigor no comenzaran a ser aplicadas antes de ella.

### 7. La teoría individualista y la teoría monista que explican las relaciones del derecho internacional con el interno

El campo estructural de los tratados internacionales de manera inequívoca, conduce al estudio que guardan con el derecho internacional y también con el derecho doméstico, lo que en sí mismo conlleva una dualidad jurídica, pues un tratado internacional tiene por así decirlo de alguna manera dos caras.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> WALSS AURIOLES, Rodolfo, *op. cit.*, p. 96.

Por tanto, es conveniente a continuación expresar las directrices en que se sustentan dos de las teorías más ampliamente aceptadas, que explican la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.

#### A. Teoría dualista

En el dualismo se entiende que el derecho internacional y el derecho nacional pertenecen a un sistema jurídico totalmente distinto, independiente y separado. Triepel, Anzilotti y Oppenheim representan al dualismo.<sup>19</sup>

Esta tesis sostiene que tanto el derecho nacional de cada país, así como el derecho extranacional constituyen dos órdenes jurídicos diferentes, que regulan cuestiones disímboles, pues en tanto el derecho interno tiene como fuente principal a la ley que es producto de la voluntad unilateral de un legislador; el derecho internacional tiene como eje principal de su producción a los tratados mismos; que el derecho interno regula relaciones entre sujetos sometidos a la voluntad soberana del Estado, mientras que en el derecho internacional se regulan relaciones entre sujetos idénticamente iguales; en el derecho nacional los sujetos están sometidos a la potestad de los tribunales, quienes tienen imperio para aplicar la ley aun por medio de la fuerza; en tanto que en el derecho externo, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia deriva de la voluntad expresa de las partes en conflicto y no existen órganos que puedan imponer una solución por medio de la coacción; finalmente, esta teoría explica que ambos derechos tienen diferentes ámbitos de aplicación, pues en tanto uno de ellos se encuentra destinado y circunscrito dentro de un territorio determinado que las emite, las reglas de derecho internacional tienen una validez que no se limita al territorio de un Estado. Así también, en el derecho nacional se aplica la ley por medio de la fuerza, en cambio en el derecho internacional, se aplica con base en el compromiso entre las naciones.

<sup>19</sup> SUNG CHO, Key, *Derecho internacional*, Ed. Belgrano, Argentina, 1997, p. 57.

### B. Teoría monista

Quienes sustentan los principios de esta doctrina niegan firmemente que exista la dualidad de órdenes jurídicos distintos y sostienen que en realidad existe un orden jurídico único en el cual conviven las normas del derecho internacional y las internas; sin embargo, esta teoría también abarca dos corrientes. Existe el pensamiento de que subsiste una supremacía de las normas internacionales sobre las internas (monista internacionalista) y también quienes promueven la primacía del derecho local sobre el internacional (monista nacionalista). La crítica más desarrollada la ofrece Hans Kelsen, quien afirma que el derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas normativos independientes.

La base principal de los sostenedores de la postura monista (P. Zorn, A. Zorn y Kaufman), afirma que el derecho internacional al igual que el derecho nacional es la norma que deriva del Estado soberano, aunque se diferencia del derecho internacional en que éste está destinado a regular las relaciones exteriores del Estado.<sup>20</sup>

En cuanto a la adopción de una u otra teoría por el sistema jurídico mexicano, vinculado al tema del derecho internacional, existen puntos de vista en uno y en otro sentido.<sup>21</sup> Así, Felipe Tena Ramírez apunta lo siguiente:

“Con la reforma de 1934 se adopta la tesis monista dando primacía al derecho interno y agrega que se hizo sufrir a nuestra evolución jurídica un retroceso manifiesto”.

También, en cuanto a este aspecto, Loretta Ortiz Ahlf señala:

“Pueden afirmarse que la posición adoptada por nuestro artículo 133 constitucional es en realidad la del dualismo, ya que el derecho internacional requiere, conforme a nuestro sistema, de un acto de incorporación; de seguirse la tesis monista no se requeriría acto de incorporación alguno, por formar ambas normas parte de un mismo sistema jurídico”.

<sup>20</sup> SUNG CHO, Key, *op. cit.*, p. 59.

<sup>21</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, *op. cit.*, p. 9.

Al respecto, Ariel Alberto Rojas Caballero, expresa:

“La Constitución mexicana adopta la teoría monista internacionalista, esto es que se adopta una fuente del derecho internacional (los tratados) condicionando su vigencia a su adecuación con la Ley Fundamental”.<sup>22</sup>

### III. EL DERECHO NACIONAL

#### 1. Requisitos de incorporación de los tratados en el derecho interno

Ahora bien, dentro del ámbito interno, cuáles son los requisitos que deben ser satisfechos, para que un tratado internacional venga a formar parte de nuestra normatividad interna, éste es un punto importante, sobre todo, tomando en consideración que el artículo 133 de la Constitución federal (cuyo estudio nos ocupará más adelante), dispone: “...Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión 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...”, entonces, es un punto que interesa dejar esclarecido, cómo es que un tratado se incorpora en la legislación nacional, o lo que es lo mismo, qué requisitos se necesitan para que un tratado internacional se convierta en ley suprema nacional.

Los artículos de la Constitución federal que establecen las exigencias necesarias, para que un tratado pueda ser abrigado como norma dentro del territorio mexicano son los siguientes:

I. Artículo 76, establece que son facultades exclusivas del Senado: “...I. Analizar la política exterior desarrollada por el ejecutivo federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además *aprobar* los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el ejecutivo de la Unión...”.

<sup>22</sup> ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, “La recepción del derecho internacional en México y su jerarquía normativa”, *Revista Jurídica Responsa*, Centro Universitario México, Universidad Marista, año 1, núm. 5, mayo de 1996.

II. El precepto 89 establece las facultades y obligaciones del Presidente de la República, entre las que destacan: "...Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del senado...".

III. El artículo 15 constitucional también dispone que *no se autoriza* la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano (prohibición para la celebración de un tratado).

De esta suerte, tenemos que los requisitos para que un tratado pueda incorporarse a la legislación nacional, es necesario que sea celebrado por el Presidente de la República, pues es quien tiene la facultad de celebrar los tratados internacionales, que deberán ser sometidos a la aprobación del senado; aquí, cabría hacer una reflexión, puesto que la actividad que desarrolla el Presidente de la República no es facultativa sino obligatoria, a diferencia de la que emprende el Senado de la República como ente revisor del tratado, cuenta con una prerrogativa pero no con la obligación de aprobar el tratado.

Esto se comprende porque el Presidente de la República, como representante del Estado mexicano (puesto que ninguno de los titulares o de los miembros de los otros dos poderes ostentan esta representación), tiene la obligación de celebrar los tratados internacionales, aunque, como ya se ha visto, conforme a los postulados de la Convención de Viena, también pueden agotarla los ministros de relaciones exteriores, los jefes de una misión diplomática y aun, los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o una organización de la misma índole.

Sin embargo, creo que, precisamente por la razón misma de los tratados que no pueden atentar ni ser violatorios del derecho interno de los Estados, como tal conducta se encuentra prevista en la Constitución federal, luego, se entiende que debe ser el Presidente de la República quien solemnice con su firma la celebración de un tratado internacional.

Caso aparte es la facultad del senado, el cual sí cuenta con una verdadera prerrogativa, pues inclusive bien podría oponerse a la aprobación del tratado, no obstante que el titular del ejecutivo federal ya

lo hubiera celebrado, lo que pone de relieve que el senado cuenta con una facultad discrecional pues no puede ser considerada como una obligación, porque pensar de esta manera equivaldría a sostener como una fórmula indisoluble, que tan luego el presidente celebrara un tratado el senado tendría la obligación de aprobarlo.

Finalmente, el artículo 15 constitucional establece en forma clara la prohibición para celebrar tratados para la extradición de reos políticos; razón por la cual alguna convención que se suscribiera con esa finalidad, es lógico que no pudiera surtir ningún efecto por adolecer, en este caso, de una finalidad lícita del tratado como lo es permitir la extracción de reos políticos, así como tampoco se permite la celebración de convenios en donde se alteren las garantías establecidas por la Constitución, lo que se justifica en razón de que no podría permitirse que a través de un convenio internacional se rompiera con el Estado de Derecho que condujera al fracaso jurídico de la propia Norma Fundamental.

De este modo, una vez cubiertos los requisitos anteriores se abriga la idea de que un tratado que sea celebrado por el Presidente de la República, aprobado por el Senado, que no sea para la extradición de reos políticos y tampoco altere el orden constitucional, queda claro que estaríamos en presencia de un pacto perfectamente válido para ser incorporado a nuestro derecho interno.

También es importante señalar, que un requisito para la obligatoriedad de los tratados en el territorio nacional, es el dispuesto en el artículo 4o. de la Ley sobre Celebración de Tratados (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992) que establece que "los tratados para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*", lo que se traduce en que para la plena operatividad del tratado, una vez celebrado y aprobado, también debe publicarse.

## 2. Las fuentes del derecho nacional

En la consecución del fin propuesto, tal y como lo hicimos de manera precedente con el derecho internacional, también es importante ahora avocarnos a la centralización de algunos aspectos del derecho nacional, como en el caso de sus fuentes, es decir, el lugar en donde se origina la ley; tradicionalmente se divide a las fuentes en forma-

les, reales e históricas. Por fuentes formales, entendemos el proceso de creación de las normas; por fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas; en tanto que el concepto de históricas, se aplica a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes que estuvieron vigentes en el pasado.

De acuerdo con una opinión mayoritaria las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

#### A. La legislación

En los países cuya tradición se orienta por el derecho escrito, la legislación es la fuente más importante que nutre a este tipo de fuentes, que podría definirse como el proceso por medio del cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general a las que se da el nombre específico de leyes.

En opinión de Eduardo García Máynez, no es la ley, sino el proceso legislativo lo que tendría que aceptarse como la fuente del derecho, pues alude que valiéndose de la metáfora de Du pasquier, "así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo", la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa".<sup>23</sup>

El proceso de creación de la ley en nuestro país abarca los siguientes periodos:

- a) *Iniciativa*. Que es el acto mediante el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso un proyecto de ley; el derecho de iniciar leyes según el artículo 71 de la Constitución federal, compete al Presidente de la República, a los diputados y a los senadores del Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados.
- b) *Discusión*. Es el acto por el cual las cámaras deliberan acerca de las iniciativas a fin de determinar si deben o no ser aproba-

<sup>23</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 2000, p. 52.

das, todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates.

- c) *Aprobación*. Es el acto mediante el cual las cámaras aceptan un proyecto de ley, la aprobación puede ser parcial o total.
- d) *Sanción*. Con este nombre se designa a la aceptación de una iniciativa por el poder ejecutivo, ésta es posterior a la aprobación por ambas cámaras. El Presidente de la República puede negar su sanción a un proyecto de ley (derecho de veto).
- e) *Publicación*. Es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla, la publicación se hace en el *Diario Oficial de la Federación*, o también en las gacetas o diarios oficiales de los estados, en donde se publican las leyes de carácter local.

#### B. La costumbre como fuente del derecho

Por ella debemos entender un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio, es el derecho que nace consuetudinariamente; de acuerdo con la teoría romano-canónica, la costumbre tiene dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero es la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder; el subjetivo es la idea de que el uso es jurídicamente obligatorio y debe por tanto aplicarse. Los individuos que forman las comunidades sociales desarrollan ciertas actividades que les procuran sus medios de subsistencia; la manera reiterada como llevan a cabo sus actividades específicas constituye la costumbre.<sup>24</sup>

#### C. La jurisprudencia

La palabra equivale en un primer momento o puede conceptuarse como ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo; en otro, se puede definir, como el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales jurisdiccionales, quienes por disposición de la ley pueden emitirla.

<sup>24</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *op. cit.*, p. 16.

En nuestro derecho la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (resoluciones emitidas en el número de cinco sin otra en contrario), adquiere el carácter de obligatoria para la propia Corte, la del Pleno para las Salas y la de éstas, para los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo locales y federales; según lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo.

Así también, la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, es obligatoria para los Tribunales Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo locales y federales, que funcionen dentro de su circunscripción territorial; según lo prevé el artículo 193 de la ley de la materia. "La jurisprudencia sí es una fuente material del derecho en México, tanto por llenar las particularidades técnicas que caracterizan a dichas fuentes, como por contar con los atributos de generalidad, impersonalidad, abstracción y obligatoriedad, en su aspecto de interpretación de la ley".<sup>25</sup>

### 3. La estructura orgánica de las normas en el derecho mexicano

Los preceptos que pertenecen a un mismo sistema jurídico pueden ser del mismo o diverso rango, en la primera hipótesis hay una relación de coordinación y en la segunda un nexo de *supra* o subordinación.

Según la opinión de García Máynez, en todo sistema de derecho existe un orden jerárquico que se compone de los siguientes grados:

1. Normas constitucionales.
2. Normas ordinarias.
3. Normas reglamentarias.
4. Normas individualizadas.

<sup>25</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Porrúa, 7a. ed., México, 1999, p. 611.

Según dicho autor, el problema de la ordenación jerárquica realmente se complica, cuando el sistema corresponde a un Estado del tipo federal, el artículo de la ley fundamental que establece el orden normativo en nuestro derecho, es el artículo 133 constitucional, en opinión del jurista en comento, se encuentra integrado por:

1. La Constitución federal.
2. Las leyes federales y los tratados internacionales, *que tienen exactamente el mismo rango*.
3. El derecho local.

En su concepto, el orden jerárquico se puede resumir de la siguiente manera:

#### Derecho federal

1. Constitución federal.
2. Leyes federales y tratados.

#### Derecho local

1. Leyes ordinarias.  
(Constituciones locales y leyes ordinarias).
2. Leyes reglamentarias.  
(Leyes reglamentarias y leyes municipales).
3. Normas individualizadas.  
(Normas individualizadas privadas tales como contratos y los testamentos; y normas individualizadas públicas, verbigracia, sentencias judiciales, concesiones; los tratados internacionales también constituyen normas individualizadas de carácter público).<sup>26</sup>

En opinión de Jorge Carpizo, la Constitución se encuentra en primer grado, es decir, en el grado más alto de la pirámide jurídica. En el segundo grado se encuentran las leyes constitucionales (que son aquellas que en opinión de Mario de la Cueva, son la Constitución misma que se amplía, que se ramifica que crece; en cambio

<sup>26</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 88.

el derecho federal ordinario es el que deriva de la Constitución pero no es parte de ella); y en un tercer grado coexisten el derecho federal y el local.<sup>27</sup>

Loretta Ortiz Ahlf sostiene que, en virtud del federalismo adoptado por la Constitución vigente, en el Estado mexicano pueden diferenciarse tres estados jurídicos diversos, el que podría llamarse nacional, el federal y el local. Señala, que la Constitución misma no puede considerarse un ordenamiento federal ni local, pues ambas competencias son creadas por la Constitución, la cual les está *supra* ordenada. Lo anterior resulta más claro si se considera que mientras los ordenamientos legislativos locales son emitidos por las legislaturas de los estados y las leyes federales lo son por el Congreso de la Unión, en cambio la Constitución misma es fruto de un órgano diverso: el constituyente.<sup>28</sup>

Sobre el mismo tema, Francisco J. Peniche Bolio opina que desde el punto de vista de la jerarquía, las normas se clasifican de la siguiente forma: desde el punto de vista federal, en Constitución, leyes constitucionales, tratados internacionales y normas ordinarias federales; en cambio, desde el punto de vista del derecho local, se clasifican por su orden en: constitucionales (locales), leyes ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipales y normas individualizadas.<sup>29</sup>

Para Gabino Fraga, como una consecuencia derivada de la autoridad formal de las leyes, se encuentra la de la clasificación de las mismas por razón del poder que en ellas intervienen y del procedimiento para su formación y para su modificación.

Desde este punto de vista se pueden agrupar en dos categorías: las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, comunes o secundarias.<sup>30</sup>

Las primeras son las que emanan del poder legislativo constituyente, después de un procedimiento laborioso y complicado, que se determina por el artículo 135 de la Constitución en estos términos:

<sup>27</sup> CARPIZO MAC-GREGOR, Jorge, *Estudios constitucionales*, Porrúa, México, 1999, p. 18.

<sup>28</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, "Jerarquía entre leyes federales y tratados", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, México, 2001, p. 238.

<sup>29</sup> PENICHE BOLIO, Francisco J., *Introducción al estudio del derecho*, 12a. ed., Porrúa, México, 1996, p. 87.

<sup>30</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1986, p. 39.

"La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los 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 o la Comisión Permanente en su caso harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas".

La definición de ley constitucional desde el punto de vista formal se precisa, pues, independientemente de su contenido, por el procedimiento más complicado de su elaboración y por el órgano especial que en ella interviene.

A diferencia de la ley constitucional, la ley ordinaria, común o secundaria emana del Poder Legislativo ordinario o constituido, está formado por el Congreso General, compuesto por la Cámara de Diputados y por la de Senadores (Constitución federal, artículo 50) y el procedimiento para la elaboración de las leyes se limita a la aprobación del proyecto por las dos cámaras (artículo 72).

Se ha pretendido que además de las leyes constitucionales y leyes ordinarias, existen otras categorías como son las leyes orgánicas o reglamentarias y de leyes que emanan de la Constitución.

Respecto de las leyes orgánicas y de las reglamentarias se afirma que desde el punto de vista formal no existe ninguna diferencia que las separe de las ordinarias, ya que, al igual que éstas, son elaboradas por el poder legislativo constituido siguiendo el procedimiento normal consagrado en el citado artículo 72 de la Constitución.

De tal manera que, por este concepto, las leyes llamadas orgánicas y las reglamentarias tienen la misma autoridad formal que las leyes ordinarias, sin que haya razón para darles preeminencia sobre estas últimas.

#### 4. Clasificación de las normas jurídicas

En la doctrina mexicana, respecto de la clasificación de las normas jurídicas, la agrupación más aceptada es la creada por el insigne doctor Eduardo García Máynez, misma que diseñó de la siguiente forma:

1. Por el sistema al que pertenecen.

2. Por su fuente.
3. Por su ámbito espacial de validez.
4. Por su ámbito temporal de validez.
5. Por su ámbito material de validez.
6. Por su ámbito personal de validez.
7. Por su jerarquía.
8. Por sus sanciones.
9. Por su cualidad.
10. Por sus relaciones de complementación.
11. Por sus relaciones de la voluntad de los particulares.<sup>31</sup>

Ahora bien, como se ve, la ordenación es muy vasta y su estudio total desviaría el objetivo propuesto en este ensayo, por lo que únicamente se referirá el criterio que es utilizado para desmembrar el ámbito personal de validez de la norma, que es el punto central, desde nuestra óptica, en donde podemos encontrar de cierto modo la solución sobre la aplicación de los tratados internacionales, en caso de conflicto con una ley federal de derecho interno.

Acerca del ámbito personal de validez, sobre las normas, García Máynez opina que se clasifican en genéricas e individualizadas, se llaman genéricas las que obligan o facultan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto-sujeto de la disposición normativa, en cambio, reciben el nombre de individualizadas, las que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase individualmente determinados.

A diferencia de las genéricas, las individualizadas únicamente obligan o facultan a uno o varios miembros individualmente determinados de la clase designada por el concepto-sujeto de la norma genérica que le sirve de base. Por ejemplo, la sentencia que condena a Juan Pérez a veinte años de cárcel por la comisión del delito de homicidio es una norma individualizada, puesto que solamente es aplicable al acusado; pero el fundamento del fallo reside en una norma genérica, según la cual quienes dan muerte a un semejante en tales o cuales circunstancias, deberán sufrir la pena.

<sup>31</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 78 y ss.

Mientras las disposiciones genéricas se refieren a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto jurídico "homicida", la sentencia judicial sólo se aplica a un miembro, individualmente determinado de la misma clase.

Las normas individualizadas se dividen en privadas y públicas, las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto éstos aplican ciertas normas genéricas; las segundas, derivan de la actividad de las autoridades. Tienen carácter privado los contratos y los testamentos; tienen carácter público las resoluciones judiciales y administrativas (sentencias, concesiones, etcétera). Los tratados internacionales deben considerarse también como normas individualizadas de índole pública.

Para Peniche Bolio, desde esta perspectiva, las normas se clasifican también en genéricas e individualizadas; un ejemplo de normas genéricas, son todas las disposiciones legales que se dan, no para casos concretos o particulares, sino para todos aquellos en donde se actualice el supuesto jurídico, hipótesis de la norma. Y son normas individualizadas, aquéllas que se refieren concretamente a una situación jurídica particular, como son los contratos, *los tratados*, las resoluciones judiciales, las concesiones y las resoluciones administrativas.<sup>32</sup>

Desde el punto de vista de Leonel Pereznieto el ámbito personal de la norma se define, porque tiene validez para toda la sociedad o para parte de ella, por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución establece: "todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", lo cual quiere decir que la norma se aplica a todos los individuos que se encuentren dentro del país: mexicanos, extranjeros, mujeres, hombres, católicos, judíos, etcétera; así también continuando con la idea de la aplicación personal de la norma, encontramos que el Código de Comercio establece que sus disposiciones "son aplicables sólo a actos comerciales", es decir, existe en la norma una definición del ámbito personal que resulta aplicable a los comerciantes y a los actos comerciales. Lo mismo sucede con las leyes de impuestos que se refieren sólo a las personas que perciben un ingreso por lo que no serían aplicables a quienes no se

<sup>32</sup> PENICHE BOLIO, Francisco J., *op. cit.*, p. 87.

encuentran en este supuesto, como en el caso de los estudiantes o amas de casa.<sup>33</sup>

De la misma forma para Recaséns Siches, desde el punto de vista del ámbito personal de validez, tendría que encontrarse cuáles son las personas obligadas por las normas jurídicas, mismas que pueden ser clasificadas en generales, particulares e individualizadas, según sea su obligatoriedad; en este caso, son generales cuando el supuesto normativo obligue a "todos" a quienes se encuentren en los supuestos previstos; u obliguen sólo a determinadas personas, lo que sucede entre las vinculadas por un contrato o por otro tipo de negocio jurídico "particulares"; asimismo, si las normas obligan a ciertas personas singularmente determinadas de modo individual, como acontece con la sentencia judicial y la resolución administrativa, entonces serán individualizadas.<sup>34</sup>

Ahora bien, en materia internacional, al igual que ocurre en la legislación interna, las convenciones y tratados también tienen diversos ámbitos de aplicación, como son: material, temporal, personal y territorial.<sup>35</sup>

#### A. *Ámbito de validez material*

El ámbito de validez material de la norma contractual es el concierne al objeto que puede ser reglamentado por la Convención.

#### B. *Ámbito de validez temporal*

Es el principio y fin de la validez de la convención.

#### C. *Ámbito de validez personal*

Lo constituyen los sujetos a quienes la convención obliga y faculta.

<sup>33</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Harla, 3a. ed., México, 1995, pp. 60 y 61.

<sup>34</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1985, pp. 180 y 181.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 53-54.

#### D. *Ámbito de validez territorial*

Es el espacio dentro del cual la convención tiene vigencia. Al comienzo de este trabajo señalamos que atenderíamos lo que debe entenderse por la locución "Ley Suprema de la Unión" y por el concepto de ley federal constitucional, pues uno de los problemas que implica la interpretación del artículo 133 constitucional, es que considera a la propia Carta Magna, a las leyes federales que emanan de ella y a los tratados internacionales, en su conjunto, como ley suprema de la unión; en esta dimensión, la supremacía constitucional no está sujeta a debate alguno, la Constitución se encuentra por encima de cualquier instrumento jurídico (en el orden interno), y la mencionada supremacía no deriva únicamente del artículo 133, sino además de los diversos preceptos 41 y 135.

Sin embargo, la supremacía no es equivalente a ley suprema de toda la unión. Es decir, cuando el artículo 133 habla de ley suprema no se refiere a la supremacía constitucional.<sup>36</sup>

#### 5. *Ley suprema de la unión*

Por ley suprema de la unión, debe entenderse, como la base para distinguir aquellos ordenamientos legales cuyas materias no pueden ser reguladas por la autoridad local, por corresponderles a una autoridad distinta;<sup>37</sup> visto de este modo, la ley suprema de la unión se integra por la Constitución (federal), las leyes del congreso de la unión (que emanen de ella) y los tratados internacionales (que estén de acuerdo con la misma), cuyas materias no pueden ser reguladas por el orden local por ser una materia reservada para una autoridad diversa.

#### 6. *Ley federal constitucional*

El artículo 133 señala que serán parte de la ley suprema, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella (Constitución), entonces

<sup>36</sup> WALSS AURIOLLES, Rodolfo, *op. cit.*, p. 112.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 117.

para que una ley pueda estar colocada en el plano de ley suprema de la unión, debe cumplir con ciertos requisitos: 1. Haber sido expedida por el Congreso de la Unión, lo que equivale a decir que es una ley federal. 2. Debe emanar de la Constitución.<sup>38</sup> En la doctrina se ha pretendido diferenciar en el contexto de las leyes federales, entre las que desarrollan un precepto de la Carta Fundamental o también denominadas leyes reglamentarias de la Constitución; y aquéllas que no desenvuelven principio alguno, por lo que pasarían a ser aunque leyes federales, también leyes ordinarias.

Luego, por una ley federal constitucional, se debe entender a toda norma que desenvuelva un precepto de la Constitución, y por norma ordinaria federal, la que no cumpla con esa característica.

#### IV. DERECHO COMPARADO, LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS Y LATINOAMERICANAS

En esta parte del trabajo ahora se abordará la jerarquía normativa de los tratados internacionales en otros países diversos, con la finalidad de brindar una visión panorámica del problema en estudio, sin desconocer que parte de la función de los tratados está orientada a la creación de una legislación uniforme, es decir, la comunidad internacional, desde mi punto de vista, celebra tratados no sólo con la vocación de hacer extensivos sus lazos económicos, políticos y culturales, sino también con la finalidad de la creación de uniformidad en el trato, tanto para los connacionales como los extranjeros de los Estados signatarios, "el tratado tiene como efecto esencial crear normas jurídicas, engendrar derechos y obligaciones; él obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe";<sup>39</sup> sin embargo, la controversia sobre la disfunción normativa de los acuerdos, merecería un trato igual para todos los países, al menos para los suscriptores de la Convención de Viena, pues es justamente el instrumento que les dota de la uniformidad referida; no obstante ello, en la propia Convención en el artículo 46.1 se pactó que, "el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una norma de derecho interno concer-

<sup>38</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>39</sup> REUTER, Paul, *op. cit.*, p. 116.

niente en la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno".

De la misma manera en el punto 2, del mismo artículo 46 de la Convención, se estableció que "una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe"; este aspecto de la Convención induce a que existe la posibilidad de que un tratado que sea celebrado con violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de derecho interno, como podría ser la Constitución del país afectado, tal circunstancia podría ser alegada para dejar de aplicar el tratado. A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional al examinar el punto anterior hizo notar que habría que apuntar una diferenciación en el derecho interno entre: a) las disposiciones que señalan límites constitucionales a las facultades de un gobierno para concretar tratados; y b) las que simplemente coartan las facultades de ese gobierno.<sup>40</sup>

Respecto a la medida en que las limitaciones constitucionales influyen en la validez de un tratado, se crearon tres corrientes: una que daba primacía al derecho constitucional sobre el internacional, por tanto el tratado celebrado en contra del derecho interno sería nulo; una segunda, que partía de la primacía del derecho internacional, bajo la cual en ningún supuesto se acepta la falta de validez del tratado; y por último, la corriente ecléctica que trata de conciliar a las anteriores, estableciendo que sólo en situaciones excepcionales se aceptaría afectar de nulidad relativa a un tratado que fuera celebrado en contra del derecho interno.

La corriente que fue aceptada e incorporada en la Convención de Viena fue la tercera, requiriéndose, para que pueda alegarse la nulidad relativa del tratado, el que se presente en forma simultánea la violación a una norma de carácter fundamental y que sea evidente.<sup>41</sup>

En este contexto se puede señalar que actualmente existe una clasificación, que encuadra en términos generales la posición que ocu-

<sup>40</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, "Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos", *op. cit.*, p. 15.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 15.

pan los mencionados instrumentos internacionales en el derecho interno de los Estados vinculados con los derechos humanos, situándolo en diversos rangos, según sea la naturaleza jerárquica que les dote la Constitución, que a saber es:

- Supraconstitucional.
- Constitucional.
- Supralegal.
- Legal.<sup>42</sup>

*Rango supraconstitucional.* En la primera de las divisiones, es decir, sobre aquellas constituciones en que los Estados confieren a los tratados un rango supraconstitucional, *prevalecen aun respecto de la Constitución del propio Estado*, como en el caso de Europa en donde la Constitución de los Países Bajos de 1956 así lo ha contemplado; en el caso de América Latina, se encuentran las experiencias de Guatemala y Honduras, que si bien expresamente no establecen ese carácter superior de los tratados, implícitamente se les confiere tal posición, haciendo hincapié, en que se trata de convenciones internacionales relativas a derechos humanos.<sup>43</sup> En tales Estados, no es difícil concluir, que en realidad en la práctica opera una reforma a la Constitución por vía de un tratado internacional, por disposición expresa de su carta fundamental.

*Rango constitucional.* Por otro lado, aquellos Estados en donde los tratados tienen un rango constitucional, *se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución* adquiriendo la supremacía y rigidez constitucional en todo su contexto, en este modelo encontramos a la Constitución del Perú de 1979; de la misma forma la Constitución argentina cuya reforma de 1994 dota a los tratados en general de una jerarquía superior a las leyes; una última experiencia sobre el rango constitucional de los tratados, fue adoptada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que consa-

<sup>42</sup> AYALA CORAO, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados*, Colección Fundap, México, 2003, p. 41.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 43.

gró la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos.<sup>44</sup>

*Rango supralegal.* En este sistema, las normas de derecho internacional, *cobran un valor superior a las normas del derecho interno*, aunque no pueden modificar la Constitución, es decir, los tratados prevalecen sobre las leyes nacionales; en este apartado, ubicamos a la Constitución de Alemania en cuyo artículo 25 consagra esta fórmula; en el mismo sentido, la Constitución de Francia que así lo dispone en su artículo 55, y también a la Constitución española. En América Latina se encuentran las constituciones de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Colombia.<sup>45</sup>

*Rango legal.* En este último esquema se encuentran todos aquellos Estados, en cuyo ordenamiento jurídico interno se confiere a los tratados internacionales *el mismo rango que a la ley interna*, colocándose en igualdad jerárquica a los tratados y a las leyes, cuyo método es el más difundido entre los Estados, como en el caso de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que goza de esta fórmula tradicional establecida en el artículo VI.2; en este contexto también se ubica la Constitución mexicana, cuyo artículo 133 así lo dispone.<sup>46</sup>

A continuación veamos cómo es el tratamiento de este problema en algunas de las constituciones europeas y en otras latinoamericanas.

*España.* La Constitución española de 1978, en su artículo 96, párrafo 1, establece:<sup>47</sup>

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 47-50.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 50-55.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 56-61.

<sup>47</sup> SUNG CHO, Key, *op. cit.*, p. 64.

El derecho español ha mantenido tradicionalmente el principio de *supralegalidad* de los tratados;<sup>48</sup> y lo ha hecho siguiendo la idea, sin importar cuál sea el régimen político imperante, monárquico, republicano o franquista, así la Constitución Republicana (1931) proclamaba:

“No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos convenios si no hubieran sido previamente denunciados”. Artículo 65, párrafo tercero.

En el régimen franquista el dictamen del Consejo de Estado respecto de la incompatibilidad entre un tratado (artículo tercero de un convenio de 1879 entre España y Suiza) y una norma interna (artículo 14 del decreto de 14 de diciembre de 1956) estableció con claridad, *previa a la aclaración de que los tratados son una ley especial*:<sup>49</sup>

“Ninguna otra ley del mismo (se refiere al Estado) no consuntiva podrá oponérsele eficazmente, ya que no sólo se trata de un precepto de igual rango formal, sino que, además, en virtud del principio *specialia derogant generalia* habrá de ser aplicado en todo caso.

Además, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se encuentran algunos criterios, en los que se aduce el rango supralegal de los tratados; aunado que al interpretar el artículo de la Constitución vigente, se ha dicho que una norma interna no puede aun de manera indirecta derogar, modificar, o suspender lo establecido por un tratado internacional.

*Gran Bretaña.* “La costumbre internacional y los tratados generalmente reconocidos están confirmados como una parte del *Common Law*, y por regla se incorporan en la ley nacional”.<sup>50</sup>

En el Reino Unido, la regla es que las cláusulas de un tratado internacional no son de aplicación inmediata (*non self executing*), sino que se requiere de leyes específicas que las incorporen al derecho

<sup>48</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho internacional público*, Ed. Trotta, España, 1995, pp. 633 y 634.

<sup>49</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *op. cit.*, p. 633.

<sup>50</sup> SUNG CHO, Key, *op. cit.*, p. 63.

interno. Esta distinción resulta obvia cuando se trata de normas programáticas, por ejemplo, una que obligue a crear un fondo de compensaciones, pero las disposiciones más importantes en derechos humanos son por naturaleza operativas.<sup>51</sup>

*Corea.* La Constitución coreana de 1988, en su artículo 60., párrafo 1, dispone:

“Los tratados debidamente concertados y promulgados de acuerdo con la Constitución, así como las normas de derecho internacional generalmente reconocidos tendrán el mismo valor que las leyes nacionales”.

Así también, en el mismo artículo, párrafo 2, establece:

“La Asamblea Nacional tendrá derecho a aprobar la concertación y ratificación de tratados relacionados con la asistencia y la seguridad mutua; tratados con importantes organizaciones internacionales; tratados de amistad, comercio y navegación; tratados de paz; tratados que gravaren al Estado y al pueblo con una obligación financiera importante; o tratados de asuntos legislativos”.<sup>52</sup>

*Francia.* La Constitución francesa de 1946, en su artículo 26, señala:<sup>53</sup>

“Los tratados diplomáticos debidamente ratificados y publicados tienen fuerza de ley, aun en el caso de que fueran contrarios a las leyes internas francesas y sin que haya necesidad para asegurar su aplicación, de otras disposiciones legislativas de aquellas que fueren necesarias para asegurar su ratificación”.<sup>54</sup>

Asimismo, la propia Constitución francesa de 1958, en su artículo 55 establece:

<sup>51</sup> VEGA, Juan Carlos y GRAHAM, Marisa Adriana, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 146.

<sup>52</sup> SUNG CHO, Key, *op. cit.*, p. 61.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>54</sup> *Idem*.

“Los tratados o acuerdos ratificados y aprobados correctamente, tendrán desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes”.

El artículo 53 de la misma Constitución dispone, sin embargo, que “en algunas materias consideradas por el constituyente francés como especialmente relevantes los tratados no podrán ser ratificados o aprobados más que por medio de la ley”.

*Alemania.* En la Constitución germana de 1949, en su artículo 25, señala:

“Las normas generales de derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y deberes para los habitantes del territorio de la federación.

*Grecia.* La Constitución griega, en su artículo 281, establece:

“Las normas generales de derecho internacional generalmente “aceptadas las cuales tienen (...) un valor superior a toda disposición en contrario de la ley (...) aunque prescribe que los tratados deben ser aprobados por vía legislativa.

*México.* El artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, señala:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión 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”.

*Estados Unidos de Norteamérica.* La Constitución norteamericana, en su artículo VI, párrafo 2, establece:

“Esta Constitución, las leyes de Estados Unidos que en su consecuencia se dicten; y todos los tratados celebrados y a celebrarse, en ejercicio de la

autoridad de Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de cada estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquiera disposición que contengan la Constitución o las leyes de cualquier estado”.<sup>55</sup>

La Constitución norteamericana (que algunos tratadistas acusan sirvió de modelo a la mexicana), merece una especial atención, sobre todo por la similitud gramatical que existe entre su texto y el de nuestra Ley Fundamental, pues ambas constituciones, en sus respectivos artículos, consagran el principio: “Los tratados son ley suprema del país y de la unión”; sin embargo, conviene marcar algunas diferencias entre el sistema anglosajón y el nuestro:

- a) En el derecho constitucional norteamericano y las prácticas de ese país, al lado de los tres poderes ordinarios (ejecutivo, legislativo y judicial), existe un cuarto poder denominado Treaty-Making-Power, el poder que celebra los tratados, que por disposición constitucional se deposita en el jefe del ejecutivo quien celebra los tratados y el Senado de la República quien los aprueba o rechaza.<sup>56</sup>
- b) Por regla general, los tratados internacionales formalmente celebrados y promulgados surten efecto plenamente, sin necesidad de ley especial que los ponga en vigor, pues la propia Constitución les imprime fuerza de ley positiva.
- c) El poder para celebrar tratados que corresponde al gobierno federal, se extiende a todas las materias que sean objeto de negociación con los gobiernos extranjeros, incluso dentro de la circunscripción de los Estados.
- d) La Constitución de los Estados Unidos es en primer lugar la ley suprema; *en segundo término las leyes del Congreso y los tratados internacionales que están colocados en el mismo nivel*; tercero, siguen en jerarquía las constituciones de los estados y, cuarto, las leyes locales de las entidades federativas; no existe ningún precedente en donde la Corte Americana, haya declarado la inconstitucionalidad de algún tratado.

<sup>55</sup> GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, 3a. ed., México, 1999, p. 105.

<sup>56</sup> RABASA, Óscar, *El derecho angloamericano*, Porrúa, 2a. ed., México, 1982, p. 536.

e) Como parte integrante de la Ley Suprema, los tratados están colocados en un plano de igualdad con respecto a las leyes ordinarias expedidas por el Congreso de la Unión, sin ocupar ningún nivel superior, pues ambos tipos de leyes tienen exactamente la misma jerarquía; la jurisprudencia de la Corte Suprema, para la solución de los conflictos que pudieran suscitarse, ha declarado la regla: "Las leyes del Congreso abrogan o derogan las estipulaciones de los tratados celebrados con anterioridad" (con la consiguiente responsabilidad internacional frente a la nación que se hubiere celebrado); y también en el orden inverso, los tratados posteriores derogan a leyes anteriores al ocupar la misma jerarquía normativa.<sup>57</sup>

*Argentina.* La Constitución argentina, reformada en el año de 1994, en su artículo 75, párrafo 22, señala:

"Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cualquier provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859.

Corresponden al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en

<sup>57</sup> RABASA, Óscar, *op. cit.*, p. 540.

las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional".<sup>58</sup>

De la armonización de los textos de los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución argentina reformada, resulta claro en términos constitucionales que tanto los tratados como la legalidad derivada de éstos, deberían tener y tienen actualmente una jerarquía superior a la de las leyes; esto significa supralegalidad e infraconstitucionalidad.<sup>59</sup>

*Cuba.* La Constitución cubana de 1976, en su artículo 12, inciso i), dispone:

"Cuba mantiene relaciones amistosas con los países que, teniendo un régimen político, social y económico diferente, respetan su soberanía, observan las normas de convivencia entre los Estados, se atienen a los principios de mutua convivencia y adoptan una actitud recíproca con nuestro país.

Ratifica y denuncia tratados internacionales por el Consejo de Estado (artículo 88, inciso m).

Aprueba tratados internacionales y los somete a la ratificación del Consejo de Estado" (artículo 96, inciso Ch).<sup>60</sup>

*Chile.* La Constitución chilena, reformada en 1989, en su artículo 5o., inciso segundo, señala:

"...quíerese o no, hemos creado con relación a las normas de los tratados sobre derechos humanos una suerte de nueva categoría jurídica, una que por un lado es infraconstitucional y por el otro, supralegal...".

<sup>58</sup> SUNG CHO, Key, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

<sup>59</sup> VEGA, Juan Carlos y GRAHAM, Marisa Adriana, *op. cit.*, p. 72.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 62 y 63.

"...En la historia de la reforma consta que la referencia a tratados internacionales que se encuentran vigentes tuvo por principal causa y objeto asegurar que una serie de tratados sobre derechos humanos que habían sido ratificados pero no publicados, se consideraran vinculantes para los órganos del Estado. En cuanto eran conocidos por el Constituyente a la fecha de la reforma constitucional..."

"...Los derechos contemplados en el tratado que es ratificado y se pone en vigencia se incorporan a la carta fundamental de derechos vigentes en el país, al lado y con la misma fuerza de los establecidos en la propia Constitución. Por así decirlo, los derechos esenciales enumerados en la propia Constitución y aquellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes pasan a formar un solo "Bloque Constitucional de Derechos Humanos", que el legislador no puede variar y el constituyente debe considerar. Ni unos ni otros, en todo caso, son absolutos y pueden ser regulados por el legislador y limitados o restringidos temporalmente por el ejecutivo en los casos en que procede el estado de excepción..."<sup>61</sup>

**Venezuela.** La Constitución Bolivariana de Venezuela, reformada en el año de 1999, consagró la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos, de la forma siguiente:<sup>62</sup>

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a los establecidos en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

**Guatemala.** La Constitución guatemalteca de 1985, en su artículo 46, señala:

"Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno"<sup>63</sup>

<sup>61</sup> TAPIA VALDÉS, Jorge, "Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias", *Revista Ius Et Praxis Derecho en la Región*, año 9, núm. 1, 2003, Chile, pp. 351-357.

<sup>62</sup> AYALA CORAO, Carlos M., *op. cit.* pp. 47-50.

<sup>63</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *op. cit.*, p. 91.

**Perú.** La Constitución peruana de 1979, en su artículo 105, señala:

"Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución"<sup>64</sup>

## V. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS PARA RESOLVER EL CONFLICTO DE NORMAS

En forma previa al examen del último criterio de la Suprema Corte, a continuación se expondrán técnicas interpretativas que son utilizadas para la solución de "conflictos entre normas", dado que entre ellas se encuentra el principio de especialidad, que puede ser utilizado como alternativa, incluso, para la solución de los conflictos que se presenten entre una norma de derecho interno y un tratado.

El conflicto que se produce entre una norma federal constitucional y un tratado internacional, cuando ambos son reguladores de una misma materia, desde nuestra perspectiva en el derecho interno genera una antinomia puesto que se trata de dos normas que por disposición de la Constitución federal pertenecen al mismo sistema, que puede resolverse mediante *el principio de especialidad*.

### 1. ¿Qué es una antinomia?

Cuando existe una dicotomía de normas, o sea, cuando existen dos de ellas que dentro de un sistema legal regulan un mismo aspecto, se produce lo que comúnmente es conocido como *una antinomia*, sobre todo cuando una norma es concebida alternativamente bien como un enunciado que califica deónticamente un determinado comportamiento, o ya como un enunciado que enlaza una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho.

Así pues, una antinomia puede definirse de dos formas diferentes: a) En un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 91.

b) En un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.<sup>65</sup>

## 2. El principio jerárquico

A través de él, en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas (es decir, dispuestas en grados diversos en la jerarquía de las fuentes) la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida y por tanto no debe aplicarse.<sup>66</sup>

Un ejemplo paradigmático sobre conflictos entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas, bien podría ser el que fluctúa entre *una disposición de rango constitucional y una emitida por el legislador ordinario*, en donde no puede existir duda de que la segunda, debe obedecer a la primera y en caso de conflicto no debe aplicarse.

## 3. El principio de competencia

Conforme a este postulado, para resolver un conflicto entre normas, en donde cobre aplicación el principio competencial, deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso;
- b) Que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuesta en el mismo plano); y,
- c) Que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por normas jerárquicamente superiores a ellas atribuyendo y reservando a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo tal que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia; ante lo cual, es inconcuso, que la norma cuya aplicación deba

<sup>65</sup> GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa, México, 2000, p. 71.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 74.

observarse será la que tenga expresamente reservada la materia de la competencia.<sup>67</sup>

En nuestro concepto, este principio tampoco es aplicable en el tema a estudio, pues aunque entre los tratados internacionales y las normas federales no existe una relación jerárquica, como lo hemos señalado en el apartado anterior, no podemos soslayar que se trata de dos normas que provienen de un mismo sistema jurídico (la Constitución) por lo que en principio de cuentas, no resultaría aplicable el principio competencial dado que se requiere necesariamente que el conflicto se actualice entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso.

En el caso, las relaciones entre las dos fuentes están dispuestas por una norma suprema, como lo es la Constitución por lo que no se actualiza el hecho de que una norma superior dote a cada una de ellas de una diversa esfera competencial, lo que acentúa el hecho sobre la inaplicabilidad del principio competencial, pues aunque una norma federal puede regular una determinada materia, que igualmente puede estar prevista en un tratado, lo que de suyo provocaría un conflicto, desde nuestra perspectiva no es posible tomar en cuenta el principio competencial para decidir cuál norma debe aplicarse.

## 4. El principio cronológico

A través de él, cuando existe un caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas (o sea dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes), provistas de la misma esfera de competencia, la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse abrogada y como consecuencia, debe ser desaplicada por virtud de una norma posterior.

Algunos tratadistas, con base en este principio, señalan que el conflicto en alusión puede resolverse utilizando dicha técnica interpretativa, debido a que *lex posteriori* abroga *lex anteriori*, por lo que en realidad debe atenderse al tiempo en que un tratado o una ley federal regulatorios de una misma materia fueron dotados de vigencia, para

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 75.

determinar que la norma posterior en tiempo vendría a derogar a la anterior.<sup>68</sup>

Sin embargo, nosotros pensamos que este principio tampoco es aplicable, porque si bien pudiéramos advertir que se trata de normas cuyo origen es de igual dimensión, que regulan una misma materia, no es posible la aplicación del principio general de que la norma posterior deroga a la anterior; por la sencilla razón de que conforme a nuestro sistema legal una norma únicamente puede ser modificada bajo el mismo sistema por el que se produjo conforme a lo dispuesto en el artículo 72 constitucional; razón por la cual, se evidencia la inaplicabilidad de tal principio al resultar patente que una norma federal constitucional tiene un proceso de producción diverso al de los tratados.

## 5. El principio de especialidad

Cabe decir, que el denominado criterio de especialidad en su formulación típica, se entiende de la siguiente forma: "La norma especial deroga a la norma general";<sup>69</sup> para algunos este principio en realidad no es tal, más bien proporciona una definición de lo que debe aceptarse por una *norma especial*, pues de hecho se entiende propiamente que una norma individual deroga (o deja sin aplicación) a otra norma más general. La norma general y la norma especial o derogatoria se encuentran dispuestas en disposiciones contiguas que pertenecen a un mismo documento normativo.

También puede suceder que la norma general y la norma especial o derogatoria se encuentren comprendidas en disposiciones pertenecientes a dos diversos documentos normativos, en estos casos el conflicto de normas adquiere la característica de real.

## VI. ANÁLISIS DEL ÚLTIMO CRITERIO DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE

### 1. Breve examen de la historia legislativa del artículo 133 constitucional

El artículo 133 constitucional vigente establece:

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 77.

Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión 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.

Sin soslayar que dicho precepto constitucional fue concebido por el Constituyente de 1917, de manera idéntica al artículo VI de la Constitución norteamericana, en donde podemos hablar de un verdadero control difuso sobre la constitucionalidad de los actos de las autoridades; en cuanto a la historia legislativa del precepto es menester señalar lo siguiente.

La disposición constitucional que tiene fundamental relevancia en este aspecto es el artículo 133 dado lo ilustrativo que resultan los antecedentes de este artículo, vale la pena detenerse en una breve relación histórica del precepto.

El artículo 133 tiene como antecedente el precepto 237 del decreto constitucional para la libertad de la América mexicana, del 22 octubre de 1814, cuando en su artículo 161, fracción III, se hace mención expresa de los tratados.

"Artículo 161. Cada uno de los estados tiene la obligación:  
III. De guardar y hacer guardar la Constitución, las leyes de la unión y de los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera".

Por su parte, la Constitución de 1857 estableció:

"Esta Constitución, las leyes de la Congreso de la unión que emanen de él, y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con la aprobación del congreso, serán la ley suprema de toda la unión".

Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes o tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Vallarta, al comentar dicho texto, emitió la siguiente opinión:

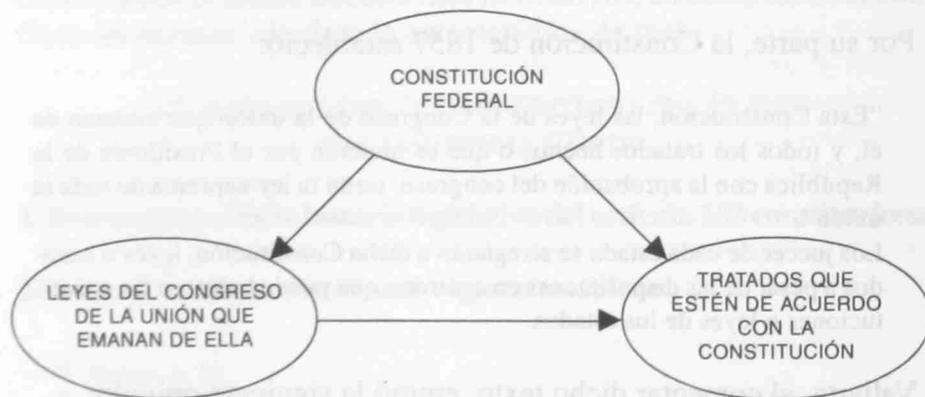
Si cometiéramos el error de creer que nuestra Constitución en materias internacionales está sobre esa ley (la internacional), tendríamos no sólo que confesar que los soberanos de Francia, Inglaterra, Estados Unidos, etcétera, tienen más facultades que el Presidente de la República Mexicana, sino lo que es peor aún: que la soberanía de ésta está limitada por el silencio de su Constitución.

De esta forma Vallarta consideró que el derecho internacional no está normado por la Constitución, la cual por tanto, no tiene supremacía jerárquica sobre los pactos internacionales. Las constituciones locales no regulan sino las relaciones interiores de sus poderes públicos, por lo que el principio de derecho interno de las facultades expresas y limitadas de dichos poderes, carece de aplicación en las relaciones internacionales, en consecuencia, la soberanía de los estados no se apoya en las cartas fundamentales o constituciones, sino en el principio de derecho internacional, de la "igualdad soberana de los estados"; de no seguirse este criterio, llegaríamos a los absurdos que Vallarta comentó.

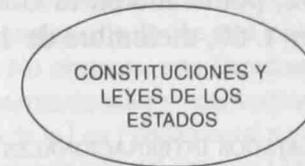
El texto de 1917 sufrió una reforma en 1934, para quedar en los términos aún en vigor.

Explicado lo anterior, conforme a nuestro sistema jurídico en donde sólo el Poder Judicial Federal puede ejercer dicho control; de acuerdo con el texto de la norma constitucional, desde nuestra perspectiva, tendríamos que ordenar el sistema normativo dispuesto por la Carta Magna de la siguiente forma:

ÁMBITO FEDERAL



ÁMBITO LOCAL



**2. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la aplicación de los tratados**

En este punto, se expondrán los criterios sostenidos por nuestro máximo Tribunal de Justicia, cuando ha interpretado el artículo 133 constitucional, en cuanto a la relación de las leyes federales y los tratados internacionales.

El criterio que normó en la Quinta Época, dispuesto por la Tercera Sala al resolver la revisión del incidente de suspensión 1083/45, promovido por Petróleos Mexicanos, el 11 de junio de 1945, se encuentra publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXIV, p. 2157, que dice:

LEYES, ORDEN JERÁRQUICO DE LAS. El orden jurídico descansa en la aplicación de las leyes, y éstas también obedecen a un orden jerárquico, que tiene por cima la Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales, ya que el artículo 133 de este ordenamiento establece, categóricamente, que serán la Ley Suprema de toda la Unión; en este concepto, todas las leyes del país, bien sean locales o federales, deben subordinarse a aquellas leyes en caso de que surja un conflicto en su aplicación; pero está fuera de duda que la Ley de Amparo, por ser Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, es una de aquellas leyes que por emanar de la Constitución y por ser expedida por el Congreso de la Unión, está colocada en plano superior de autoridad, respecto de cualquier otra ley federal o local y, por ende, es superior jerárquicamente al decreto que exima a Petróleos Mexicanos de otorgar cualquier garantía en los conflictos en que inter venga; por tanto, en aquellos que este ordenamiento contraría la Ley de Amparo, no puede aceptarse que la derogue.

Así también, tenemos el criterio asumido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en la octava época, al resolver el Amparo en

revisión 2069/91, promovido por Manuel García Martínez, resuelto el 30 de junio de 1992, publicado en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 60, diciembre de 1992, Tesis: P. C/92, p. 27, que dice:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

Y finalmente, el criterio que priva en la Novena Época, dispuesto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, al resolver el Amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, en fecha 11 de mayo de 1999, resuelto por unanimidad de diez votos, estando ausente el ministro José Vicente Aguinaco Alemán y siendo ponente el ministro Humberto Román Palacios y secretario Antonio Espinoza Rangel, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, p. 46, que dispone:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión ... serán la Ley Suprema de toda la Unión ... parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas solucio-

nes, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de leyes constitucionales, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es el relativo a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

### 3. La tesis más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los tratados internacionales

En cuanto al último criterio abrigado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, la discrepancia de criterios surge, en cuanto que en ese contexto es inapropiado considerar que los tratados internacio-

nales se encuentren en un segundo término por encima de las leyes federales, pues es claro que el propio precepto alude a que "...la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y los tratados internacionales, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, que estén de acuerdo con la misma, serán la ley suprema de toda la Unión.

Por lo que es posible sostener, que "donde la ley fundamental no distingue", no le es dable al juzgador constitucional distinguir; y con relación a la supremacía de la Constitución federal no existe ninguna duda; empero, eso no sucede, en cuanto a que los tratados internacionales sean superiores en jerarquía a las normas federales, puesto que el precepto en alusión no lo contempla de esta manera; por otro lado, en cuanto a la sistematización hecha por la Corte, en cuanto a que en un tercer orden, se encuentre el derecho federal y el derecho local. No debe perderse de vista que la relación entre las normas federales y el derecho local, por disposición del artículo 124 constitucional, es una cuestión competencial y no de rango jerárquico; es decir, aun cuando el artículo 133 señale dos órdenes jurídicos distintos, el federal y el local, la Constitución no le otorga al primero una supremacía respecto del segundo, lo que establece es una distribución de competencias en donde cada uno de ellos tiene su órbita de acción bien conformada.

En este aspecto, aunque no son previsibles controversias entre los tratados internacionales y los ordenamientos locales, de darse algún conflicto parece que el criterio ya esbozado relativo a la relación entre norma general y especial, es suficiente para resolver el problema, pero adicionalmente, el artículo 133 sí establece una supremacía de los tratados respecto a las constituciones y leyes locales.<sup>70</sup>

A continuación, vamos a analizar y a desglosar las partes más importantes de la última ejecutoria de la Corte.

#### 4. Cuestiones importantes destacadas por el Pleno

Para el Supremo Tribunal, conforme se planteó el asunto, resultaba menester esclarecer los siguientes puntos torales:

<sup>70</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, *op. cit.*, p. 28.

- a) Las relaciones del derecho internacional con el derecho interno de nuestro país; de aceptarse aquél como parte de nuestro sistema jurídico, sería necesario precisar, además.
- b) Los requisitos que debería cumplir determinada norma del derecho internacional para estar vigente en México y su jerarquía frente a todas las demás normas del sistema.
- c) Finalmente, pasar al examen del caso concreto del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, para señalar cuál debería prevalecer.

La Suprema Corte destacó, que respecto a la jerarquía de las normas del sistema se había encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, dentro de ellas sobresalían las siguientes: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana y con la existencia de "leyes constitucionales", y que será ley suprema la que sea calificada de constitucional.

No obstante esta diversidad de criterios, la Corte percibió que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano, inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 derivaba de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explicaba que el Constituyente hubiera facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y de la misma manera, el senado interviniera como representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obligaba a las autoridades de los estados.

Otra razón importante para considerar esta jerarquía de los tratados era la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el presidente de la República y el senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 llevaba a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual textualmente señala: "Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados".

Para la Suprema Corte de Justicia, no pasó inadvertido que anteriormente se había adoptado una posición diversa, al sostenerse por el propio Pleno, la tesis de que las "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

Sin embargo, consideró oportuno abandonar este criterio y asumir el que considera ahora la jerarquía superior de los tratados, incluso frente al mismo derecho federal.

La Suprema Corte también sostuvo que existía la supremacía de los tratados frente a la legislación local, dado que esta posición había sido soportada por las diversas teorías asumidas por los "principales constitucionalistas mexicanos", las que planteaban la superioridad de los tratados frente a la legislación local; que del texto del Convenio Número 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, se advertía que cumplía con los requisitos de forma porque se había publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del jueves 26 de enero de 1950; en tanto que de la simple lectura del documento público antes referido, se comprobaba la satisfacción plena de los requisitos formales exigidos por nuestra Ley Fundamental.

Al quedar sentada la vigencia del convenio multicitado, procedía en consecuencia establecer su relación jerárquica sobre la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; destacando que *los tratados se encuentran por encima del derecho local*, inclusive en el asunto a estudio por disposición expresa del propio Código Supremo; así, en el caso concreto debería aplicarse el tratado internacional antes que la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Ahora bien, pese al fundamento utilizado, no estamos de acuerdo con el contexto de la interpretación realizada por la Suprema Corte, en cuanto a que los tratados internacionales se encuentren en un grado superior respecto a las normas federales constitucionales.

En efecto, aunque reconocemos y no discutimos la primacía de la Carta Magna (como la mayoría de la doctrina al respecto) debemos

señalar, que no asentimos el hecho de que las normas federales se encuentren gradualmente en un punto inferior al de los tratados; que éstos, se ubiquen en un segundo orden, y que en un tercer estrato se ubique el derecho local y el federal; como a continuación se detallará.

### 5. Análisis de la última tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y nuestra opinión personal

En primer lugar, es conveniente mencionar, que para la doctrina, las normas federales constitucionales (a las que se refiere el artículo 133), es decir, aquellas que forman parte o que emanan de la Constitución, no son todas las que emite el Congreso de la Unión, sino únicamente *las que desarrollan, dan vida, clarifican o reglamentan un precepto o contenido de la propia Constitución*, como lo son: la Ley de Amparo, reglamentaria de los preceptos 103 y 107 constitucionales; la Ley Federal de Derechos de Autor y la Ley Federal de Competencia Económica, ambas reglamentarias del artículo 28 constitucional; la Ley de Comercio Exterior, que reglamenta al artículo 131 constitucional; o la Ley Sobre Controversias Constitucionales y Acciones de Constitucionalidad que norma a las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, etcétera, son leyes que por su naturaleza forman parte de la Constitución puesto que la Constitución como *norma normarum*, "si detallara, con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, sería tan prolija como un Código legal y no podría ser abordada por la mente humana".<sup>71</sup>

Por otro lado, también existen otros ordenamientos de carácter federal que no podrían ubicarse en el mismo contexto, por lo que no forman parte de la Constitución al no desarrollar ninguno de sus postulados, aunque sin duda también son ordenamientos de índole federal, verbigracia, el Código Civil y el Código Penal federal, el Código Fiscal de la Federación, la Ley Aduanera, que aunque son emitidos por el poder legislativo federal, es inconcuso que se trata de ordenamientos secundarios, por no ser extensivos de algún precepto consti-

<sup>71</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2003, p. 44.

tucional, aunque de carácter federal, puesto que proceden del Congreso de la Unión y son aplicables en todo el territorio nacional.

De esta suerte, una norma federal constitucional como las enunciadas primero (leyes federales constitucionales), tiene un proceso de creación denominado "Procedimiento Legislativo", que procede de una iniciativa de ley, discusión, aprobación, sanción y publicación; es decir, abriga una fase genética en donde participa el ejecutivo federal y ambas cámaras del Congreso de la Unión, por lo que podemos deducir, que existe una participación general del pueblo y de las entidades federativas, que se encuentran representadas en la Cámara de Diputados y de Senadores y el hecho de que desarrollen a través de una ley reglamentaria un precepto constitucional, no son ajenas al procedimiento ordinario para la emisión de la ley.

En cambio, el método creativo de los tratados internacionales es diverso, en suma, primero se actualiza la voluntad de los Estados partes para realizar su celebración, posteriormente según sea la naturaleza del tratado, se realizan una serie de paneles, trabajos preparatorios y consultas para investigar tanto el alcance del tratado, su finalidad y las expectativas de éxito (tratados comerciales), así también la compatibilidad de sus cláusulas con la legislación interna de los Estados soberanos contratantes, a través de reuniones de expertos de cada uno de ellos; para lo cual, es lógico que transcurra cierto tiempo en ocasiones extraordinario para la apreciación del producto final; aunado a que, los tratados son gestionados por el Ejecutivo Federal y la Secretaría de Relaciones Exteriores. "Los tratados en realidad en su fase creativa agrupan una serie de pasos como son: la negociación, la adopción de su texto, manifestación del consentimiento, la firma, el canje de instrumentos, su ratificación, el depósito y su registro ante las Naciones Unidas".<sup>72</sup>

Asimismo, en el caso de nuestro país, deben cumplirse los requisitos de fondo y forma para que el tratado sea válido en el derecho interior.

Como se ve, ambos procedimientos de creación son distintos.

En el caso de las leyes federales constitucionales, son mandatos generales emitidos por el poder legislativo del Estado mexicano que

<sup>72</sup> WALSS AURIOLES, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 44-48.

vinculan a las personas individuales o colectivas que se encuentran bajo su potestad; en cambio los tratados no son actos que un Estado pueda emprender por sí mismo, sino en este caso se trata de pactos o convenciones celebrados entre Estados, con la finalidad de que en igualdad de condiciones se establezcan derechos y obligaciones recíprocos.

Sentado lo anterior, cabe decir, que la Suprema Corte en el caso analizado, si bien trató de explicar las relaciones del derecho internacional con el derecho interno de nuestro país, los requisitos que los tratados deben cumplir para ser abrigados como norma interna (en la ejecutoria cuyo contenido íntegro no se reproduce por obvias razones de extensión); en el caso, no es afortunada la jerarquía que estableció de los pactos internacionales sobre las leyes federales, ni tampoco las razones sustanciales que esgrimió para llegar a concluir que la razón fundamental para considerarlo de esta manera, es que tales compromisos internacionales *son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional*; pues es obvio que esta razón más bien puede servir de fundamento para resaltar que en el universo jurídico internacional, no sólo nuestro país, sino todos aquellos Estados que celebran un tratado internacional se encuentran obligados en el ámbito creado por el tratado; por lo que sus respectivas autoridades quedan comprometidas, frente al Estado o Estados que lo hayan ratificado, aunado a que esta conclusión podría apreciarse más bien como un efecto del tratado; es decir, el obligar a las autoridades de los Estados partes frente a la comunidad internacional que participan de su contenido, pero desde mi punto de vista, no es la causa por la que el tratado debe prevalecer como una norma superior.

O sea, esa no puede ser la razón total para señalar que los tratados internacionales mantengan un grado superlativo proyectado hacia el interior de la legislación mexicana. Pues en principio, como se ha enunciado, el artículo constitucional no hace distinción alguna entre el rango de los tratados y de las leyes federales que emanan de la Constitución. Al efecto, Óscar Rabasa, opina:

"El derecho internacional, desde el punto de vista de su aplicación, tiene necesariamente dos aspectos: el que se refiere a su aplicación directa a los Estados, y el que se refiere a su aplicación y ejecución interna, es decir,

dentro de cada Estado en relación con los órganos gubernamentales de éste y los individuos sujetos a su jurisdicción. Todas las naciones, sin excepción ninguna, reconocen que el derecho internacional es obligatorio para ellas; que deben sujetar sus legislaciones y la conducta de sus gobiernos a ese derecho, y que la falta de observancia de cualquier obligación internacional, es motivo de responsabilidad para el Estado delinciente, no obstante lo que sus leyes y autoridades locales dispongan sobre el particular".<sup>73</sup>

En este orden de ideas, la solución más acertada no puede ser el declarar la superioridad de los tratados como norma, frente a las leyes federales, pues para ello se requeriría de que el precepto constitucional así lo enunciara (como en el caso de aquellos Estados que específicamente en sus constituciones dotan a los tratados de un rango supralegal, en Europa como Alemania, Francia, España, Grecia y en el Continente Americano, como Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Colombia, Chile y Venezuela); por ello, consideramos que en caso de algún conflicto entre una ley federal y un tratado internacional, pues hay quien dice que un conflicto de tal naturaleza podría ser una mera eventualidad,<sup>74</sup> la solución se encuentra en aplicar este último como una norma de carácter especial reguladora de situaciones específicas concretas, pues recordemos que los tratados son considerados como normas individualizadas de carácter público que vienen a crear un caso de excepción a la aplicación general que reviste la ley.

Al respecto, la autora, en múltiples ocasiones citada, Loretta Ortiz Ahlf, considera:

"...Como se ha hecho notar, los problemas derivados de la diversa regulación prevista en un tratado y en una ley, son susceptibles de ser resueltos acudiendo a un análisis de los ámbitos de validez de las normas respectivas, según el cual las disposiciones del tratado se presentan como normas especiales aplicables en ciertos casos, o a ciertos sujetos, en tanto que las leyes internas se presentan como ordenamientos generales aplicables a todos los casos no regulados por la normatividad especial..."<sup>75</sup>

<sup>73</sup> RABASA, Óscar, *El derecho interno y el derecho internacional; un nuevo punto de vista en México del derecho internacional*, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 1933, p. 94.

<sup>74</sup> SEPÚLVEDA, César, *Comunicaciones mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, UNAM, México, 1996, pp. 215-223.

<sup>75</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, *op. cit.*, p. 28.

Al respecto, continuando con esta misma idea, Eduardo Revilla Martínez también opina:

"Bajo la postura tradicional, en caso de que se amplíe la definición de un tratado a través de la ley interna, debe aplicarse el primero con base en los siguientes argumentos... El primero es jurídico y se basa en que, en la relación entre esos dos Estados en particular, la ley especial es el tratado. Hay un principio de derecho con base en el cual, cuando se está ante dos ordenamientos legales de la misma jerarquía que difieren, o sea, cuando existe un conflicto de leyes, éste debe resolverse aplicando la ley especial sobre la general. En este caso en particular, resulta evidente que la ley especial es el tratado."<sup>76</sup>

Tampoco se desconoce, que al igual que las leyes, al estar vigentes los tratados, se encuentran rigiendo a todas las autoridades del Estado mexicano y a sus individuos, por lo que visto de esa forma, es lógico que ambas normas rijan en todo el territorio nacional, con la salvedad de que el tratado no pierde su naturaleza de norma especial; en efecto, recordemos que a diferencia de las normas generales, las especiales sólo aplican para ciertas circunstancias, sujetos, objeto, es decir, su campo de aplicación se reduce para ciertos hechos y cierta clase de individuos-sujetos; en cambio, la norma abstracta no es distintiva, pues rige para todos.

En tales condiciones, si la norma general contempla un supuesto jurídico dirigido a todos aquellos sujetos comprendidos dentro de la clase designada por el *concepto-sujeto* de la disposición normativa, inconcuso es, que la norma individualizada, especial o específica que únicamente se dirige a un individuo o grupo de individuos de esa "generalidad", luego debe entenderse que ésta desplaza a aquella en su aplicación en un caso particular.

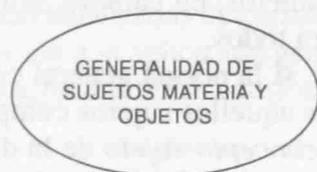
De este modo, si un determinado tratado internacional (norma individualizada) llegara a abarcar una materia, sujetos y objeto idénticos a los de una ley federal constitucional expedida por el Congreso de la Unión (norma general), sería indiscutible que el tratado se aplicaría de manera preferente con base en el ámbito personal de validez

<sup>76</sup> REVILLA MARTÍNEZ, Eduardo, "Violación de leyes a los tratados supraposición", *Revista Lex Difusión y Análisis*, 3a. época, año II, agosto de 2000, núm. 62, México, p. 46.

de las normas a todos aquellos sujetos o grupos de sujetos cuya actividad quedara regulada por el tratado; en tanto, que la norma general continuaría rigiendo para los sujetos restantes u objetos no comprendidos en la hipótesis del pacto internacional, por lo que el problema en estudio, bien puede resolverse desde esta perspectiva y no acudiendo a criterios de jerarquía de unas normas sobre otras; solución que únicamente es posible en aquellos sistemas en donde así se encuentra expresamente regulado por el texto constitucional en donde no se requiere de ninguna interpretación.

Cabe agregar que una de las funciones de los tratados o las convenciones, es precisamente "la función creadora del derecho", el fin primordial de la convención es, por definición, producir efectos jurídicos, por ende, tiene fuerza obligatoria y sus efectos consisten en obligar a los Estados contratantes a la realización de una conducta a la que anteriormente no estaban obligados, ello significa que la convención ha creado una norma que no existía antes de la conclusión del tratado, cuyo ámbito de validez personal son los sujetos a quienes la convención obliga y faculta.<sup>77</sup>

En este contexto, podríamos esquematizar la idea abordada con el siguiente plano:

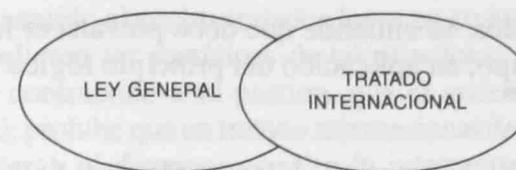


LEY DEL CONGRESO DE LA UNIÓN QUE REGULA UNA DETERMINADA MATERIA



TRATADO INTERNACIONAL

<sup>77</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 55.



INTERSECCIÓN QUE SE REALIZA CUANDO SE ACTUALIZA LA DICOTOMÍA DE LAS NORMAS

En el criterio que es motivo de este ensayo, tal parece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de los fundamentos utilizados, implícitamente trató de sustentarse en el principio jerárquico (técnica interpretativa para la solución de antinomias) para determinar la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes federales; sin embargo, no puede aplicarse tal principio para disolver el conflicto mencionado, pues aunque no se desconoce que se trata de "dos normas jurídicas" provenientes de un mismo sistema jurídico, pues ambas emanan de la Constitución en realidad en el artículo 133 (sobre el punto particular en estudio) no existe una ordenación jerárquica tal que permita observar que los tratados deban considerarse superiores a las normas federales, pues en principio se trata de dos normas del mismo rango por encontrarse previstas en la Constitución, sobre las que no se hace distinción alguna, por lo que no puede estimarse que una de ellas deba prevalecer sobre la otra.

De lo hasta aquí anotado, es conveniente hacer un breve resumen, sobre las opiniones de los destacados juristas que consideran que el conflicto que se suscita entre una ley federal y un tratado internacional, no debe resolverse preferentemente por una cuestión jerárquica, pues la Carta Magna no lo contempla así:

*Miguel Carbonell* opina que la Constitución mexicana al igual que la de los Estados Unidos de Norteamérica, se encuentran en el grupo de Estados que reconocen la obligatoriedad general de los tratados, pero que para efectos internos les otorga el mismo rango que a las leyes federales; en la solución del conflicto, propone que al tener la misma jerarquía normativa, puede resolverse (como ocurre en la legislación anglosajona), si se llega a producir una antinomia

de leyes y tratados, se entiende que debe prevalecer la norma posterior en el tiempo, en aplicación del principio lógico *lex posterior derogat priori*.<sup>78</sup>

Loretta Ortiz Ahlf, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz, señalan que siempre que se plantea un conflicto entre una ley local y una de carácter federal existe un problema de competencia, ya que los ámbitos materiales de validez de los ordenamientos federales, son, en principio diversos y excluyentes entre sí, por lo que no pueden consistir un ordenamiento federal y uno local sobre la misma materia; tales autores son de los que en la doctrina, propugnan porque el conflicto que pudiera presentarse entre una ley federal y un tratado, tiene una solución sin acudir a criterios de jerarquización, sino de aplicación entre una norma general —ley federal— y una especial —el tratado— que por lo mismo, debe resolverse aplicando la norma especial a los casos que ésta refiere y la norma general (o sea la ley federal) en todos los supuestos no comprendidos por la norma especial, es decir, el tratado.<sup>79</sup>

Jorge Adame Goddard hace el apuntamiento de que la contradicción subsistente tiene un planteamiento diferente, según si el particular beneficiado por el tratado es un extranjero o un nacional; cuando es un extranjero el que tiene el derecho derivado del tratado de exigirle al Estado un determinado comportamiento, se plantea un conflicto que puede ser resuelto en definitiva por un organismo de jurisdicción internacional; empero, cuando es un nacional quien tiene un derecho derivado de un tratado ante su propio Estado, se plantea una controversia que se resuelve en última instancia por los tribunales nacionales.<sup>80</sup>

Rodolfo Walss Aurióles expresa que una posible solución sería la aplicación del principio de que “la ley posterior deroga a la ante-

<sup>78</sup> CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa, México, 2000, pp. 191-197.

<sup>79</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, VÁZQUEZ PANDO, Fernando A. y DÍAZ, Luis Miguel, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, Ed. Themis, México, 1998, pp. 25-30.

<sup>80</sup> ADAME GODDARD, Jorge, artículo distribuido en el posgrado de la Escuela Libre de Derecho sobre el tema tratado.

rior”, en este sentido al ser los tratados leyes en su aspecto formal en apariencia pudieran ser partícipes de tal principio; sin embargo, el mismo autor contraponen a su postura, que el artículo 72, inciso F, constitucional, prohíbe que un tratado internacional derogue o abrogue a una ley federal, al disponer que “en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”, lo que impide su aplicación, pues el tratado no es creado por el proceso legislativo; aspecto que a la inversa tampoco es posible, es decir, que una ley posterior derogue a un tratado, porque éstos son facultad del Poder Ejecutivo no del Poder Legislativo, por lo que el Congreso no puede invadir las facultades del Presidente de la República. En caso de conflicto, la solución debe buscarse por el juzgador atendiendo a la relación jurídica concreta que se pretende regular, *el tratado constituye una regla especial frente a una ley federal que es la regla general*.<sup>81</sup>

Genaro David Góngora Pimentel señala que la Constitución, en su artículo 133 establece la igualdad jurídica de los tratados internacionales y las leyes federales, lo que trae como una consecuencia lógica que a esta situación resulte aplicable el principio de que “*lex posterior derogat priori*”, por tanto, no obstante que el Estado mexicano hubiera celebrado un tratado por el Presidente de la República, aprobado por el Senado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, si entra en forma posterior a regir una ley federal, contraria en todo o en parte al compromiso internacional abrigado en el tratado, éstos deben considerarse derogados.<sup>82</sup>

Olga Sánchez Cordero de García Villegas, al respecto opina que en principio no es posible encontrar sustento jurídico positivo de la afirmación dogmática de que existe un sistema jerárquico definido, según el cual las normas externas se encuentren en un rango superior a las nacionales o viceversa; que algunos autores se han pronunciado en el sentido de que existen leyes del Congreso de la Unión con mayor jerarquía que otras, que se denominan leyes constitucionales,

<sup>81</sup> WALSS AURIÓLES, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 133-141.

<sup>82</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Porrúa, 7a. ed., México, 1999.

las cuales se ubicarían junto con los tratados en un rango intermedio entre la Constitución y el derecho ordinario.<sup>83</sup>

*Guillermo Ortiz Mayagoitia* hace la consideración de que la tesis del Pleno que declara la superioridad de los tratados ha resultado polémica, tanto que no se ha reiterado en la resolución de ningún otro asunto y aún se discute en el seno del tribunal Pleno su viabilidad; empero, el tema debería centrarse no sólo en determinar si los tratados internacionales pueden tener o no un rango superior a las leyes, sino en definir la relación de los órganos internos y los órganos de carácter internacional.<sup>84</sup>

*Ruperto Patiño Manfer* señala que el artículo 133 constitucional consagra el principio de supremacía constitucional, disponiendo una trilogía jurídica, así, la Constitución, las leyes que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán la ley suprema de toda la unión; dicho autor también considera que no sería aplicable al problema en estudio el principio de que una norma posterior deroga a la anterior, ello porque el artículo 72, inciso F, de la propia Constitución, rechaza esta idea al señalar que "en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites que para su formación", por lo que parece evidente que, de aplicar el principio enunciado sería violatorio de este precepto.<sup>85</sup>

*Carlos de Silva Nava* opina que se está en presencia de un problema complejo que no admite una solución general aplicable por igual a todos y cada uno de los casos que puedan presentarse, por ello el

<sup>83</sup> SÁNCHEZ CORDERO, Olga, "La Constitución y los tratados internacionales. Un acercamiento a la interpretación judicial de la jerarquía de las normas y la aplicación de los tratados en la legislación nacional", *Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia de Aguascalientes*, Nueva época, año XI, núm. 16, septiembre-marzo 2002, México.

<sup>84</sup> ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo y GÓMEZ PÉREZ, Mara, "La Suprema Corte de Justicia frente al derecho internacional", *Revista El mundo del abogado*, año 4, núm. 33, enero de 2002, México, p. 21. (La parte del artículo publicado que interesa).

<sup>85</sup> PATIÑO MANFER, Ruperto, "Los tratados internacionales en la Constitución mexicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLII, núms. 181-182, enero-abril 1992, México, pp. 95-100.

intérprete debe tener en consideración que para resolver un caso concreto, previamente, debe buscar la posibilidad de que los dos órdenes, interno y externo funcionen de manera simultánea y armónica sin negar *a priori* eficacia a uno u otro, pues en la medida que cada uno coexisten, no pueden tener cada uno, por separado, principios absolutos. Dicho de otra forma, cada uno de estos órdenes carece de la posibilidad de afectar de manera absoluta; el intérprete debe tomar conciencia de que no necesariamente se trate de anular a una de las normas con conflicto, sino definir su aplicabilidad o inaplicabilidad a un caso concreto.<sup>86</sup>

*Jorge Carpizo*, en su tesis señala que planteado el problema de la jerarquía de las normas, no puede existir conflicto entre los tratados y las leyes federales ordinarias, ya que los tratados son superiores a éstas y si existe contradicción entre las dos clases de normas hay que aplicar los tratados por ser de jerarquía superior a la legislación federal ordinaria.<sup>87</sup>

Aunque compartimos en parte la idea anterior, cabría precisar que el doctor Carpizo, al referirse a las leyes ordinarias, proyecta su idea no sobre las leyes constitucionales, sino sobre el restante ordenamiento federal, sobre el que hemos acotado por no ser extensivo de la Constitución federal, al no reglamentar ninguno de sus preceptos, es inferior no sólo respecto de los tratados, sino incluso, se encuentra en un grado ínfimo al de las leyes federales constitucionales.

*Óscar Rabasa* expone que, debido a que tanto en el sistema mexicano como en el norteamericano la Constitución es la norma cumbre; en tanto que las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales, conjuntamente, son la ley suprema de la unión y estos ordenamientos están colocados exactamente en el mismo nivel. Por consiguiente, aplicándose el principio elemental de que cuando están en pugna dos disposiciones legales del mismo rango subsiste el de fecha posterior, los tratados internacionales derogan a las leyes federales que estén en oposición con aquellos y viceversa.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> DE SILVA NAVA, Carlos, "La supremacía constitucional y los tratados internacionales", *Anuario de Derecho Público*, núm. 1, 1997, México, p. 104.

<sup>87</sup> CARPIZO MACGREGOR, Jorge, *op. cit.*, pp. 22-24.

<sup>88</sup> RABASA, Óscar, *op. cit.*, p. 543.

Continuando con la idea ya abordada, debemos resaltar, que el dispositivo 133 constitucional, no previene expresamente la primacía de una norma sobre otra, de ellas, pues por el contrario señala que tanto la Constitución, como las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma *serán la ley suprema de toda la unión*, por lo que en el caso no se vislumbra una distinción de supremacía entre unas y otras y, por ello, no es aplicable un principio de jerarquización.

A *contrario sensu*, desde nuestro punto de vista, con apoyo en el principio de la especialidad de la ley, sostenemos que el conflicto que se presenta cuando una ley federal regula una idéntica materia a la de un tratado internacional o, viceversa, puede resolverse, prescindiendo de una cuestión jerárquica, ya que si bien en nuestro sistema la norma especial no deroga a la norma general, para los efectos de su aplicación debe entenderse que la norma especial se "aplica" sobre la general, o sobre la misma idea, debe entenderse, que la norma especial tiene una aplicación preferente sobre la general.

Por tanto, es indiscutible que debe identificarse de manera sistemática cuál de ellas es la que deba comprenderse como un enunciado abstracto y otra de un contenido concreto; de esta forma, si en el caso a estudio, las dos normas se encuentran en un mismo documento normativo como lo es la Constitución federal, entonces debemos pensar, que en el caso de las leyes federales constitucionales constituyen mandatos generales abstractos e impersonales que se dirigen a la colectividad; en tanto que los tratados no pueden conceptualizarse en esa misma dimensión, puesto que deben ser apreciados como normas de contenido concreto dirigidas a una clase específica de sujetos.

Conforme a lo analizado en este trabajo, los tratados son considerados como normas especiales individualizadas que se introducen para regir una determinada materia, sujetos y objeto, que bien puede coincidir con el de una norma preexistente en el ámbito interno; sin embargo, aunque algunos consideran que un caso de conflicto sólo tiene un carácter hipotético, en realidad al presentarse, es obvio que se debe decidir por el juzgador cuál de las normas debe aplicarse, ya sea la norma general o en este caso la norma especial.

El problema se resuelve acudiendo al principio de la especialidad, tomando en cuenta que un tratado internacional es una norma de contenido especial que pragmáticamente deja sin efectos a la norma

general, pero sólo para los sujetos a quienes está dirigida, ya que en lo restante nada impide que la norma continúe rigiendo para todos aquellos que no se encuentran en el supuesto del tratado, por ejemplo, podría considerarse que si el Estado mexicano celebrara un tratado internacional en materia de expropiación con la República Federal Alemana, especificando, que cuando alguna autoridad mexicana pretendiera expropiar bienes inmuebles de los ciudadanos alemanes, en lugar de reparar la medida con una indemnización monetaria, el Estado mexicano se compromete a dotar de un nuevo inmueble a tales ciudadanos de las mismas características y valor en una zona apropiada.

En este caso, como el objeto, los sujetos y la materia del tratado se ciernen sobre la expropiación pública que práctica el Estado mexicano sobre bienes de ciudadanos alemanes, es indiscutible que el tratado sólo aplicaría a los sujetos que demostraran tener tal nacionalidad; lo que de ningún modo impediría, que tratándose de expropiación sobre bienes de ciudadanos mexicanos la regla general continuara operando, o sea que, en el caso de una expropiación por causa de utilidad pública sería suficiente con la indemnización en los términos que fije la ley, en concepto de reparación por la apropiación del bien por parte del Estado.

De esta forma, en los términos que actualmente se encuentra redactado el artículo 133 constitucional, para resolver las controversias que llegaran a presentarse entre una norma federal constitucional expedida por el Congreso de la Unión y un tratado internacional, no es estrictamente necesario acudir al principio de la jerarquía, como lo proveyó la Suprema Corte al resolver el juicio de amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, en donde, como se ha visto, al declarar la supremacía de los tratados frente a las normas federales, arribó a esta determinación.

Es decir, en el sentido de que el convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo formaba parte del derecho positivo mexicano; que la fracción V, del artículo 116, de la Constitución federal ordena a las legislaturas de los estados expedir las leyes que deban regular las relaciones de trabajo entre los estados y sus trabajadores de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 123 constitucional; por tanto, con independencia de que el legislador ordinario

adecuara su reglamentación burocrática a lo ordenado por las disposiciones reglamentarias del artículo 123, como en el caso lo era el convenio 87, mientras ello no sucediera, debería estarse a la de mayor jerarquía.

En consecuencia, la Suprema Corte declaró inconstitucionales las determinaciones de las autoridades que se fundaran en el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ya que al establecer éstas un sindicato único, debería estarse a las disposiciones del tratado que no permitían ese sistema.

Empero, no puede soslayarse que la Suprema Corte de manera inusitada aplicó el principio de la jerarquía, dotando al artículo 133 de una interpretación y alcance que en realidad, no tiene, problema que era factible de resolverse señalando que los trabajadores sindicalizados, al ingresar en la órbita del convenio 87, por ser ésta una norma especial deberían hacerse extensivos en su favor los beneficios pactados en el tratado para todos aquellos trabajadores que formaran parte de una unión laboral, derogándose para ellos, las disposiciones restrictivas establecidas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y de todas aquellas leyes que en materia del trabajo menguaran los derechos de los trabajadores por ser una ley general en contradicción con la especial; de esta manera, si bien no se desconoce que la conclusión a la que arribó la Corte, acerca de la supremacía de los tratados sobre el derecho interno, es la tendencia actual dado que múltiples países europeos y sudamericanos han consagrado el principio de la supremacía de los tratados sobre el derecho interno; sin embargo, en los estados en donde se ha establecido tal principio, ha motivado la reforma constitucional para señalarlo de esa manera, supuesto que en la Constitución mexicana todavía no ocurre.

Finalmente, por las razones expuestas en el contexto de este ensayo, se puede sostener que en el artículo constitucional pluricitado no se contempla la superioridad de los tratados frente a las leyes federales; sino que en el caso, la Constitución federal se encuentra en la cúspide triangular; desde luego, en primer lugar, en segundo orden se encuentran los tratados y las leyes federales constitucionales.

Otra solución, en el caso, también podría ser, como lo proponen algunos estudiosos del derecho, en el sentido de que si se piensa que el derecho internacional a través de los tratados en el derecho inter-

no, debe encontrarse en un rango superior al de las leyes federales de los estados, *entonces debe adecuarse y reformarse el marco constitucional para que así sea declarado*, tal y como lo han hecho países como Francia, Alemania y Grecia, que en sus respectivos textos constitucionales sí enfatizan que los tratados o acuerdos internacionales ratificados o aprobados guardarán una autoridad superior respecto de las leyes internas de carácter federal; o incluso como en las experiencias latinoamericanas de Argentina y Venezuela, que han concedido a los tratados el rango de normas iguales a la Constitución.

El punto anterior cobra una singular importancia, puesto que si bien desde la concepción de la doctrina tradicional mexicana particularmente sobre el principio de la supremacía constitucional, siempre se ha indicado que no existe otra ley superior, más que la Constitución, en el universo jurídico del derecho internacional tal aserto ha quedado superado fundamentalmente con el tema de los derechos humanos o derechos fundamentales del individuo, en donde priva *el principio de progresividad*, a través del cual, se razona, que los derechos humanos se encuentran en constante evolución.

A grado tal, que algunos Estados confieren una aplicación preferente a los tratados internacionales más favorables a los derechos humanos, incluso por encima de la Constitución, lo que pone de manifiesto, que dichos Estados soberanos siguiendo ese principio de vanguardia, han abandonado la tesis decimonónica de la supremacía constitucional tradicional.

Así pues, cabe concluir, que el derecho internacional derivado de los tratados impone cambios estructurales y de fondo en aquellos Estados en donde son adoptados, por ello es conveniente replantearse el orden en que estos instrumentos deben ser acogidos por nuestra Carta Magna federal, pues sólo así sucumbiría el debate legal y doctrinario sobre la prevalencia o no de los tratados; problema que no existe, en aquellos Estados en donde los tratados sobre derechos humanos adquieren una importancia, incluso, por encima de la Constitución, cuando disponen mejores derechos, que los tutelados por ella; y también otro tipo de convenciones adquiere un rango supralegal.

Caso aparte sería el estudio de aquellos otros tratados de contenido económico, comercial, cultural o tecnológico, en donde la materia central no son los derechos fundamentales, cuyo orden igualmente debe ser establecido para que en el caso de conflicto el problema

pueda ser superado con facilidad al provenir la solución de la propia Carta Fundamental.

Por último, si bien la idea de que un tratado internacional pudiera abrir la puerta para dejar sin efecto algún artículo de la Constitución (cuya idea cuesta trabajo sopesar), bien pudiéramos adoptar una fórmula matizada en el sentido de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, al menos gozaran del mismo rango que la Constitución; en tanto, que aquellos otros tratados referentes a temas económicos y comerciales, pudieran adoptarse, por encima de la normatividad interna cuando consagren un derecho más favorable que la propia ley estatal, es decir, bajo un rango supralegal.

En cambio, pudiera otorgárseles el carácter legal a aquellos tratados cuya materia sea estrictamente de carácter cultural, tecnológico, o de aquellos que se suscriben con otra finalidad, todo lo cual, no es lógicamente posible, sino a través de la reforma constitucional del artículo 133, que nos permitiría, si no ir a la vanguardia en esta materia, al menos no quedar a la zaga de otros países que con menos tradición jurídica se han atrevido a dar un gran paso en el universo de los tratados internacionales, respecto de su derecho interno.

## VII. CONCLUSIONES

1. Es indudable, que el derecho internacional conduce cada vez más al acercamiento de las naciones a través de los tratados, en materia comercial para el intercambio de bienes y servicios, y en el ámbito político, para el respeto de los derechos humanos o fundamentales del individuo; y el problema relativo a la jerarquía normativa de los tratados en el derecho interno, no encuentra una solución unánime en todos los Estados soberanos que han suscrito tratados internacionales.

2. Por las razones expuestas, la actual redacción del artículo 133 constitucional, gramaticalmente no contempla la superioridad de los tratados sobre las normas federales, ni tampoco se puede deducir de su interpretación; aunque esa es la directriz que en la mayoría de Estados democráticos comienza a consolidarse en el ámbito internacional, pero ello ha motivado una reforma constitucional para contemplarlo expresamente de esa manera.

3. La aplicación de los tratados sobre una norma federal constitucional, en el sistema jurídico actual mexicano, debe derivar, no de que son superiores, sino con base en que son reglas de carácter especial que deben ser aplicadas sobre las de carácter general.

4. En todo caso, es necesaria la reforma del artículo 133 constitucional, a fin de dotar a los tratados de una manera sistemática, de un valor supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal, en el orden que se considere acertado, a fin de terminar con la discusión legal y doctrinaria que genera su actual redacción.

## SIMBOLISMO Y SIMBOLOGÍA DE LAS SIETE PARTIDAS

Francisco DE ICAZA DUFOUR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La mentalidad medieval*. III. *Los simbolismos*. IV. *Los saberes medievales*. V. *La ciencia política*. VI. *El corpus social*. VII. *La obra alfonsí*. VIII. *Las Partidas*. IX. *El siete*. X. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

La Edad Media se inicia con la caída del Imperio Romano en el año 476 de nuestra era y concluye en el año 1492 con el descubrimiento de América, según los términos convencionales fijados por los historiadores. En este larguísimo lapso de mil años, el hombre europeo pudo contemplar la ruina del Imperio Romano, el cataclismo que ello significó para la cultura, y de igual manera atestiguó su renacer a partir del siglo XII, hasta alcanzar su esplendor en los años subsecuentes.

Alrededor del año 1100, Europa parecía haber alcanzado una cierta estabilidad, Toledo había sido convertida en capital de Castilla por Alfonso VI y el Cid había logrado la reconquista de Valencia. En Inglaterra se afianzó la dinastía normanda, mientras en Francia, Felipe I estableció un reino rival. En Alemania, Enrique IV había consolidado al imperio sobre bases más sólidas. En la Península Itálica, el papa Gregorio VII había perdido la batalla en contra del emperador, aunque ganó una mayor fuerza espiritual en Roma. La reforma del Císter emprendida por san Bernardo Claraval reavivó la vida religiosa y se dio inicio a las Cruzadas. En Bizancio, los Comnenos fueron

hostigados, primero por los normandos y después por los cruzados, para terminar su reinado en 1204, cuando se estableció el imperio latino con la dinastía de los Lascáridas. El poder, la riqueza y la cultura parecían regresar a Occidente. Europa había logrado la tranquilidad suficiente para poder experimentar un incremento poblacional. El surgimiento de nuevas urbes, la conquista de nuevos espacios para la agricultura y la ganadería, los contactos con el Oriente y otros muchos factores produjeron un cambio importante en el pensamiento del hombre occidental, consistente en un retorno a la antigüedad y en la aparición de un nuevo humanismo. Fue la conclusión de un periodo histórico, llamado Alta Edad Media y el principio de otro, denominado Baja Edad Media, cuyos límites se extienden a través de los siglos subsecuentes, hasta alcanzar las primeras décadas del siglo XVI. Algunos historiadores marcan como el inicio de esta última etapa de la Edad Media la aparición de la *Divina Comedia* del Dante, en donde el poeta pudo testimoniar cómo las transformaciones sociales acaecidas pudieron cambiar las estructuras medievales tan caras para él. Fueron los tiempos cuando los arcos de medio punto del románico fueron sustituidos por las ojivas del gótico, la pintura hierática se transformó con el Giotto y fray Angélico, se conoció el pensamiento de los antiguos griegos para separar el estudio de la filosofía del de la teología, así como el del derecho de la retórica, al conocerse la obra justiniana. Fue también el tiempo de la *Summa Theológica*, el de la aparición de las universidades, el de la difusión del *Ius Commune* y, lo más importante, fue el tiempo de una renovación intelectual, cuya base fue un cambio en la enseñanza: el abandono de un método repetitivo para la transmisión de los saberes, y la adopción de una enseñanza dialéctica, en la que el saber se investiga y se amplía con nuevas experiencias, analizadas a la luz de la lógica. Fue, en síntesis, una época de gran riqueza cultural e inquietudes intelectuales, en la que le tocó vivir a Alfonso X para elaborar la obra legislativa más importante del occidente europeo, las *Siete Partidas*.

Cabe señalar que las fechas señaladas para el inicio y fin de las diversas etapas históricas han sido fijadas por los historiadores en una forma un tanto arbitraria y, por tal motivo, la división entre alta y baja Edad Media, no implica la existencia entre ellas de una separación tajante que permita pensar en dos épocas totalmente distintas,

cuando en realidad se trata de un solo y largo proceso multiseccular. Por eso, Grossi prefiere hablar de cimientos y edificación, de una misma construcción aunque con materiales distintos, en que la primera parte de ese periodo de tiempo, debe contemplarse "como el taller de la praxis" y la segunda parte, "como un laboratorio sapiencial".<sup>1</sup>

## II. LA MENTALIDAD MEDIEVAL

En la sociedad medieval, como en toda sociedad, existió un contexto histórico-temporal, conforme al cual estructuró su concepto del universo, determinando con ello las acciones de sus miembros y su particular forma de percibir la realidad. Para esa sociedad, el universo entero gira alrededor de Dios todopoderoso, Él es principio y fin de cuanto existe y quien además dictó las normas para la regulación y funcionamiento de todo lo creado. En consecuencia, la religión impregnaba por completo todas las estructuras sociales y el modelo humano también era definido por ella, como se puede confirmar en todas las expresiones culturales y artísticas de ese periodo.

Para el pensamiento del hombre medieval, acorde con los principios del cristianismo, revistió especial importancia la existencia de un trasmundo después de la muerte, con su cielo, su purgatorio y su infierno, descritos, entre otros, por la imaginación del Dante en la *Divina Comedia*, de Baudoin de Condé, en el *Viaje al paraíso* y de Raoul de Houdene, en el *Sueño del infierno*. Para la mayoría de aquellos hombres, cuyas vidas transcurrían entre la miseria y el sufrimiento, resultaba reconfortante el pensar que nada de cuanto existe en este mundo es comparable con la gloria eterna y para alcanzarla, además de una vida virtuosa, se hace indispensable el morir, que finalmente resulta un renacer; por ello santa Teresa afirmó: "Muero, por que no muero". Alcanzar la gloria debe ser el anhelo fundamental de todo ser humano, los santos encarnan ese objetivo y para su recordación sirvieron las grandes obras hagiográficas de Gonzalo de Berceo, Jacopone da Todi y Santiago de la Vorágine. Bajo este orden

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, pp. 51 y ss.

de ideas, toda manifestación artística también debía servir para recordar al hombre cuáles eran sus fines, con ese objeto fueron construidas las inmensas ojivas góticas apuntando hacia el cielo; en las portadas eclesiales con frecuencia se muestran escenas del juicio final, en donde el Creador a su diestra recibe a los bienaventurados, mientras a la siniestra los pecadores se pierden en un abismo sin fin; los vitrales catedralicios en cristales policromados representan pasajes del *Antiguo* y del *Nuevo Testamento*, en tanto los altares se encontraban llenos de lienzos y esculturas con las imágenes de grandes santos, mártires y confesores, todos ellos encarnando el ideal de vida cristiana y el canto gregoriano incitaba a los espíritus para alabar al Señor.

Las diversas manifestaciones artísticas cumplían con una finalidad didáctica, pues eran el medio más sencillo para transmitir y conservar los conocimientos, en una época en que el acceso a los libros era privilegio de unos cuantos, pues eran pocos los que sabían leer y menos aun quienes contaban con las posibilidades para adquirirlos. Antes de la invención de la imprenta, los precios de los libros debieron ser muy altos, pues el pergamino era caro y el papel que le siguió tampoco resultaba barato; también eran elevados los salarios de los escribanos encargados de elaborar las copias y más aún cuando éstas eran decoradas con pequeñas pinturas u otro tipo de adornos. De esta forma, resulta comprensible que sólo tenían capacidad para adquirir libros los hombres ricos o algunas comunidades, como las abadías, cuyos monjes eran con frecuencia buenos copistas, como sucedió con los de San Millán de la Cogolla y Santo Domingo de Silos, en cuyos archivos se encuentran los más antiguos testimonios escritos en romance castellano.

Para la gran masa de la población pobre, inculta y en buena parte analfabeta, la forma más accesible de conservar y transmitir los conocimientos era la oral, auxiliada con eficacia por la iconografía y la simbología, principalmente en la materia religiosa, ya que las familias, en especial las mujeres, eran las encargadas de inculcar desde la infancia los principios religiosos, en tanto la Iglesia y sus clérigos limitaban su labor didáctica a la prédica, dirigida al público en general, sin distinción de edad o sexo. Las piedras talladas en las fachadas, los pórticos eclesiales, las columnas de los templos, sus vitrales, esculturas y pinturas, contenían un riquísimo material

didáctico, pletórico de formas, colores, números y símbolos en general, que cualquier persona sabía interpretar y auxiliarse de ellos para transmitir las verdades de la fe, la historia sagrada, la vida de Cristo, de la Virgen y de los santos. El arte sacro de entonces tenía un fin útil, como era la enseñanza, a diferencia de hoy que es meramente ornamental.

La síntesis del pensamiento medieval más completa y clara se encuentra en las obras de santo Tomás de Aquino (1226-1274), de las cuales la más importante es la *Summa Theologica*, en donde vienen a desembocar, “escogidas, filtradas, adecuadas, al conjunto del sistema, las ideas de la mayoría de los grandes pensadores cristianos del pasado y aun de los pensadores griegos y árabes”.<sup>2</sup> Según el Doctor Angélico, el mundo sensible conduce al mundo inteligible y el modo de ser de las cosas sensibles de este mundo, sólo tiene sentido si se refiere a la existencia de un ser absolutamente real, que es Dios. Todos los objetos de la naturaleza carecen de valor en sí mismos y sólo lo tienen cuando conducen a Cristo. Según san Buenaventura (1221-1274), uno de los pensadores más influyentes de sus tiempos, en su *Itinerarium mentis ad Deum*, dice: “sigue la subida del alma hacia Dios a través de los vestigios de lo divino en la creación. Al buscar a Dios en las cosas visibles nos vemos conducidos hasta su *potentia, sapientia et bonitas*”.<sup>3</sup>

En la mentalidad del hombre medieval, todo cuanto se percibe por medio de los sentidos, sólo tiene valor en tanto simboliza o representa a un mundo invisible, lleno de misterio, que se aparece y se hace presente en todo cuanto nos rodea en la realidad inmediata, haciéndola de esta forma sorpresiva y misteriosa. En consecuencia, el estudio de las cosas y de los hechos debe realizarse con el fin de descubrir o interpretar las realidades suprasensibles. “Para el pensador de esa época —dice Étienne Gibson—, explicar una cosa consiste siempre en demostrar que no es lo que parece, sino el símbolo y el signo de una realidad más profunda que anuncia y que significa otra cosa”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, 12a. ed., México, 1995, p. 151.

<sup>3</sup> Cit. por A. YATES, Frances, *Ensayos reunidos, I Lulio y Bruno*, trad. Tomás Segovia, Fondo de Cultura Económica, 1a. reimp. en español, México, 1996, p. 116.

<sup>4</sup> GIBSON, Étienne, *La philosophie du Moyen-âge*, París, 1922, p. 170.

En ese afán por descubrir lo oculto, muchos de los teólogos de la Edad Media llevaban a cabo el estudio de las *Sagradas Escrituras* desde cuatro puntos de vista diferentes: el literal, atendiendo al sentido estricto de las palabras, el cual, decían, sólo tiene sentido para los judíos, por encontrar en ello la historia del pueblo de Israel; el alegórico, cuyo objetivo es descubrir en los textos sagrados las aplicaciones morales para normar la conducta de los hombres en el ejercicio de las virtudes; el tropológico, efectuado con el fin de descubrir en los pasajes del *Antiguo Testamento* los preceptos de la Ley Nueva enseñada por Cristo; y, por último, el anagónico o místico, referente a la vida eterna, a la que deben aspirar los justos, para poder participar en el triunfo de Cristo. Estos cuatro sentidos contenidos en las escrituras fueron resumidos por Nicolás de Lyra, cuando dice: "La letra enseña los hechos, la alegoría lo que se debe creer; la moral lo que se debe hacer y la anagogía lo que hay que entender".

Desde luego, las concepciones medievales para la mente racionalista propia de los inicios del siglo XXI necesariamente son calificadas como anticientíficas, pero para entender la Edad Media no debe usarse la razón, sino la fe y decir con san Anselmo de Canterbury (1035-1109), el llamado heraldo de la escolástica: "*Credo ut intelligam*", o sea, creo para después entender lo que creo por medio de la razón.

### III. LOS SÍMBOLOS

Desde la más remota antigüedad, la vida del hombre ha transcurrido inmersa en medio de un número infinito de símbolos. Testimonios de ello pueden encontrarse en todos lados, lo mismo en las cuevas de Altamira, que en las pinturas rupestres de la Baja California, en las ruinas de las antiguas civilizaciones de Babilonia, Mesopotamia, Egipto y de las culturas indígenas de América, al igual que en las calles de cualquier ciudad moderna en el Tercer Milenio.

Símbolo, explica la Real Academia de la Lengua, es una "representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada". La voz símbolo proviene del latín *symbolum* y ésta, a su vez, del griego *simbolon*, y con ella se hacía referencia al pacto celebrado entre dos personas, que para evitar ser engañados por un tercero,

partían un objeto, como podía ser una moneda, conservando cada una de las partes una mitad y al volverlas a reunir, servían como prueba del acuerdo celebrado. Por extensión, la palabra se aplicó más tarde a señales secretas utilizadas tanto entre los paganos, como entre los cristianos para poder reconocerse entre ellos. Como es bien sabido, la figura de un pez, en griego *ikthus*, se interpreta como el anagrama de "*Jesuscristo, Hijo de Dios, Salvador*" y fue utilizada como identificación entre los miembros de las comunidades cristianas primitivas, víctimas entonces de la persecución romana.

En la Edad Media, especialmente en el transcurso de los siglos XII y XIII, la utilización de símbolos tuvo un gran incremento debido principalmente a la labor de los teólogos, quienes, como se ha mencionado, buscaban relacionar todo cuanto existe con Cristo y el trasmundo. Esto no significa que se tratara de un lenguaje secreto, esotérico o mágico, sólo accesible para los iniciados, pues en realidad cualquiera con mediana cultura podía conocer su significado; inclusive se realizaron obras con gran difusión, en donde sus autores recopilaban símbolos y explicaban su significado. Como ejemplos de ellas, tenemos el *Speculum Ecclesiae* de Honorio de Autun, la *Clavis Scripturarum* de Melitón, el *Mitrале* de Sicardo de Cremona y de Guillermo Durando el *Rationale Divinorum Officiarum*. La utilización de símbolos cumplía con un triple objeto: en primer lugar, conducirnos a Cristo; en segundo, con fin didáctico, para enseñar las verdades de la fe y, por último, con un objetivo nemotécnico, para facilitar su memorización.

Los símbolos medievales son innumerables, como lo es también su interpretación. De acuerdo con la clasificación propuesta por el historiador del arte Louis Réau,<sup>5</sup> nos encontramos primero con los símbolos abstractos, como son los puntos cardinales, de especial importancia para la edificación de iglesias, ya que debía encontrarse orientada su cabecera con dirección al Este, punto de donde emerge el Sol, la luz y Cristo es la luz que ilumina y da vida, en tanto el Oeste, lugar en donde se oculta el Sol es la tiniebla, el Anticristo. Significación análoga tienen el Norte y el Sur, el primero es la oscuridad, en tanto el segundo, colocado a la diestra en las iglesias, signi-

<sup>5</sup> RÉAU, Louis, *Iconografía del arte cristiano*, introducción general, trad. José María Sousa Jiménez, Ediciones del Cerbal, Barcelona, 2000.

fica la luz, por ello los púlpitos, lugares de prédica y enseñanza, se sitúan a la derecha de las naves eclesiales.

Otros símbolos abstractos se encuentran en los olores y los colores, a los cuales se dan diversos significados y son de gran importancia en la iconografía cristiana. Así, María por lo general aparece ataviada con los colores azul y blanco, símbolos del cielo y la gracia, y san José, con el verde de la esperanza y el amarillo de la penitencia.

Por último, se encuentran los números, de singular estimación para el cristianismo y otras religiones, pues desde la antigüedad griega, de acuerdo con las doctrinas de Pitágoras y sus seguidores, especialmente Filolao, por su ley se gobiernan todas las cosas, inclusive las ciencias y las artes. Según Pico de la Mirandola (1455-1522), en los números es posible encontrar el modo de investigar y comprender todo cuanto se quiere saber. Para el cristianismo, quizá como trasunto de las doctrinas neoplatónicas, la importancia de los números estriba en ser un recurso nemotécnico útil para los teólogos, los fieles y los neófitos que debían memorizar las verdades de la fe. Así la cifra uno, indivisible por excelencia, es símbolo de Dios; en tanto el dos, alude a la doble naturaleza de Cristo, divina y humana, y el tres es considerado perfecto por Pitágoras, por contener un principio, un medio y un fin; para el cristianismo es símbolo de la Trinidad, representada en el *Antiguo Testamento* por los tres ángeles sentados en la mesa de Abraham. Es además el número de los Reyes Magos y de las partes del mundo, conocidas en tiempos de Cristo.

Los elementos de la naturaleza, las estaciones del año, los ríos del Paraíso, los evangelistas, los profetas mayores, los padres de la iglesia y las virtudes cardinales se encuentran representadas por el número cuatro.

Los libros de Moisés, las llagas de Cristo, las vírgenes necias y las prudentes y los sentidos del hombre, encuentran su alegoría en el número cinco, en tanto el seis es representativo de la perfección, de los días de la Creación, así como de las obras de misericordia; del siete nos ocuparemos más adelante; el ocho es símbolo del bautismo y la resurrección, de las bienaventuranzas y los tonos de la música gregoriana. El nueve corresponde a los coros de los ángeles y es el resultado de multiplicar tres veces el número tres, correspondiente a la Santísima Trinidad; el Decálogo es representado por el número diez y el once significa el pecado por transgredir la ley en el Decálogo.

Además del simbolismo abstracto, también se reconoció una significación simbólica en la fauna, en la flora y en los minerales; como ejemplos de ello, pueden citarse, al cordero, como alegoría de Cristo; el águila, el león, el toro, y el ángel como símbolos de los cuatro evangelistas; las palmas representan al martirio, los laureles a la victoria, la azucena a la pureza, el oro a la virtud, etcétera. Junto con los seres reales, también se atribuyó un significado simbólico a seres imaginarios, como las sirenas, los grifos, el unicornio, el centauro, etcétera.

#### IV. LOS SABERES MEDIEVALES

Es frecuente suponer que a la caída de Roma la cultura desapareció y por tanto el hombre europeo quedó por espacio de varios siglos en la más completa oscuridad. Lo anterior no es exacto, pues si bien es cierto que gran parte de la población estuvo dedicada por completo a la guerra y al trabajo, también lo es que existió una minoría preocupada por conservar y cultivar la cultura, integrada principalmente por clérigos, por lo cual los centros culturales de la época se encontraban en espacios eclesiales, como catedrales y abadías. En estos espacios cerrados, dice Grossi,<sup>6</sup> se hacía la cultura de pocos para pocos, se trataba de una cultura no circulante.

En las postrimerías del siglo XI, cuando las condiciones de la vida en Europa habían cambiado, la cultura, por diversas causas, traspasó los muros eclesiales y se derramó en toda la sociedad, en buena medida también gracias a la innegable e insustituible labor de los hombres de iglesia.

A lo largo del siglo XII, cuando con justicia se habla de un renacimiento, algunas de las antiguas escuelas de artes liberales, por lo general unidas a catedrales o abadías, en donde se impartía una enseñanza básica, cuyo contenido era el estudio del *trivium* (gramática, retórica y dialéctica) y del *quadrivium* (aritmética, música, geometría y astronomía), fueron objeto de un largo proceso de transformación que culminó finalmente con la erección de grandes universidades, cuyas causas, entre otras, pueden encontrarse en el

<sup>6</sup> GROSSI, Paolo, *op. cit.*, p. 79.

descubrimiento del pensamiento aristotélico por el hombre europeo, cuyo conocimiento trajo "como consecuencia, el triunfo de la razón y la ciencia".<sup>7</sup>

En el ámbito del derecho, el legendario hallazgo del *Digesto*, realizado por Irnerio, fue motivo suficiente para que el estudio de la ciencia jurídica se convirtiera en un saber autónomo de la retórica y su estudio se realizara sobre los textos completos y originales de la obra justiniana, convirtiéndose en objeto de acuciosos análisis y comentarios en forma de glosa por parte de los juristas, como el propio Irnerio y sus famosos discípulos Martín, Hugo, Búlgaro y Jacobo, hasta llegar a las grandes obras de Azzo y Acursio, integrantes todos ellos de la escuela de los glosadores, llamados así por el método de estudio que utilizaban.

La separación de la filosofía de la teología, en buena medida fue consecuencia de la irrupción del pensamiento de Aristóteles, de cuya obra era conocida y estudiada de tiempo atrás en el occidente europeo la *Lógica Vetus*, gracias a la traducción al latín realizada por Boecio (480-524) en el siglo V y en los inicios del siglo XII, casi la totalidad de sus trabajos ya circulaban en las escuelas. Sin embargo, deberá tomarse en cuenta que el aristotelismo medieval era ante todo una forma de razonar, una técnica demostrativa por medio del silogismo y que la obra aristotélica no tuvo una aceptación inmediata por todos; puede decirse que inclusive existió una cierta hostilidad hacia ella, por encontrarse en ella indicios de averroísmo, debido principalmente a las interpretaciones y traducciones que circulaban. Su reprobación se debía también a que algunos de sus postulados eran irreconciliables con el dogma católico y su obra, "no era una recopilación ecléctica de temas conectados al azar, sino que se basaba en supuestos firmes y constituían un todo perfectamente coherente cuyas partes se vinculaban íntimamente unas con otras. Sólo parecía posible aceptarla o rechazarla totalmente".<sup>8</sup> En los inicios del

<sup>7</sup> KAHLER, Erich, *Historia universal del hombre*, trad. Javier Márquez, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed. en español, 4a. reimp., México, 1970, p. 239.

<sup>8</sup> ULLMANN, Walter, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, trad. al español de Gabriela Soriano, Biblioteca de Política y Sociología, Revista de Occidente, Madrid, 1971, p. 239.

siglo XIII el estudio de Aristóteles fue prohibido formalmente y poco a poco se le toleró, hasta ser finalmente aceptado en la Universidad de París (1255), de donde pasó a la mayoría de las escuelas de artes liberales y a algunas otras universidades.

Cuando los árabes invadieron Siria, Caldea y Persia, tuvieron contacto con los últimos alejandrinos, así como con herejes nestorianos, asentados en esos lugares al verse expulsados de Bizancio por los emperadores Justiniano y Heraclio, respectivamente. Gracias a ellos, los musulimes pudieron entonces conocer la obra aristotélica, difundida para entonces por la escuela de Alejandría. Entre los primeros traductores de Aristóteles al árabe, el más celebrado de ellos fue Honein ben Is'Haj, el médico nestoriano, muerto el año 873. En el siguiente siglo, Alfarabi (950) y más tarde Avicena (980-1037), comentaron el *Organon* de Aristóteles y en sus obras *Al-Xija* y *Al-Nacha*, desarrollaron un cuerpo doctrinal filosófico a la manera de Aristóteles. Tanto la obra del Estagirita como las de sus expositores árabes, pronto llegaron a la España musulmana para ser estudiadas y difundidas por los pensadores islámicos de ese lugar, entre los cuales destacó en especial el cordobés Averroes (1126-1198), cuyos comentarios vertidos en árabe y traducidos al latín, permitieron comprender el aristotelismo integral o heterodoxo, rompiendo con siglos de pensamiento neoplatónico, lo cual le hizo ganar una gran influencia en los medios intelectuales europeos del siglo XIII.

Por sus doctrinas panteístas, mezcla de neoplatonismo y aristotelismo, su negación de la inmortalidad del alma y otros muchos errores, el pensamiento de Averroes resultó contrario no sólo a los principios doctrinales del Islam, sino también a los del cristianismo, por lo cual merecieron la condena de la Iglesia, aunque a pesar de la reprobación alcanzaron una gran difusión entre cristianos y judíos. Entre estos últimos, brillaron especialmente en España los talentos de Avicibrón (1020-1059), Yehudá Haleví (1070-1143) y Maimónides (1135-1204).

Las incompatibilidades del dogma católico con las doctrinas aristotélicas y de algunos otros filósofos de la antigüedad, como Platón y Pitágoras, fueron objeto de estudio y de adaptación por diversos autores cristianos, entre ellos el más distinguido fue, sin duda, santo Tomás de Aquino, cuya concepción sobre el Estado se encuentra expuesta en la *Summa Theologica*, cuya primera parte fue escrita en Viterbo

entre 1266 y 1268; la segunda parte en París de 1269 a 1272; además, en sus comentarios a la *Ética de Nicómaco*, escrita en París en 1271; y en su comentario inconcluso a *La Política*, escrita probablemente en París de 1269 a 1272, así como en su tratado *De la Monarquía*.

Además de la obra aristotélica, de los comentarios y las sumas elaboradas sobre ella por los musulmanes, éstos llevaron a España toda clase de novedades científicas en diversas materias, como la astronomía, las matemáticas y la navegación, entre otras muchas. Por su parte, los judíos, establecidos de mucho tiempo atrás en la Península Ibérica, también hicieron aportaciones importantes a la cultura hispana en varias ciencias, como la medicina, las ciencias naturales y la filosofía. Los judíos también estuvieron dedicados al estudio de la Cábala o tradición oral, que es "residuo y mezcla no sólo de zoroastrismo y tradiciones talmúdicas, sino de gnosticismo y neoplatonismo",<sup>9</sup> con el fin de fijar el sentido de las palabras contenidas en los libros de la *Biblia* y descubrir su sentido práctico, la moral, lo místico y lo especulativo de ellas, valiéndose para su labor de anagramas, transposiciones y combinaciones de las letras y las palabras de las propias *Escrituras*.

Las enseñanzas de la Cábala se hallan contenidas en el *Zohar*, atribuido a Moisés León, obra compuesta en España en el siglo XII, en donde gozó de una amplia difusión y repercutió de manera importante en el estudio de las matemáticas, de los números, de la astrología, así como en las llamadas ciencias ocultas, condenadas por san Pablo en sus *Epístolas*, por pretender revelar lo indescifrable.

Los estudios cabalísticos no sólo interesaron a los judíos, fueron también objeto de atención por parte de algunos cristianos y entre ellos hubo quienes inclusive intentaron cristianizarla, como fue el caso del sabio catalán Raymundo Lulio (1232-1316), que "concibió la generosa idea de un arte basado en los principios comunes a las tres tradiciones religiosas (cristiana, judía y mahometana), que podía servir para unir las en el terreno filosófico, científico y místico que compartían".<sup>10</sup> Las ideas y obras de Lulio gozaron de gran in-

<sup>9</sup> MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino, *Historia de los heterodoxos españoles*, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos, México, 1983, t. I, p. 33.

<sup>10</sup> A. YATES, Frances, *La filosofía oculta en la época isabelina*, trad. Roberto Gómez Ciriza, Fondo de Cultura Económica, 2a. reimp. en español, México, 2001, p. 24.

fluencia, no sólo en España, sino en todo el continente europeo, en donde encontraron grandes expositores, como fueron Pico de la Mirandola y Marsilio Ficino (1443-1499).

## V. LA CIENCIA POLÍTICA

Durante la Edad Media se consideró como el más alto y principal de los saberes a la teología, llamada ciencia sagrada, pues no sólo abarcaba a todas las demás disciplinas, sino que además ejercía sobre ellas un control para su conservación dentro de la ortodoxia católica. El estudio de esa disciplina era largo y difícil. Para la obtención del doctorado se requerían quince años de estudios, que comprendían esencialmente dos ramas: el comentario y estudio de las *Sagradas Escrituras* y en segundo lugar el estudio del dogma cristiano, fundado en las doctrinas de los Padres de la Iglesia y en especial la filosofía, cuyo estudio, hasta el siglo XV se efectuaba en los Libros de las Sentencias de Pedro Lombardo (1100-1160), cuyo prestigio fue tan grande que Dante lo ubicó en el Paraíso.

En consecuencia, los problemas de carácter político planteados en la Edad Media, en especial los conflictos surgidos entre la potestad pontificia y la imperial, para definir a cuál de ellas correspondía la primacía, fueron materia de estudio por parte de los teólogos y junto con ellos por los juristas, cuyas soluciones fueron plasmadas en obras tanto de carácter doctrinal como legislativo.

A fines del siglo XI, Irnerio y sus discípulos, llamados glosadores debido a su método de trabajo sobre los textos justinianos, se pusieron al servicio de emperadores y reyes para la defensa de su potestad frente al Papa y en contrapartida, un monje de nombre Graciano formó su *Concordantia discordantium canonum* o simplemente *Decreto*, terminado en 1140, según los principios de sistematización de un derecho romano-justiniano, para recopilar las decisiones papales y otros documentos, dando con ello origen a los llamados decretistas, estudiosos del derecho canónico y en concreto de la obra de Graciano, que asumieron la defensa jurídica de la primacía pontifical.

En estas circunstancias no resulta extraño el que haya sido un clérigo el primer tratadista de la ciencia política, Juan de Salisbury, nacido en Inglaterra, entre 1115 y 1120. En 1136 se estableció en Francia para continuar con sus estudios eclesiásticos en París y en Chartres,

una vez terminados, pasó a la diócesis de Troyes, distinguiéndose por sus conocimientos y trabajos, lo que le valió una recomendación del reformador del cister y autor de la teoría de las Dos Espadas, san Bernardo de Claraval, para el arzobispo de Canterbury. A su regreso a Inglaterra, en 1148, Juan ingresó al servicio de Teobaldo, arzobispo de Canterbury, lo que le permitió realizar varios viajes a la Corte Romana, entre 1149 y 1159.

A la muerte del arzobispo Teobaldo en 1161, Juan continuó al servicio de santo Tomás Becket, sucesor de Teobaldo en la sede episcopal, a quien dedicó su tratado de ciencia política, primero en su especie, intitulado *Policraticus sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum* (*Policraticus o vanidades de cortesanos y vestigios de los filósofos*). Como consecuencia de los conflictos suscitados entre el Arzobispo y el rey Enrique II de Inglaterra, Juan se vio obligado a exiliarse en Francia entre 1163 y 1164, a donde huyó más tarde el propio Becket. Una vez reconciliado con el rey, el Arzobispo pudo regresar a Inglaterra junto con su fiel servidor, en donde Juan atestiguó el asesinato de Becket por los sicarios del rey en la catedral de Canterbury, el 29 de diciembre de 1170. De nuevo en Francia en 1176, a propuesta de Guillermo, obispo de Sens, hermano de Luis VII de Francia, Juan fue consagrado como obispo de Chartres, en donde permaneció hasta su muerte, el 25 de octubre de 1180. Juan de Salisbury, dice Xirau, es “de todos los pensadores de su tiempo, el que más clara influencia tiene en los años futuros. Por sus ideas sobre el Estado y la necesidad de un príncipe que sirva a los intereses del pueblo, anuncia las ideas políticas de santo Tomás; por su amor a las letras clásicas y a la filosofía de los griegos se aproxima al ideal renacentista de una vuelta al pasado helénico y de una revigorización de la fe en el hombre”.<sup>11</sup>

Salisbury, junto con otros autores como Giraud de Barri y Gautier Map, fueron los primeros a los que los reyes Plantagenet, en el siglo XII, recurrieron para defender su potestad laical. Más tarde, en Francia, bajo el reinado de san Luis, algunos juristas como Pierre de Fontaines y Jean de Blanot, fundamentados en el derecho romano defendieron la soberanía del rey como “emperador en su reino” y en España

<sup>11</sup> XIRAU, Ramón, *op. cit.*, p. 139.

correspondió a Alfonso X el valerse de estos y otros autores para la defensa de la soberanía y de las atribuciones reales.

El concepto de la iglesia como cuerpo místico de Cristo para explicarla como institución, como organismo político y legal, fue profusamente difundido en la Edad Media, especialmente a partir del siglo XII, aunque sus orígenes se encuentran en la parábola de la vid y los sarmientos del Evangelio de san Juan y en los escritos del apóstol san Pablo,<sup>12</sup> complementados con el llamado *Pseudo Dionisio*, obra atribuida a san Dionisio Aeropagita, discípulo de san Pablo, conocida en Europa a partir del siglo VI, cuya falsedad fue descubierta más tarde por Erasmo y Lorenzo Valla y su traducción al latín fue hecha en el siglo IX por Juan Escoto Erígena (810-877), el primer filósofo medieval y una de las principales vías de difusión del neoplatonismo en la época.

Según la doctrina corporativa de la Iglesia, considera a ésta como un cuerpo jerarquizado, encabezado por Cristo y por el Papa que es su cabeza visible, integrado por todos los fieles, pasados, presentes y futuros, reales y potenciales, según lo explica santo Tomás,<sup>13</sup> y que fue elevada a dogma en la Bula *Unam Sanctam* de Bonifacio VIII, en 1302:

En razón de la fe estamos obligados a creer en una santa Iglesia, Católica y también Apostólica..., sin la cual no hay ni salvación ni remisión de los pecados..., que representa un cuerpo místico cuya cabeza es Cristo, y la cabeza de Cristo es Dios.

El gran mérito de la iglesia, cuyos canonistas aventajaron a los civilistas, fue el poder construir el concepto de persona jurídica y percibir con extraordinaria nitidez su autonomía de los miembros que la conforman. “Éste es el camino por donde, en el derecho canónico clásico, y en especial en la gran reflexión de un canonista italiano Sinibaldo Fieschi (que será Papa con el nombre de Inocencio IV), se llegará a la creación de la persona ficta, de un sujeto artificial que

<sup>12</sup> I. Corintios, 12, 14 y ss.

<sup>13</sup> H. KANTOROWICZ, Ernst, *Los dos cuerpos del rey*, un estudio de teología política medieval, versión al español de Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 190.

existe solamente en la construcción del derecho pero que, en esta construcción dispone de una perfecta autonomía y de una existencia independiente".<sup>14</sup>

Las doctrinas relacionadas con el cuerpo místico fueron objeto de amplios comentarios y gozaron de una gran difusión por parte de los teólogos en la Edad Media. Por su prestigio y coherencia estas doctrinas pronto fueron secularizadas para explicar con ellas el orden político, entre otros muchos autores por Juan de Salisbury. En la *Glosa castellana al regimiento de príncipes* de Juan García de Castrogeriz, explica que la república o ciudad "puede ser dicho un cuerpo, así como dice el Apóstol hablando de la república eclesiástica a los XII capítulos Ad Romanos, do dice que todos los que somos en la iglesia somos un cuerpo que cada uno de nos es un miembro deste cuerpo. Eso mismo dice Ad Corintios, a los XII capítulos, que todos nos en un espíritu somos bapuzados e en un cuerpo".

#### VI. EL CORPUS SOCIAL

Los juristas, eruditos y teólogos de la Edad Media, empeñados en el desarrollo de nuevas ideas para beneficio de los príncipes seculares y la conformación de los incipientes estados territoriales, echaron mano de las doctrinas eclesiásticas, complementándolas principalmente con las de los sabios de la antigüedad griega, entre ellos Platón, cuya obra *La República*, era conocida en Europa sólo indirectamente hasta el siglo XV. En ella, el autor distingue tres clases de hombres, los de oro, que son los gobernantes, cuyas principales virtudes deben ser la sabiduría y el amor por la justicia, base y sostén de todo Estado; el segundo lugar lo ocupan los hombres de plata, los guardianes, quienes despojados de sus vínculos con la tierra y los apetitos, actúan en función del bien común; y por último, los artesanos y los campesinos, llamados hombres de bronce, son los motores de la producción, que por sus características nunca llegarán a ser gobernantes y los cuales, para ser eficientes en su cometido, deben contar con una familia y propiedades.

<sup>14</sup> GROSSI, Paolo, *op. cit.*, p. 218.

Como es sabido, en el mundo antiguo, el Santo Obispo de Hipona cristianizó las ideas platónicas y junto con las de san Isidoro de Sevilla fueron de gran influencia en el pensamiento y la sociedad europea del medioevo. Para ambos obispos, la sociedad y el derecho son concebidos como un aspecto del orden general establecido por Dios en la Creación. Cada cosa y cada hombre tienen un lugar específico dentro del orden natural, conforme al cual cada uno debe comportarse y respetar. La sociedad se concebía como una gran estructura piramidal, cuya cúspide ocupaban el Papa, en relación con el orden espiritual y el emperador con el temporal. La estructura se encontraba dividida en diversos estamentos, ordenados con un criterio funcional, con el cual quedaban justificadas las diferencias jurídicas y sociales de cada uno de sus integrantes, cuyas misiones en este mundo eran distintas, como lo debían ser también sus privilegios, honores y riquezas. El infante don Juan Manuel (1282-1349), sobrino del Rey Sabio, influido profundamente por las obras de su tío, escribió en *El Libro de los Estados*: "todos los estados del mundo... se encierran en tres: al uno llaman defensores, et al otro, oradores, et al otro labradores". En este párrafo la palabra estados corresponde al vocablo latino *status*, usado entre los romanos para hacer referencia al hecho de tener una misma situación jurídica, de pertenecer a un mismo grupo social. Estos estados o estamentos propios de la sociedad medieval eran el nobiliario, el eclesiástico y el llano, ligados entre sí por una complicada trama de vínculos personales como vasallos o señores.

Las concepciones del pensamiento aristotélico, cristianizadas después por el tomismo, no se impusieron en forma abrupta y tajante entre los europeos, sino que en forma paulatina fueron ganando terreno con el transcurso del tiempo, para imponerse en España a mediados del siglo XVI, con expositores tan importantes como Las Casas, Sepúlveda, Vitoria y sus alumnos de la escuela de Salamanca, cuyas doctrinas fueron de gran relevancia para la historia americana y para entender al hombre sin consideraciones de raza, cultura o religión.

Los grandes promotores e impulsores de las nuevas corrientes ideológicas fueron, por una parte, la realeza, en su preocupación por alcanzar o bien conservar y afirmar la *plenitudo potestatis* inherente a su cargo, mediante la recuperación de los privilegios que por diver-

sas razones se había visto precisada a compartir con los señores laicos y eclesiásticos a lo largo del periodo medieval. Por otra parte, a partir del siglo IX hizo su aparición una nueva y pujante clase social, que además de servir como apoyo al rey en su política antiseñorial, reclamó profundos cambios sociales y jurídicos para dar cabida a su actividad comercial y artesanal. Esta fue la burguesía, una nueva clase rica y pujante, libre de todo género de vínculos de carácter señorial y, además, distinta tanto de la clase menuda como de la nobleza.

La aparición de la burguesía y su creciente desarrollo, el incremento en las relaciones comerciales, los éxitos obtenidos en las campañas de reconquista, la consolidación de las fronteras de los reinos, la fijación del concepto lineal de éstas, el fortalecimiento del poder real y la tendencia a una centralización del mismo, fueron algunos de los factores que a partir del siglo XIII conformaron un largo proceso político sustentado tanto en el pensamiento aristotélico tomista, como en el derecho romano-justiniano, para finalmente desembocar en la aparición del Estado en Europa.

Aristóteles, más realista que Platón, considera que todos los hombres buscan la felicidad que es "*una actitud del alma en concordancia con la virtud perfecta*" y como condición para obtenerla es requisito para el hombre vivir en sociedad, pues es un animal social que vive en ella no sólo por un mero impulso de su instinto, como sucede con las abejas o las hormigas, sino de acuerdo con la razón. Para Aristóteles, el Estado es una comunidad cuyo fin, al igual que el de los individuos, debe ser el alcanzar la felicidad de sus integrantes: "*todo Estado es una comunidad de algún tipo y toda comunidad se establece con vistas a algún bien, porque los hombres siempre actúan para obtener aquello que consideran bueno*". El Estado, según Aristóteles, no surge por un acuerdo o pacto humano, sino de la ley natural, la cual también rige para el hombre, nacido también dentro de la naturaleza que lo determina a vivir en el Estado, fuera del cual resulta imposible la vida civilizada. La comunidad política es la primera y principal de las asociaciones humanas naturales y se encuentra orientada hacia el bien supremo. Los medios necesarios para alcanzar ese fin se encuentran en el derecho, cuya principal fuente la constituye el pueblo o multitud. El Estado aristotélico, como toda entidad natural, crece, se encuentra constituido orgánicamente y está sujeto a los principios de la evolución natural.

Este naturalismo aristotélico permeó en toda la sociedad y conforme avanzaba el siglo XIII, el número de las comunidades se incrementaba con asociaciones, guildas, colegios, ciudades, gremios, consejos, etcétera; por ello con justicia se le ha llamado el siglo de las corporaciones. De acuerdo con ese naturalismo, el Estado fue concebido como un *corpora*, un verdadero *corpus politicum et morale*, con todas las características del cuerpo humano, dotado de cabeza, órganos, miembros y espíritu, al igual que la Iglesia, pero a diferencia de ésta, su origen se encuentra en la naturaleza, en tanto que la Iglesia fue creada, tiene un origen sobrenatural, por haber sido establecida mediante un acto de voluntad de Cristo, motivo por el cual no se encuentra regida según las leyes de la naturaleza, sino por las de su fundador.

*El Rey Pacífico*, obra de autor anónimo del siglo XII, compara a la república cristiana con un cuerpo, en el que el Papa es la cabeza que dirige y el rey el corazón, de donde parte el vigor, por medio de las leyes a todo el cuerpo cristiano. Defiende la dependencia del Papa al poder real, porque las cosas espirituales necesitan de las temporales, más que éstas de aquéllas. En síntesis, el rey es un tutor de la Iglesia y puede utilizarla para sus fines sociales.

Con la metáfora orgánica, complementada con el contenido jurídico de la doctrina romanista de las *universitatis* o personas morales, se explicaba y describía la unidad en la diversidad, característica de todas las sociedades, al encontrarse compuestas por una pluralidad de miembros unidos en un solo cuerpo, de cuya orgánica unidad nace el orden, según la fórmula de san Raimundo de Peñafort: "*ius universitatis consistit in uno*". En la analogía orgánica, como en la doctrina platónica, cada persona ocupaba un lugar determinado en la sociedad y debía desempeñar diversas tareas de acuerdo con su situación en la vida, con la cual necesariamente debía conformarse.

Alfonso X, como hombre de su época, estuvo influido indudablemente por la filosofía aristotélica, como puede apreciarse en cualquiera de sus obras y de manera especial en las *Partidas*, entre cuyas fuentes extrajurídicas, destacan las obras del Estagirita, que con seguridad circulaban para entonces profusamente entre los sabios de las tres religiones, integrantes de su Escuela de Traductores de Toledo.

## VII. LA OBRA ALFONSÍ

En las primeras décadas del siglo XIII, también en Castilla, como en el resto de Europa, se vivieron grandes transformaciones, en buena medida debidas a la política seguida por Fernando III el Santo (1201-1252), quien a consecuencia de sus éxitos militares logró consolidar la integración de la Corona Castellana con la reconquista de los reinos moros de Sevilla y Córdoba; impuso al castellano como idioma oficial de su Corona e inició profundos cambios en la política legislativa, al traducir el *Liber Iudiciorum* al castellano, con el fin de darlo como fuero particular de los reinos recién conquistados y de algunas poblaciones hasta entonces carentes de ellos; emprendió también la redacción del *Setenario*, bajo la dirección de su hijo Alfonso el Sabio, cuyo objetivo era la formación de una recta conciencia jurídica, especialmente en los reyes y vino a constituir un avance para la formación de un futuro código destinado a normar la actuación del rey y de sus oficiales. Esta obra quedó inconclusa a causa de la muerte del rey, de ella se conservan sólo 108 capítulos y presenta una correlación con la primera Partida y su prólogo.

Alfonso nació en la ciudad del Tajo en 1220, hijo de Fernando III de Castilla y León y de su esposa Beatriz de Suabia, fue el décimo de este nombre en ceñir la corona leonesa y sus peculiares atributos le merecieron el epíteto de sabio, por dar fiel cumplimiento a la letra de las *Partidas*, cuando prescriben: "*Acucioso debe ser el rey en aprender los saberes*".<sup>15</sup> Aunque se ignoran los datos respecto de su formación y de sus maestros, es sabido que desde muy joven, por sus inquietudes, se hizo rodear de un círculo intelectual compuesto por filósofos y poetas de distintas nacionalidades.

Al fallecimiento de su padre en 1252, Alfonso, como primogénito, ascendió al trono castellano y aun cuando no obtuvo los triunfos militares ni los éxitos políticos de su padre, pues según la injusta frase del padre Juan de Mariana, "por estar mirando la esfera estrellada, no pudo mirar bien que sucedía en la tierra", puede considerarse como el más brillante y universal de los monarcas hispánicos medievales, al desarrollar una notable política cultural, auxiliado

<sup>15</sup> P. 2. 5. 16.

por los prestigiados sabios de la Escuela de Traductores de Toledo, cuya fama alcanzó a toda Europa, al Medio Oriente y al Magreb.

Los orígenes de la Escuela de Traductores pueden ubicarse en los tiempos de la coronación de Alfonso VI (1072-1109) como rey de León, quien, después de realizar el juramento expurgatorio de Santa Gadea de Burgos, emprendió la tarea de recuperar del dominio moro el territorio perdido, hasta recobrar Toledo, la antigua capital de la monarquía gótica, además de lograr el vasallaje de su primo Alfonso de Portugal, de incorporar el resto de la Rioja a Castilla y hacer sus vasallos al rey de Navarra, al conde de Barcelona y a Ramiro II de Aragón, para coronarse así como emperador de las dos religiones.

La imperial Toledo, ganada por Alfonso en 1085, presentaba entonces una heterogénea población compuesta por mozárabes, mudéjares y judíos, en donde ya de muy atrás se respiraba una gran cultura. Bajo el reinado de Alfonso VII (1126-1157), coronado en León como emperador de toda España (1135), el arzobispo de Toledo y gran canciller de Castilla, don Raimundo de Sauvetat (1130-1150), aglutinó bajo su patrocinio a sabios cristianos, moros, judíos y de toda Europa, para iniciar una ardua labor cultural que abarcó todas las ciencias y la traducción de algunas de las más importantes obras de la antigüedad griega y de sabios árabes y judíos, convirtiendo así a Toledo en el principal centro cultural de Europa.

Los trabajos de los traductores realizados por aquellos días, debieron ser bastante imperfectos, pues carecían de los medios indispensables para hacerlos, como era la falta de diccionarios, de tal forma que las traducciones casi siempre eran literales, por lo cual, con frecuencia cambiaban el sentido de las frases y además hacían difícil la lectura y comprensión de los textos. Con el fin de obviar estos problemas, muchos traductores se auxiliaban de personas de la misma cultura y religión de quien había escrito el texto a traducir y de esa manera, con su ayuda, podían interpretar de la mejor forma el escrito. Este fue uno de los grandes aciertos de la escuela toledana, al reunir sabios cristianos, judíos y mahometanos para lograr una mayor precisión en las traducciones.

Estudiosos provenientes de Francia, de Alemania, de Inglaterra, de Dalmacia y de toda Europa, llegaban a Toledo en busca del saber y la comunicación con los sabios españoles. A ella arribaron personalidades como el inglés Pedro de Chester, para traducir el *Álgebra*

de Al-Jwarizmi; Germán el Dálmata para aprender astronomía árabe; Platón de Tívoli, traductor de los *Cánones Astronómicos* de Albategui, y más tarde arribó el más importante de todos, Gerardo de Cremona, muerto en Toledo en 1187 y cuyos discípulos dan una lista de más de setenta obras traducidas por él, entre ellas los *Elementos* de Euclides, el *Almagesto* de Ptolomeo, el *Canon* de Avicena y muchas obras de Hipócrates y Galeno o atribuidas a ellos.

En el ámbito de la filosofía, bajo el mecenazgo de don Ramiro, destacaron en especial Domingo González o Gundisalvo, arcediano de Zamora y el converso Juan Avendaut, más conocido como Juan Hispano o Hispalense, ambos, según Menéndez Pelayo, heterodoxos inconscientes<sup>16</sup> y gracias a los cuales se conocieron en latín el aristotelismo neoplatónico de Ibn Al-Farabi y Avicena; la *Fuente de la Vida* de Avicibrón y el *Infierno* de Algacel. Domingo González tradujo 71 obras científicas de matemáticas, astronomía, ciencias naturales y medicina; además, trató de conciliar los principios del cristianismo con Aristóteles, el neoplatonismo y el pensamiento filosófico musulmán, su obra *De Inmortalitate Animae*, influyó en san Buenaventura y en san Alberto Magno, maestro de santo Tomás.

Mientras la antigua Toletum quedó convertida en el foco cultural más importante del occidente europeo, bajo la influencia de los cluniacenses y la piedad de los peregrinos jacobeos, en 1128 se terminó la obra más importante del románico español, la catedral compostelana.

La Escuela de Toledo llegó al cenit de su esplendor bajo el impulso de Alfonso y con los sabios encargados de vertir al romance las obras de Platón, Euclides, Ptolomeo, Galeno, Arquímedes y Aristóteles, así como los más variados tratados de medicina, alquimia, literatura, matemáticas, astrología y de otras muchas ciencias. Dice Antonio de Nebrija en el prólogo de su *Gramática*, primera de la lengua castellana, que este idioma:

començo a mostrar sus fuerças en tiempo del muy esclarecido e digno de toda eternidad el rey don Alfonso el Sabio, por cuyo mandado se escriuieron las siete partidas e la General istoria, e fueron trasladados muchos libros de latín e arábigo.

<sup>16</sup> MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino, *op. cit.*, p. 261.

En los talleres toledanos, bajo el patrocinio real, traductores, iluminadores, copistas, encuadernadores y redactores, escribieron, iluminaron y redactaron varios miles de páginas en romance, para contribuir a establecer las reglas del castellano como lengua literaria. De ellos salieron obras tan importantes para la cultura hispánica como la *Primera crónica general* y la *General storia*, los *Libros del saber de astronomía*, el *Libro de la octava esfera*, el *Lapidario*, el *Libro de los juegos*, las *Tablas alfonsíes*, las *Cántigas de Santa María*, el *Setenario* y las *Partidas*, y se tradujeron, entre otros, el *Libro de Alexandre* y el de *Calila e Dimna*.

En cuanto a su política legislativa, Alfonso X continuó con los lineamientos trazados por su padre, tendientes a la superación del localismo jurídico y a exaltar al rey como el único legislador del reino. En el desarrollo de esa política, el Rey Sabio elaboró un conjunto de pequeñas obras u opúsculos, como son las llamadas *Leyes Nuevas*, destinadas a resolver las dudas y contradicciones contenidas en el *Fuero Real*; las *Leyes de Estilo*, integradas por 252 decisiones judiciales, para interpretar las leyes reales y los usos judiciales de la corte; el *Ordenamiento de Tafurerías*, elaborado por el maestro Roldán para regular a las casas de juego; y las *Leyes de la Mesta*, relacionadas con la actividad pastoril. Al lado de estas pequeñas obras, Alfonso X realizó otras tres de gran envergadura: el *Fuero Real*, el *Espéculo* y las *Partidas*.

Llama la atención el hecho de que Alfonso X haya emprendido durante su reinado la tarea de elaborar tres obras legislativas de tan grande importancia, y la única explicación lógica puede ser el que cada una de ellas se hizo para cumplir con finalidades distintas. El motivo principal del *Fuero Real*, similar al seguido por san Fernando con el *Fuero Juzgo*, era lograr la superación del localismo jurídico castellano, mediante su reiterada concesión como fuero local a diversas poblaciones, además de ser la ley del tribunal del rey. El *Fuero Real* tuvo como fuentes principales al *Liber Iudiciorum* y a las *Decretales* de Gregorio IX.

La segunda de las obras alfonsinas, llamada oficialmente *Libro del Fuero*, para distinguirlo de los muchos fueros existentes entonces, es conocida hasta hoy como *Espéculo* (Espejo), en razón de las palabras contenidas en su prólogo:

E por ende, Nos el sobredicho rey don Alfonso, veyendo e entendiendo todos estos males e todos estos daños que se levantavan por todas estas razones que dicho havemos, feziemos estas leyes que son scriptas en este Libro, que es espejo del Derecho para que se judguen todos los de nuestros regnos e de nuestro señorío, el cual es lumbre a todos de saber e de entender las cosas que son pertenescentes en todos los fechos para conocer el pró e el daño e enmendarse de las menguas que dichas avemos e mas a los judgadores, por ó sepan dar los juizios derechamente e guardar a cada una de las partes que ante ellos venieren en su derecho, e sigan la ordenada manera en los pleitos que deben.<sup>17</sup>

La redacción de esta obra debió efectuarse alrededor del año 1256 y de ella han llegado hasta nosotros tan sólo cinco libros, lo cual hace suponer que su elaboración fue interrumpida y por tanto quedó inconclusa, probablemente, en razón de haber ideado el Rey una obra legislativa de mayor trascendencia, como fueron las *Partidas*. En cuanto a su título común, es de señalarse que la denominación de espejos fue muy usada en la época para obras cuyo objeto era presentar un panorama sintético y completo sobre una determinada materia o institución, con fines didácticos, recogiendo además en ellas comentarios de algunos autores prestigiados y peritos en la materia. Entre este género de obras llamadas espejos, encontraron gran difusión, el *Speculum Ecclesiae* de Honorio Augustodunensis, más conocido como Honorio de Autun; el *Speculum maius*, del dominico Vicente de Beauvais, dividido en tres partes: el *Speculum naturale*, el *doctrinale* y el *historiale*; el *Speculum Humanae Salvationis* y, en la materia jurídica, el *Espejo de Sajonia* y el *Espejo de Suabia*, cuya pretensión, según explica Planitz, era “ofrecer una visión de conjunto del panorama completo de la vida jurídica, de su tiempo y territorio”.<sup>18</sup> A estos ejemplos habrán de agregarse aquellos espejos destinados a los príncipes con el objeto de informarlos de sus deberes en la materia de gobierno y de otras cuestiones relacionadas con su desempeño, de los cuales, los más antiguos conocidos provienen del Imperio Carolingio y se popularizaron en los si-

<sup>17</sup> *Los códigos españoles concordados y anotados*, Antonio de San Martín, Editor, 2a. ed., Madrid, 1872.

<sup>18</sup> Cit. por José Manuel PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso de historia del derecho español*, Ed. Darro, Madrid, 1978, p. 569.

glos posteriores. Entre los primeros espejos destinados a los príncipes, se encuentran: la *Via Regia* de Smaragdus de San Mihiel, dedicada a Ludovico de Aquitania, en el año 805; *De institutione laicali*, de Jonás de Orleáns, escrito alrededor del año 828, para el conde Matfrido de Orleáns y más tarde, entre el 924 y el 960, el *Polipticum quod appellantur perpendiculum*, de Atto de Vercelli.

Lo anterior permite suponer que el *Espéculo* alfonsino, puede ser relacionado con los espejos alemanes, seguramente conocidos por el rey, debido a sus relaciones con la casa de Suabia. Como ellos, el *Espéculo* debió tener un objetivo de carácter didascálico, similar también al del *Setenario*. García Gallo, sostiene la identidad del *Espéculo* con una primera redacción de las *Partidas*,<sup>19</sup> lo cual quizá explique la alusión en su prólogo al espejo:

E por ca, pues que lo entendiere, guardará a si e a los otros de daño. E por esta razón feziemos señaladamente este libro: porque siempre los reyes del nuestro señorío se caten en él ansí como en *espejo*, e vean las cosas que an en si de enmendar, e las enmienden; e segund aquesto, que fagan en los suyos.

### VIII. LAS PARTIDAS

Sin lugar a duda, las *Siete Partidas* es la obra más famosa en la historia de los derechos hispánicos, escrita, dice Martínez Marina, “con majestad y elegancia, con lenguaje puro y castizo” cuya vigencia se mantuvo en la América Hispana desde su descubrimiento y conquista hasta la aparición de los nuevos códigos a lo largo del siglo XIX y en España, “en algunas cuestiones (por ejemplo, sucesión de títulos nobiliarios y acción de justicia) sigue estando vigente, debiendo alegarse ante los Tribunales según el texto de la edición de Gregorio López, a tenor de una sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1860”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, “El libro de las leyes de Alfonso el sabio. Del espéculo a las partidas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22 (1951-1952), pp. 402-403.

<sup>20</sup> PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, José Manuel, *Curso de historia del derecho español*, Ed. Darro, Madrid, 1978, p. 581.

Hasta la fecha, existen muchas incógnitas en torno a esta importante obra y los investigadores no han llegado a un acuerdo unánime y han expresado todo género de hipótesis, aunque sin solución definitiva.

La primera de esas incógnitas es la relativa a su autoría, la cual tradicionalmente ha sido atribuida a juristas de la corte de Alfonso X, como fueron el maestro Roldán, el maestro Jacobo, apodado "El de las Leyes", autor de *Las Flores del derecho* y el *Doctrinal de los pleitos* y a Fernando Martínez, arcediano de la catedral de Zamora y autor de la *Margarita de los pleitos*. En cuanto a la fecha de su elaboración, es comúnmente aceptado el que su inicio fue hacia el año de 1256, para terminarse entre 1263 y 1265.

Después de haber efectuado el análisis de diversos códigos de la primera Partida, en 1951 Alfonso García Gallo dio una novedosa versión sobre el origen de las *Partidas*, que si bien no hizo cambiar la opinión tradicional al respecto, por lo menos fue causa de grandes polémicas. Para el distinguido maestro de la Universidad Complutense, las *Partidas* fueron producto de un larguísimo proceso de elaboración, iniciado con posterioridad a la muerte del Rey Sabio por juristas anónimos de finales del siglo XIII y principios del XIV, basándose en el *Espéculo* de Alfonso X. García Gallo fundó su hipótesis en que entre las fuentes utilizadas para la redacción de la cuarta y la quinta Partidas, se encuentra la *Summa Iuris* de Monaldo, elaborada entre 1254 y 1274, motivo por el cual no pudo ser conocida en España sino hasta finales del siglo XIII, y asimismo, por encontrarse en la segunda Partida coincidencias con el *De regimine Principum*, escrito por santo Tomás de Aquino hacia 1265 y continuado por uno de sus discípulos, por lo cual tampoco pudo haber sido conocido por Alfonso X. Por su parte, Arias Bonet encuentra una imprecisión en torno a las fechas de elaboración de la obra de Monaldo y además señaló que las coincidencias entre esta obra y la de Alfonso X no suponen forzosamente la utilización de la obra de Monaldo, pues pudiera darse la coincidencia de que ambas tuvieran fuentes comunes. En cuanto a la obra del Doctor Angélico, Arias Bonet demostró que no fue utilizada por los autores de las Partidas, sino que recurrieron a otra, atribuida por error a santo Tomás, llamada *De eruditione principum*.

Otra incógnita de las *Partidas* aún no resuelta en definitiva, se relaciona con los fines perseguidos por el Rey, al haber llevado a cabo tres obras de tan gran envergadura durante el tiempo de su mandato. Tradicionalmente, el *Fuero Real* estuvo destinado para servir como fuero particular a aquellas poblaciones carentes de él; en tanto, el *Espéculo* fue un proyecto abandonado para elaborar una obra de mayor perfección, como las *Partidas* y éstas fueron concebidas para servir como ley general a Castilla, para superar, entre otras cosas, el localismo jurídico entonces existente, aunque su vigencia se vio suspendida a causa de los levantamientos de los consejos, afectados en su autonomía, junto con la nobleza, cuyos privilegios se veían vulnerados, al imponérseles una obra cuyas fuentes eran ajenas a la tradición multiseccular castellana.

Para otros autores, como Galo Sánchez y Bartolomé Clavero, las *Partidas* tuvieron una finalidad didáctica, "para que sirva de enseñanza y norma a los reyes"<sup>21</sup> y, por tanto, deben ser relacionadas con la labor cultural seguida por el Rey, al crear grandes obras de carácter histórico, literario, astronómico, etcétera, en cuyo caso, las *Partidas* serían una gran enciclopedia del saber jurídico de la época, en donde el Rey amalgamó no sólo textos jurídicos tomados de la obra justiniana, de los fueros de Castilla y del derecho canónico, sino también textos de las *Sagradas Escrituras*, de los Santos Padres de la Iglesia, filósofos de la antigüedad y de su época, entre otros muchos. Sin embargo, esta interpretación tampoco parece aceptable, por resultar ilógico que el Rey hubiera emprendido una obra tan ambiciosa con fines meramente educativos, sin intención alguna de convertirla en ley.

Otra sugestiva hipótesis es la sustentada por Rafael Gibert, entre otros autores, en el sentido de que la confección de las *Partidas* debe relacionarse con el llamado "fecho del imperio", uno de los aspectos políticos de Alfonso X, sobre el que más cantidad de tinta se ha gastado, pues es bien sabido que a la muerte del emperador Federico II en 1250, el Rey Sabio, como hijo de doña Beatriz de Suabia, pudo aspirar a la corona imperial y para este fin contó con el apoyo del partido gibelino y el económico del erario de Castilla, pero al efec-

<sup>21</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, 5a. ed. revisada, Madrid, 1973, t. I, p. 398.

tuarse la elección, resultaron de ella dos emperadores, Alfonso y Ricardo de Cornualles, hermano del soberano inglés y a causa de la oposición del papa Gregorio X, debido a su aversión por la casa de Suabia, finalmente Alfonso se vio precisado a desistir de sus proyectos imperiales. En apoyo de su tesis, añade Gibert el hecho de que en las *Partidas* no se encuentra "ninguna referencia a Castilla ni a España, sino la del encargo que recibiera de Fernando III, de hacer esta obra y, por último, el haber consignado la fecha de la misma por todas las cronologías, incluso de la Égira por la parte considerable que los musulmanes tenían en su reino (proyecto de estudio árabe y latino en Sevilla), todo nos habla de un proyecto legislativo universal, ligado al imperio".<sup>22</sup>

La hipótesis de Gibert fue criticada por García Gallo, quien con razón señaló que una obra destinada al Imperio necesariamente debió haber sido redactada en latín, el idioma universal de la cultura y no en castellano. Además, Montanos y Sánchez Arcilla hacen notar la existencia en la obra de referencias a instituciones castellanas de administración territorial, como es el caso de los adelantados y de los merinos, lo cual indica la intención del Rey de destinarla a Castilla. Sin embargo, no se deben perder de vista los proyectos imperiales de Fernando III, abrigados también por Alfonso X, para convertirse en emperador de España, no como trasunto de la vieja idea imperial leonesa fundada en un ideal goticista, sino para afirmar la preeminencia castellana sobre los demás reinos hispánicos, a partir de un título imperial.

Una última incógnita planteada por el Código Alfonsí es la relacionada con la división de la obra en siete partes, lo cual motivó el olvido de su nombre oficial de *Libro de las Leyes*, para llamarlo las *Siete Partidas*, denominación con la que ha ganado fama. En primer lugar, su división en siete partes da un indicio de la autoría de la obra, al encontrarnos con que las letras iniciales del proemio de cada una de las partes componentes forman en conjunto el nombre de Alfonso, como puede verse enseguida:

<sup>22</sup> GIBERT, Rafael, *Historia general del derecho español*, Granada, 1968, p. 49.

A servicio de Dios  
 La fe católica  
 Fizo nuestros Señor Dios  
 Onrras señaladas  
 Nascen entre los hombres  
 Sesudamente dijeron  
 Olvidanza et atrevimiento.

Con este juego y artificio propio del ingenio del Rey, a quien no podía aplicarse el aforismo popularizado por Juan de Salisbury: "un rey ignorante, es un asno coronado", no sólo pretendió consignar su nombre en la obra, sino también, con un sentido alegórico, expresar que ella abarcaba por completo y era el principio y el fin del saber jurídico y la normación de la sociedad, pues según lo indica en el prólogo del *Setenario*, su nombre, Alfonso, se encuentra compuesto por siete letras, iniciándose con la A (la alfa griega) y terminando con la O (la omega griega):

e por ende, nos D. Alfonso, fijo del muy noble aventurado rey D. Fernando... cuyo nombre quiso Dios por la sua mercet, que comenzase en A, et se feneciese en O, et que oviese siete letras, segunt lenguaje de España, á semejanza del su nombre.<sup>23</sup>

Alfonso X heredó de su padre una corona fuerte e incrementada por sus conquistas, sin embargo, la figura real aún continuaba siendo débil a la luz de la escasa legislación general vigente. Todavía se encontraba presente la imagen de un rey andariego, parte caudillo militar y parte juez, con escasas atribuciones para fijar la política y menos aun facultado para dar leyes generales para todo el reino. En semejantes circunstancias, el nuevo rey se dio a la tarea de llevar a efecto las reformas institucionales del reino, de acuerdo con las concepciones filosóficas, jurídicas y de ciencia política, difundidas en Europa a partir del siglo XII y para efectuarlas la herramienta idónea era la ley, cuyas virtudes "*son en siete maneras. La primera es creer. La segunda, ordenar las cosas. La tercera*

<sup>23</sup> *Los códigos españoles concordados y anotados*, Antonio de San Martín, editor, 2a. ed., Madrid, 1872.

ra, mandar. La cuarta, ayuntar. La quinta, galardonar. La sexta, vedar. La setena, escarmentar".<sup>24</sup>

Las reformas planteadas por el Rey en su obra legislativa buscaban ante todo llenar el vacío político propio de la alta Edad Media, en la que el rey debía de conformarse con ejercer y conservar su poder y al llenarse ese vacío apareció el Estado. Desde luego las reformas eran favorables para el ejercicio de la *plenitudo potestatis* y para los derechos de la realeza. En primer lugar, en el prólogo de la Segunda Partida recoge la doctrina de las dos espadas del santo Abad de Clerveaux, para colocarlas en las manos del rey, aduciendo que la clerecía, debido a su labor de carácter eminentemente espiritual, no puede blandir su espada para efectuar el castigo material de quienes delinquieran en contra de la fe o la religión y, por tanto, corresponde al poder temporal llevar a efecto las sanciones correspondientes:

porque las cosas que han de guardar la Fe, non son tan solamente de los enemigos manifiestos, que en ella non creen, más aun de los malos Christianos atrevidos, que la non obedescen, ni la quieren tener, nin guardar, e porque esto es cosa que se debe vedar, e escarmentar crudamente, lo que ellos (los prelados) non pueden fazer por ser el su poderio espiritual, que es todo lleno de piedad, e de merced: porende nuestro Señor Dios puso otro poder temporal en la tierra, con que esto se cumpliesse, assi como al justicia que quiso, que se fiziesse en la tierra por mano de los Emperadores, e de los Reyes. E estas son las dos espadas, porque se mantiene el mundo. La primera, espiritual. E la otra, temporal. La espiritual, taja los males ascondidos, e la temporal, los manifiestos.

Asimismo, en oposición a la tradición altomedieval, las *Partidas* consagran al rey como máximo legislador en su reino:

Emperador ó Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorío, é otro ninguno no ha de poder de las facer en lo temporal,<sup>25</sup>

cuya voluntad, siguiendo los principios romano-justinianos, estaba situada aun sobre la ley, a la cual podía derogar o modificar en cualquier momento; *quod principi placuit, legis habet vigorem*:

<sup>24</sup> P. I. I. 5.

<sup>25</sup> P. I. I. 12.

el poderío que el Emperador ha, es en dos maneras. La una, de derecho: e la otra, de fecho. E aquel que ha segun derecho, es este que puede fazer ley, e fuero nuevo, e mudar el antiguo, si entendiere que es pro comunal de su gente, e otrosi quando fuesse oscuro ha poder de lo esclarecer. E puede otrosi toller la costumbre usada, quando entendiere que era dañosa, e fazer nueva, que fuesse buena.<sup>26</sup>

En concordancia con los postulados de la decretal *Pervenerabilem*, de Inocencio III, las *Partidas* reconocieron al rey una potestad en su reino similar a la del emperador, sobre la cual no existía ninguna otra superior, al menos en el orden temporal:

Emperadores e Reyes son los más nobles omes, e personas en honrra, e en poder, que todas las otras para mantener, e guardar las tierras en justicia.<sup>27</sup>

Además, la potestad regia no encontraba sus orígenes en este mundo, sino en Dios, de quien el rey era su vicario: "*Vicarios de Dios son los reyes, cada uno en su reino*".<sup>28</sup> Es obvio que estos fundamentos de un absolutismo eran favorables al rey, pero también iban en detrimento de los privilegios concedidos a la nobleza, a las ciudades e inclusive de su propio hijo, Sancho IV, que se veía postergado de sus derechos al trono, de acuerdo con las leyes sucesorias alfonsíes, lo cual necesariamente provocó una reacción violenta de los afectados para impedir la realización de los designios reales, que culminó con la deposición del Rey, según sentencia del infante don Manuel, dada en Valladolid en abril de 1282.

El pensamiento político de Alfonso se halla contenido principalmente en la primera y segunda Partidas, de las cuales inclusive se piensa fueron redactadas por el propio Rey, dadas sus inclinaciones filosóficas. En ellas es perceptible, en primer lugar, una clara influencia de las obras de Aristóteles, de las cuales *La Política* era ya conocida en occidente desde la segunda década del siglo XIII, así como de la *Ética a Nicómaco*, de la *Física* y de algunas otras más, cuyo conocimiento en ese entonces no se tenía a través de los textos originales, sino por medio de las versiones árabes y judías, ampliamente difundidas en Europa. También destacan en estas dos

<sup>26</sup> P. II. I. 2.

<sup>27</sup> P. II. I. I.

<sup>28</sup> P. II. I. 5.

Partidas las influencias de Platón, de los antiguos fisiólogos griegos, del *Policraticus* de Juan de Salsbury, de las doctrinas de san Agustín y de Boecio, entre otros autores.

### IX. EL SIETE

Hay quienes explican la división del código alfonsino en siete partes, ya sea atribuyéndole "un oscuro simbolismo", un contenido cabalístico y mágico, o como Sempere, que lo achaca a la aspiración de Alfonso por asimilarse con Justiniano, "y aun parece que tomó de él su afición al número siete, en que dividió su nuevo código".<sup>29</sup> A nuestro modo de ver, la división en siete partes y su consecuente adopción para denominar al Código Alfonsí, debe relacionarse no sólo con el lenguaje simbólico y alegórico tan común en la época, sino también con las nuevas corrientes filosóficas y la ciencia política, adoptadas por Alfonso, en las cuales encontró los fundamentos necesarios para llevar a cabo la transformación de las estructuras del reino y de la sociedad.

En la aritmología, ciencia que estudia a los números, por sus significados y misteriosas propiedades, el siete ocupó un lugar preponderante, pues según señala Sebastián de Covarrubias, "de este número septenario se sacan grandes misterios y ay libros particulares escritos de solo este tema".<sup>30</sup> En estas circunstancias, no resulta extraño el que haya llamado la atención lo mismo de teólogos que de alquimistas, de astrólogos y de filósofos y que haya obsesionado a Alfonso, al igual que al propio Justiniano:

á cuyos libros pusimos el nombre de Digesto ó Pandectas, porque contienen en sí todas las discusiones y decisiones legales, y lo que de todas partes fué recogido lo recibieron en sus páginas, comprendiendo toda la obra en casi ciento cincuenta mil párrafos, y á estos los dividimos en siete partes, no inadvertidamente sin razón, sino atendiendo á la naturaleza y combinación de los números, y haciendo una división de partes conforme con ellas.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> SEMPERE, Juan, *Historia del derecho español*, 2a. ed., Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1844, t. I, p. 274.

<sup>30</sup> DE COVARRUBIAS, Sebastián, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Ediciones Helios, México, 1984.

<sup>31</sup> Leg. II. Cod. *De veteri jure enucieando*.

Como coincidencia, Raymundo Lulio, contemporáneo del Rey, en 1247 escribió su *Libro de caballería*, también dividido en siete partes, por significar los siete planetas que son cuerpos celestes y gobiernan y ordenan a los cuerpos terrestres.

Por ser el siete el producto de la suma del tres y el cuatro, conjunta al espíritu y a la materia, pues el primero de ellos es representativo de la Trinidad, en tanto el segundo alude a los elementos de la naturaleza. Por tanto, se considera al siete como un número privilegiado, al tener un inmenso y especial simbolismo, en cuestiones de orden religioso, histórico, geográfico, artístico, etcétera. Como ejemplos de su amplio contenido simbólico, encontramos que siete son los brazos del candelabro, propio del pueblo judío; siete los dones del Espíritu Santo, los dolores y los gozos de María, las virtudes, los sacramentos, los pecados capitales, las maravillas del mundo, las notas musicales, las artes liberales, los días de la semana, etcétera y representa además lo infinito, pues cuando los apóstoles preguntaron a Cristo cuántas veces podían ser perdonados los pecados, les contestó que "setenta veces siete". Por todo esto, el rey Alfonso, como hombre de saber, conocedor de la astrología, del derecho, de la historia y de la filosofía, escribió en el prólogo del *Setenario*:

E en este mismo cuento fallaron los sabios antiguos las siete estrellas mas nombradas que se llaman Planetas: que son Saturno, Júpiter, Mars, Sol, Venus, Mercurio, Luna; de que tomaron cuento de los siete Cielos en que estauan, e pusieronles nombres, e ordenaron e ordenaron por ellas los siete dias de la semana. Otrosi los Sabios departieron por este cuento las siete partes de toda la tierra; a que llaman Climas. Otrosi por este mismo cuento departieron los metales; e algunos y ouo que por esto cuento los saberes, a que llaman las siete Artes; e eso mismo fazieron de la edad del hombre. E avn por este mismo cuento mostro Dios a los que eran sus amigos, muchas de sus prioridades por fecho e por semejanza, assi como a Noe, que mando fazer el Arca en que se saluasse el Diluio, en que mando que todas las cosas que fuesen limpias e buenas, metiesse en ella siete. E otrosi Jacob que fue Patriarca, siruio a su suegro siete años, porque le diesse por mujer a su fija Rachel; e porque le dio a Lya, siruiole otros siete años por ella misma, y esto fue por gran significanza; y Joseph su fijo que fue poderoso sobre toda la tierra de Egypto, por el sueño que solto al Rey Faraón de los siete años de mengua, e de los siete de abondo, según el sueño que el Rey soñara de las sietes espigas, e de las siete vacas, e esto fue otrosi fecho por muy gran significanza. E

otrosi Moysen quando le mando facer el Tabernáculo, en que ficiesen oracion los fijos de Israel, entre todas las otras cosas mandole señaladamente, que pusiessen en el dentro un candelero de oro, fecho en manera de arbol, en que ouiesse siete ramos que fue fecho por gran significanza. E Daudid otrosi, que fue Rey, cuyo linaje vino nuestro Señor Jesu Christo, fizo por Espiritu Santo el Salterio, que es vna de las mayores escripturas que ay en la Santa Iglesia. E otrosi, mostro en el siete cosas, assi como prophecia, e oracion, e loor, e bendicion, e arrepentimiento, e consejo, e penitencia. E después de todo esto, quando nuestro Seños quiso fazer tan gran merced al mundo, que vino a tomar carne de la Virgen Santa Maria por nos aduzir a saluacion, e porque lo pudiésemos ver visiblemente, e conoscer, que era Dios y hombre, por este cuento mismo (segund dixo el Profeta) ouo Santa Maria siete gozos muy grandes con su fijo Jesu Christo, segund canta la Santa Iglesia. E por este mismo cuento nos dio nuestro Señor Jesu Christo siete Sacramentos, porque nos pudiésemos saluar. E otrosi, por este cuento nos mostro la oracion del Pater noster, en que hay siete peticiones, con que le deemos pedir merced. E otrosi, Sant Juan Evangelista (que pariente e amigo de nuestro Señor Jesu Christo) fizo vn libro que llama Apocalysis, de muy grandes paridades que el le mostro, y las mayores cosas que en el escriuio, son todas partidas por este cuento de siete. Onde por todas estas razones, muestran mucho bienes que por este cuento sin partidos, partimos este libro en siete partes.

Seguramente, todas estas bondades y su contenido alegórico influyeron en el rey Alfonso para dividir su obra en siete partes, pues además, según lo asienta Azzo en su *Glosa*, es el símbolo de la perfección y según los pitagóricos de la sabiduría, por ser representativo de Atenea. Entre los múltiples significados atribuidos al siete, llama especialmente la atención el que simbolice al hombre, el ser más perfecto de la creación, único en el que se reúnen el espíritu (número tres) y la materia (número cuatro), sobre lo cual especula el Rey al inicio del prólogo de la primera Partida:

Septenario es cuento muy noble a que loaron mucho los Sabios antiguos; porque se fallan en el muchas cosas, e muy señaladas, que se departen por cuento de siete, assi como todas las criaturas que son departidas en siete maneras, ca segund dixo Aristoteles, e los otros sabios: O es esta criatura que no a cuerpo ninguno, mas espiritual, como Angel, ó alma: o es un cuerpo simple, que ni se engendra, ni se corrompe por natura, y es celestial, assi como los Cielos e las Estrellas; o es cuerpo simple, que se engendra, e se corrompe por natura, como los elementos; o es cuerpo compuesto de alma

de crescer, e de sentir, e de razonar, como el home; o a cuerpo compuesto de alma crescer, y de sentir, e no de razon, assi como las animalias, que no son hombres; o es cuerpo compuesto de alma de crescer, mas no de sentimiento, ni de razon, assi como los arboles, e todas otras plantas; o a cuerpo compuesto, mas no a alma ninguna, ni sentimiento, como las piedras, e las cosas minerales, que se crien en la tierra.

Según Juan Escoto Erígena, el enigmático filósofo solitario, consejero de Carlos el Calvo, cuyas ideas, aunque algunas no muy ortodoxas, gozaron de gran influencia en el medioevo, el hombre es un "microcosmos que contiene en sí la creación entera, el punto de unión entre lo que está por encima de él y lo que está debajo de él y esta posición intermedia es lo que constituye su dignidad".<sup>32</sup> Para Alfonso, la importancia del ser humano radica en encontrarse subordinado a Dios y por encima del resto del mundo visible. En el prólogo de su cuarta Partida, el Rey señala que el hombre fue distinguido por Dios entre las demás criaturas concediéndole tres honras señaladamente: primero, al hacerlo a su imagen y semejanza, con la inteligencia suficiente para poder conocer a su propio Creador, así como a todo lo creado; en segundo término le concedió para su servicio a todas las demás criaturas, a excepción de los ángeles y, por último, le dio a la mujer por compañera en la que hiciera linaje, con lo cual lo asoció en la obra de la Creación. Los dones otorgados al hombre por Dios imponen al rey la obligación de honrar a su pueblo y a los hombres que lo integran, de hecho, de palabra y en forma pública.<sup>33</sup>

El hombre, de acuerdo con los novedosos conceptos naturalistas, dejó de ser considerado como una más de las criaturas de Dios, en medio de una naturaleza misteriosa llena de símbolos, para ser considerado en adelante como el ser más perfecto de todo lo creado, con la capacidad suficiente para admirar la gran obra de Dios en la naturaleza, para comprender las leyes que la rigen e inclusive con la posibilidad de poderla modificar y cooperar así con el Creador en la compleción del mundo.

En segundo término, con este número simbólico del hombre, el Rey quiso patentizar que el *corpus* legislativo estaba destinado pre-

<sup>32</sup> YATES, Francis, *op. cit.*, p. 149.

<sup>33</sup> P. 2. 1. 3.

cisamente a regir al hombre de acuerdo con los principios Divinos y para posibilitarle el obtener una buena calidad de vida en este mundo:

Estas leyes son establecimientos, por que los homes sepan vivir bien, é ordenadamente, según el placer de Dios: é otrosi segund conviene a la buena vida á de este mundo, é á guardar la fe de nuestro Señor Jesu-Christo cumplidamente, así como ella es.<sup>34</sup>

Y además en el siete, la ley misma encuentra su representación, por atenderse en ella tanto el aspecto espiritual del hombre, como el corporal o material:

Como quier que las leyes sean unas quanto en derecho, en dos maneras se departen quanto en razón. La una es á pró de las almas, y la otra á pró de los cuerpos. La de las almas es quanto en creencia. La de los cuerpos es en quanto en buena vida.<sup>35</sup>

Un último simbolismo de la división de las *Partidas*, y de seguro el más interesante, es el relacionado con las ideas y el proyecto político de Alfonso en relación con la sociedad, a la cual concibe como un *corpus* o *universitas*, fundado en las doctrinas filosóficas de su época, con una técnica jurídica romanista.

La metáfora que atribuye a las sociedades políticas caracteres orgánicos y se vale del cuerpo humano para compararlo con determinados aspectos de la estructura social y su funcionamiento, fue utilizada de mucho tiempo atrás, tanto por los filósofos de la antigüedad, como por los teólogos de la cristiandad y vino a reaparecer en el siglo XII, utilizada por los pensadores de la nueva ciencia política para reformar el orden entonces vigente y con ello sentaron las bases del Estado moderno, sobre un orden corporativo, en el que los vínculos de los distintos estamentos dejaron de tener el carácter contractual, para fincarse en vínculos de sangre y cordiales. De acuerdo con esta metáfora, la idea de cuerpo se utiliza para representar fundamentalmente la idea de la unidad sobre la multiplicidad de las partes y que de esa unidad es de donde surge el orden encabezado por el rey.

<sup>34</sup> P. I. I. 1.

<sup>35</sup> P. I. I. 3.

Sin embargo, esta analogía orgánica, propia del pensamiento medieval, en realidad no era una estricta comparación entre el cuerpo del hombre y la sociedad, pues tanto teólogos como juristas distinguieron entre el cuerpo humano visible y tangible, al cual llamaron *corpus verum* y el inmaterial e intangible, existente por una ficción jurídica, al cual denominaron *corpus fictum*. La analogía fue más bien un recurso alegórico, como tantos otros usados en el medioevo, de carácter filosófico, político y retórico, para resaltar las relaciones existentes entre los múltiples miembros de una sola unidad, en la cual cada uno de sus integrantes desempeñaba una función determinada y distinta, y tenía como fin exaltar la figura y el poder del rey, en esa unidad:

E los Santos dixeron, que el Rey es puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia, e dar a cada uno su derecho. E porende lo llamaron corazon, e alma del pueblo. Ca assi como yaze el alma en el corazon del ome, e por ella biue el cuerpo, ese mantiene, assi en el Rey yaze la justicia, que es vida e mantenimiento del pueblo de su Señorío. E bien otrosi como el corazon es uno, e por ere reciben todos los otros miembros unidad para ser un cuerpo, bien assi todos los del Reyno, maguer sean muchos, por que el Rey es, e debe ser uno, por esso deben otrosi ser unos con el, para servirle, e ayudarle en las cosas que el a de fazer.<sup>36</sup>

En todo ser humano se encuentra un alma, indispensable y distintiva de la naturaleza humana, pues de no tenerla sería tan sólo animal; una cabeza, rectora de todas las funciones corpóreas; y un corazón, necesario para la vida. De igual forma, el *corpus* social cuenta con estos tres elementos vitales, depositados en la persona del rey, alma, cabeza y corazón de la comunidad:

La una, a la cabeça del ome, onde nascen los sentidos. La otra, al coraçon, do es el anima de la vida. Ca assi como por los sentidos de la cabeça semandan todos los miembros del cuerpo, otrosi todos los del Reyno se mandan e se guian por el seso del Rey: e por esso es llamado Cabeça del Pueblo. Otrosi, como el coraçon esta en medio del cuerpo, para dar vida igualmente a todos los miembros de el, assi puso Dios al Rey en medio del Pueblo, para dar igualdad, e justicia a todos comunalmente, porque pue-

<sup>36</sup> P. 2. I. 5.

dan bivar en paz: e por esta razon le pusieron este nome los antiguos, anima e coraçon del Pueblo.<sup>37</sup>

En la metáfora orgánica cada uno de los miembros del *corpus* ocupa un lugar determinado con el cual necesariamente debe conformarse, en virtud de estar acorde con las leyes impuestas por la naturaleza. El Rey Sabio recoge estos principios y los plasma en su obra, y recurre al naturalismo aristotélico para comparar al reino con una huerta, en la que el pueblo son los árboles,

E el Rey es Señor della; e los Oficiales del Rey (que han de juzgar, e an de ser ayudadores a complir la justicia) son como labradores: los Ricos omes, e los Caballeros son como asoldados para guardarla; e las Leyes e los Fueros, e los Derechos son como valladar, que la cerca; e los jueces e justicias como paredes, e setos, porque se amporen, que no entre ninguno a fazer daño.

De esta forma también quedaban justificadas tanto las desigualdades sociales, como los privilegios y las distinciones otorgadas a los hombres, ya fuera en razón de su nacimiento, por sus méritos o de acuerdo con las actividades desempeñadas por cada uno de ellos. Desde un punto de vista político, la justificación de las desigualdades sociales desembocó en el desarrollo de los distintos estamentos o estados, clero, nobleza y estado llano, contemplados por Platón como oradores, velatores y labradores, distinciones utilizadas también en la obra alfonsina, para atribuir a cada uno de ellos un lugar y una función específica dentro del cuerpo social.

A los oradores, regulados en la primera Partida, correspondía en la metáfora corporativa la misión de orar a Dios por su pueblo y encargarse de todas las cuestiones eclesiásticas; los velatores eran los soldados, encargados de la guarda y defensa del cuerpo, "*uno de los tres estados porque Dios quiso que se manteniessen el mundo*",<sup>38</sup> y los labradores, "*los que labran la tierra, e fazen en ella aquellas cosas, porque los omes han de bivar e de mantenerse*".<sup>39</sup>

Este esquema trifuncional, propio de las sociedades indoeuropeas, tomó carta de naturaleza en Europa desde los inicios del siglo XI,

<sup>37</sup> P. 2. 13. 26.

<sup>38</sup> P. 2. 21, prólogo.

<sup>39</sup> *Ibid.*

gracias a los obispos franceses Adalberón de Laon y Gerardo de Cambrai, que convirtieron la organización social con que soñaban en una idea transmisible entre las distintas generaciones. Aunque ya advertía Adalberón de Laon la posibilidad de la existencia de personas que no se acomodaran en ese esquema, como podía suceder con campesinos o mercaderes enriquecidos, con aspiraciones de convertirse en caballeros. Por eso algunos autores y el propio Alfonso en su obra, a veces recurren a términos más laxos, como pueden ser *maximi* y *minimi*; *potentes* y *pauperes* o *nobiles* e *ignobiles*, todos ellos con un sentido organicista, en armonía de relaciones, cada uno en su lugar específico y todos cumpliendo con la voluntad de Dios.

La justicia, la principal de las virtudes por abarcar a todas las demás, según el pensamiento de los antiguos griegos adoptado por Alfonso, estribaba no sólo en reconocer la existencia de tales diferencias, sino además, en coordinarlas dentro de un todo armónico por naturaleza. "*E honrrarlos deve (el Rey) en tres maneras. La primera poniendo a cada uno en su lugar, qual le conviene por su linaje, o por su bondad, o por su servicio...*"<sup>40</sup> La tiranía, los conflictos y las rebeliones, eran consideradas como manifestaciones de la avaricia, de la soberbia y de otros muchos pecados. Los miembros de la comunidad o *corpus* debían evitar las discrepancias para vivir en la amistad y en la armonía, consideradas virtudes políticas, cuya existencia debía darse en todas las repúblicas, "además, según las concepciones tomistas, la naturaleza social y política del hombre significaba que ser bueno o virtuoso equivale a estar orientado hacia el bien común".<sup>41</sup>

Los miembros integrantes del cuerpo social, según las teorías organicistas, se encontraban vinculados entre sí por la naturaleza (lugar de origen) y todas sus relaciones debían encontrarse fincadas sobre el amor recíproco, empezando por el rey mismo, quien debía:

Amparar bien a sus Reynos, e amar, e honrrar, e guardar sus Pueblos, a cada uno en su estado; e a los Prelados de Santa Egleſia, porque ellos son en tierra en lugar de los Apóstoles... e amar e honrrar e guardar debe aun a las

<sup>40</sup> P. 2. 10. 2.

<sup>41</sup> BLACK, Antony, *El pensamiento político en Europa 1250-1450*, trad. Fabián Chueca Crespo, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1996, p. 49.

iglesias manteniéndolas en su derecho... otrosi debe amar, e honrrar a los Ricos omes, porque son nobleza e honrra de sus Cortes, e de sus Reynos. E amar, e honrrar deben a los Caballeros, porque son guarda e acaparamiento de la tierra... e aun deben honrrar e amar a los Maestros de los grandes saberes: ca por ellos se fazen muchos de omes buenos... e aun deben amar e honrrar a los Cibdadanos, porque ellos son como tesoros, e rayz de los Reynos... e esso mismo deben fazer a los mercadores,... otrosi a los menestrales, e a los labradores... e otrosi todos estos sobre dichos e cada uno en su estado, debe honrrar, e amar al Rey, e al Reyno, e guardar, e acrescentar sus derechos, e servirse cada uno dellos en la manera que debe, como a su Señor Natural, que es cabeça, e vida, e mantenimiento dellos.<sup>42</sup>

En las concepciones alfonsinas la tierra ocupa un lugar esencial, pues de ella surgen los lazos vinculatorios entre los integrantes de una comunidad y cada uno de ellos con el rey, por eso el rey además de amar a su pueblo, se encuentra obligado a amar y honrar a su tierra: *"tenudo es el Rey, non tan solamente de amar e honrrar, e guardar a su Pueblo, assi como vize en el título ante deste, más aun a la tierra misma, de que es Señor"*.<sup>43</sup> Y esta misma obligación impuesta al rey, es válida para todos los demás miembros de la comunidad, cuyos deberes, entre otros, son el loar y servir a Dios, a sus padres, a su rey y a su tierra. Lo anterior revela un concepto novedoso, el sentimiento común de la pertenencia a un mismo grupo fundado en la naturaleza, en la tierra, que debe ser objeto de amor y honra, de trabajos y cuidados.<sup>44</sup> "Este sentimiento de amor —dice Maravall— se puede formular jurídicamente como deber, ya que la primera y principal relación de naturaleza que se tiene es aquella 'que los omes han con la tierra, por nascer en ella'".<sup>45</sup>

A diferencia de épocas anteriores, en las que los vínculos entre vasallos, reyes y señores se consideraban de origen contractual, por la supuesta existencia de un pacto entre ellos, ahora, en las concepciones alfonsinas, es en la naturaleza en donde encuentran su fuente

<sup>42</sup> P. 2. 10. 3.

<sup>43</sup> P. 2. 11. 1.

<sup>44</sup> P. 2. 20. 1 y ss.

<sup>45</sup> MARAVALL, José Antonio, *Estudios de historia del pensamiento español*, Serie Primera, Edad Media, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983, p. 130.

los lazos cordiales que deben darse y vinculan a todos los miembros de una comunidad. Natural es el señor cabeza del *corpus* social y naturales son los súbditos que lo integran. La cuarta Partida define el concepto de naturaleza como: *"uno de los grandes debdos que los omes pueden aver, unos con otros, es naturaleza. Ca bien como la naturaleza los ayunta por linaje, assi la naturaleza les faze ser como unos por luengo uso de leal amor"*; <sup>46</sup> por consiguiente, la naturaleza es un vínculo de amor originado por el nacimiento o una larga convivencia y agrega la ley: *"naturaleza tanto quiere decir como debdo que han los omes unos con otros por alguna derecha razon en se amar e en se querer bien... naturaleza es cosa que asemeja a la natura e que ayuda a ser e mantener todo lo que descende della"*.

Si el amor debía imperar entre los miembros de la comunidad, de éstos con su tierra y hacia su rey, el desamor constituía un desacato grave y podía hasta considerarse como uno de los peores delitos, según su gravedad. Igual principio valía para el rey, que al actuar con desamor se convertía en tirano. Alfonso X, siguiendo las doctrinas de Juan de Salsbury relacionadas con la tiranía, aunque no llega como este autor a afirmar: "matar al tirano no sólo está permitido, sino que es justo y razonable", en la Partida Segunda define y condena al tirano:

"Tyrano tanto quiere decir, como Señor, que es apoderado de algún Reyno o tierra, por fueça o por engaño, o por traición. E estos atales son de tal natura, que después que son bien apoderados en la tierra, aman mas de facer en su pro, maguer sea daño de la tierra, que la pro comunal de todos, porque siempre biven a mala sospecha de la perder. E porque ellos pudiessen complir su entendimiento mas desembargadamente, dixeron los sabios antiguos, que usaron ellos de su poder siempre contra los del pueblo, en tres maneras de artería. La primera es, que estos atales punan siempre que los de sus señorío sean necios, e medrosos... la segunda es, que los pueblos ayan desamor entre si, de guisa que non se fíen unos de otros... la tercera es, que punan de los fazer pobres..."<sup>47</sup> quien "usasse mal de su poderío... quel pueden decir las gentes Tyrano, e tornarse el señorío que era derecho, en torticero".<sup>48</sup>

<sup>46</sup> P. 4. 24. Proemio y 1.

<sup>47</sup> P. 2. 1. 10.

<sup>48</sup> *Ibid.*

De acuerdo con los postulados anteriores, las relaciones originadas en la naturaleza, imponen a todos los miembros del *corpus* tanto las más grandes obligaciones, como los más importantes derechos. Es el antecedente de los conceptos de nacionalidad y patria.

La idea corporativa del reino y la sociedad, articulada sistemáticamente por Alfonso X en las *Partidas*, transformaba por completo los conceptos básicos de la sociedad cristocéntrica heredada de siglos atrás, trastocaba los viejos conceptos de territorio, pueblo, comunidad, poder político, naturaleza, vasallos y súbditos. Todo ello explica el rechazo momentáneo y la postergación de su vigencia.

### X. CONCLUSIÓN

Alfonso X fue un hombre moderno, del que puede decirse inclusive, se adelantó a su tiempo. Tanto sus ideas como sus obras pueden calificarse de vanguardistas, pero a la vez, su lejanía con la realidad social hizo ver frustrada su labor, al no lograr dar vigencia a su obra cumbre, ni realizar la reforma social política pretendida, pero el tiempo le dio la razón. Las *Partidas* alcanzaron vigencia a través del *Ordenamiento de Alcalá*, promulgado en 1348 por Alfonso XI y las estructuras sociales terminaron modificadas de acuerdo con las ideas del corporativismo, para servir finalmente como cimiento del Estado moderno, bajo el reinado de Fernando e Isabel.

La importancia de las *Partidas* no estriba tan sólo en su depurada técnica jurídica, ni por ser las receptoras del *Ius commune* en Castilla, sino también por constituir un valioso testimonio de su época. Un periodo por demás interesante, de cambios en las ideas, de transformaciones sociales, de revolución en las instituciones, de tránsito de una concepción teocéntrica a otra antropocéntrica, por el descubrimiento de la naturaleza con todas sus consecuencias e implicaciones, "tales como los estudios empíricos, la investigación experimental y el diluvio de inventos técnicos que se inicia en esa época y prosigue hasta nuestros días".<sup>49</sup> Los santos continuaron siendo un ejemplo de vida para el cristiano, pero al descubrir que lo natural y lo mundano no era necesariamente pecaminoso, los caballeros y sus hazañas también se convirtieron en paradigma de vida y el hombre

<sup>49</sup> KAHLER, Erich, *op. cit.*, p. 209.

se fascinó con las narraciones de Chretien de Troyes (1113-1191). Las hazañas de Artús, Rolando, Percival, Lancelote, Ruy Díaz y más tarde Tirante Blanco, Amadís y Esplandián, se convirtieron para muchos, como Alonso Quijano, en ideal de vida. Alfonso X también dedicó para estos idealistas mundanos un libro de su segunda Partida.

A Alfonso le correspondió vivir esos cambios, no como un testigo mudo, sino como protagonista, en momentos cuando las ideas aún no alcanzaban una perfecta definición ante el embate de tantas novedades y conceptos que revolvían y a veces también turbaban a los espíritus europeos "con la luz venida del oriente". Era cuando la química se confundía con la alquimia, no se diferenciaba entre la astronomía y la astrología, el *Hermes Trismogisto* lo estudiaban los filósofos junto a Platón, se pretendía cristianizar la Cábala y descifrar lo indescifrable, como el misterio de la Trinidad, que tanto desveló sin resultados a san Agustín, al Erígena y a Raymundo Lulio. En esta revolución de las ideas, se hicieron indispensables los ingenios de hombres como santo Tomás de Aquino para ordenar la filosofía y como Alfonso X para ordenar el derecho.

El Rey, en su vocación cultural, recibió información por igual de los cristianos, de los moros y de los judíos y fue tanto su respeto hacia esas tres corrientes, que a su muerte ordenó se escribiera la lápida de su tumba en castellano, árabe y hebreo. Por influencia de la filosofía pitagórica y la cabalística, Alfonso concibió en siete partes su obra legislativa, no como una mera casualidad en su sistematización, ni por razones de carácter esotérico, sino para darle un significado especial de acuerdo con el simbolismo y el lenguaje alegórico propios de su tiempo. Con ello, quiso expresar la idea de la perfección de su obra, cuyo destino era regir a los hombres, integrantes de un cuerpo social, cuya alma, cabeza y corazón era el rey.

A pesar de las críticas del liberalismo y las fobias volterianas, la realidad es que las *Partidas*, como asegura Pemán, "es una obra enorme, llena de orden y armonía, como las grandes catedrales que por entonces se levantaban".

## LA IMPERIOSA NECESIDAD DE FORTALECER EL MARCO JURÍDICO TRIBUTARIO DE LOS ENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, HACIA EL CUMPLIMIENTO DE LA UNIVERSALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Juan Manuel JIMÉNEZ ILLESCAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos de la seguridad social en México.* III. *Los entes de la seguridad social, en su carácter de autoridad fiscal.* 1. *Autoridad fiscal.* 2. *Facultades de comprobación de la autoridad fiscal.* A. *Principios de las facultades de comprobación fiscal en el ámbito de la contribución.* B. *Principios de las facultades de comprobación fiscal en el ámbito de aplicación del procedimiento y acto administrativo.* 3. *Procedimiento tributario administrativo.* A. *Procedimiento de planeación fiscal.* B. *Procedimiento de determinación.* C. *Procedimiento de ejecución o requerimiento forzoso.* D. *Procedimiento de control y fiscalización.* E. *Procedimiento sancionatorio y de impugnación.* F. *La facultad de atracción en el IMSS.* IV. *La imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social.* 1. *Antecedentes y evolución de la Ley del Seguro Social.* 2. *Hacia el fortalecimiento del marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, en torno de la universalidad.* A. *Integración e interpretación de la legislación fiscal competencia del IMSS.* B. *Universalidad de la seguridad social.* C. *Consideraciones sobre el ejercicio de las atribuciones fiscales de los entes de la seguridad social, a través de un ente fiscal autónomo.* V. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordan de manera muy breve los antecedentes históricos de la seguridad social en México, cuyo inicio y evolución van de la mano del desarrollo del hombre y de la sociedad,

puesto que la encontramos, aunque de manera incipiente en su regulación, desde las épocas prehispánica, colonial y en el México independiente.

Sin embargo, es hasta la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en donde se introducen elementos fundamentales e innovadores a la seguridad social, que siguen siendo los pilares de dicha institución y el punto de partida para la creación de verdaderos organismos fiscales autónomos, encargados de proporcionar dicha seguridad social a más mexicanos, es decir, el surgimiento del IMSS y el INFONAVIT y de otros organismos como el ISSSTE y el ISSFAM.

También se analizan las facultades con que cuentan esos entes fiscales, las que se encuentran encaminadas al cumplimiento de su objeto: la seguridad social, sobre todo de las denominadas de comprobación, que les permiten, en el marco del derecho positivo mexicano, allegarse de los recursos financieros para satisfacer dicho objeto, por lo que se exponen los esquemas vigentes que norman la actuación de esas autoridades, destacando las reformas legales y de carácter administrativo que ha tenido su marco normativo fiscal.

Bajo este contexto, se hace referencia a los antecedentes y evolución de la Ley del Seguro Social desde la primera Ley de 1943, reconociendo al final, el gran avance que ha tenido la reforma de diciembre de 2001 a la vigente Ley promulgada en 1997, exponiendo más adelante, diversas consideraciones sobre la posibilidad de contar, dentro de nuestro derecho, con un ordenamiento jurídico integral de la seguridad social para los organismos fiscales autónomos, o bien, robustecer la legislación especial aplicable a dichos entes, bajo apartados especiales que colmen las lagunas legales, a efecto de que se lleve a cabo una interpretación e integración de la norma de forma más sencilla, en beneficio del gobernante y del gobernado, otorgándole a los procedimientos y actos administrativos que lleva a cabo la autoridad una mayor certeza y seguridad jurídica.

Finalmente, y en atención a los principios que debe cumplir la seguridad social, en el tercer capítulo de este trabajo, se muestra especial interés en el principio de universalidad, cuya tendencia se ha ido adoptando en las instituciones del Seguro Social en el mundo, y bajo la cual se otorga la protección social en la materia a todas las

personas de un Estado, sin distinción alguna, y en cualquier etapa y condición de su vida.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

México a lo largo de su historia prehispánica, colonial e independiente, ha contemplado diversas instituciones de seguridad social como los Montepíos de viudas y las casas de ayuda para indigentes y dispensa de los gremios (como los de artesanos, carpinteros, panaderos a quienes se les daban apoyos en especie y en numerario);<sup>1</sup> hasta ordenamientos de derecho positivo que regularon el pago de pensiones por riesgos de trabajo, incapacidad, invalidez y muerte para los funcionarios del gobierno federal, y para los trabajadores, regidos bajo un régimen contractual por prestación de servicios personales (con motivo de la revolución industrial se contemplan sólo riesgos de trabajo, incluso en el siglo XIX los códigos civiles de 1870 y 1884 reconocen los riesgos de trabajo para particulares).

Un gran avance en materia de seguridad social fue la Constitución de 1857, sin embargo, durante el régimen del general Porfirio Díaz se dio la explotación inmoderada de las riquezas de la naturaleza y del pueblo, sobre todo beneficiándose capitalistas extranjeros, aprovechando la bancarrota económica que existía al restaurarse la República en 1867. Los trabajadores del campo vivían bajo el sistema de peonaje en los ranchos y haciendas, asimismo, los obreros de las fábricas y minas, tenían salarios de miseria y jornadas agotadoras.

Tal y como lo afirma Narro Robles: "No hay duda de que la gran epopeya revolucionaria de 1910 y su producto social fundamental, la Constitución, permitieron delinear el proyecto económico y social del país. Al mismo tiempo sirvieron para consolidar y modernizar los logros de las luchas de la Independencia y la Reforma al definir con claridad los rumbos para el desarrollo social, para la transformación de las instituciones y para la evolución de la vida política y democrática de la nación. Fue nuestra Carta Magna la gestadora

<sup>1</sup> ORTIZ MURGUÍA, Ana María, *Procedimientos y recursos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social*, tesis profesional, UNAM, México, 1985, pp. 10, 11, 12 y 13.

y "paridora" de las instituciones de la República, entre ellas la seguridad social".

La Constitución de 1917 no sólo incluyó los derechos individuales consagrados por el documento fundamental que había regido por seis décadas en el país. También adicionó las garantías sociales destinadas a la protección de los distintos grupos sociales. Fue, y es hoy, una de las más avanzadas en el mundo.<sup>2</sup>

De esta forma, es hasta la Constitución de 1917, cuando se concibe un ordenamiento positivo detonador de los derechos fundamentales de seguridad social. En un principio el contenido del proyecto original del artículo 5o. recogía los mismos ideales de la Constitución de 1857, es decir, los derechos del hombre, ahora como garantías individuales, era poco innovador. Sin embargo, el dictamen presentado ante el Congreso Constituyente fue objetado y hubo diversos señalamientos tales como el emitido por el diputado de la corriente renovadora Alfonso Cravioto, quien señaló que así como Francia, después de la revolución ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales Derechos del Hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros.

Asimismo, el diputado Froylán Manjarrez manifestó que la iniciativa presentada respecto del artículo 5o. no resolvía los problemas del trabajo y solicitó se incluyera en la Constitución un capítulo expreso en la materia. En este sentido, se crea una Comisión Especial que desestima el dictamen formulado respecto del artículo 5o., participando en dicho cuerpo colegiado funcionarios de la Secretaría de Fomento y diversos diputados, presentando el 13 de enero de 1917 un proyecto de Título VI de la Constitución, mismo que fue aprobado el 23 de enero de ese año por unanimidad de 163 diputados.<sup>3</sup>

El referido Título Sexto fue denominado "Del Trabajo y de la Previsión Social" y cuyo artículo 123 ha sufrido múltiples reformas,

<sup>2</sup> NARRO ROBLES, José, *La seguridad social mexicana en los albores del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 59 y 60.

<sup>3</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, 22a. ed., Porrúa, México, 1999, pp. 812 y 813.

entre otras la del 21 de septiembre de 1960, en donde se crean los apartados A y B.

En el texto original del artículo 123 se consideraba de utilidad pública el establecimiento de cajas de seguros populares, invalidez, vida, cesación involuntaria del trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, con lo que los gobiernos federal y locales debían fomentar la organización de instituciones de esta índole para infundir e inculcar la previsión popular.

Entre otros ordenamientos jurídicos que precedieron al artículo 123 constitucional podemos mencionar: Ley de Accidentes de Trabajo del Estado de México del 30 de abril de 1904; Ley Sobre Accidentes de Trabajo del Estado de Nuevo León del 9 de abril de 1906; Ley del Trabajo del Estado de Coahuila del 4 de enero de 1913; Ley del Trabajo del Estado de Veracruz del 19 de octubre de 1914; y Ley del Trabajo del Estado de Yucatán del 11 de diciembre de 1915.

El 6 de septiembre de 1929 se reformó la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, estableciendo de utilidad pública la Ley del Seguro Social que comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicio de guarderías y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familias, asimismo, se suprime la facultad de las legislaturas locales para expedir leyes del trabajo, dejando esta tarea al Congreso de la Unión.

De esta forma podemos decir, que las anteriores líneas constituyen *grosso modo* los antecedentes históricos de la seguridad social en nuestro país.

### III. LOS ENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN SU CARÁCTER DE AUTORIDAD FISCAL

Como apreciaremos más adelante, los entes de la seguridad social para cumplir con su objeto: la seguridad social, deben allegarse, entre otros satisfactores, de los medios económicos necesarios para el logro de dicho objeto, es por eso que cuentan con una serie de mecanismos jurídicos que les permiten obtener, ya sea en forma voluntaria o forzosa, los recursos financieros para la consecución de tal fin. En este sentido, se tratará, de manera general, a la autoridad fiscal,

sus facultades de comprobación y las fases del procedimiento fiscal, entre otros.

Resulta de importancia mencionar que el artículo 123 constitucional es el punto de partida para la creación de organismos descentralizados, encargados de proporcionar la seguridad social en México de manera especializada y bajo un marco jurídico especial, en diferentes ámbitos (sector patronal-laboral, servidores públicos del Estado, integrantes de las fuerzas armadas mexicanas y de policía), prueba de ello son el IMSS y el INFONAVIT.

En un principio, algunos organismos se establecieron con el carácter de autoridades fiscales autónomas, reconocidas dentro del derecho positivo mexicano como verdaderas autoridades fiscales dentro de la estructura de la Hacienda Pública, reguladas bajo una ley especial y con atribuciones y competencia para ejercer facultades de comprobación fiscal del Estado mexicano, dentro de la administración activa del mismo.

En México, existen otras autoridades administrativas que, sin tener el carácter de fiscales, están encargadas de prestar servicios públicos de seguridad social, y de llevar a cabo la recaudación de aportaciones conocidas en la doctrina como exacciones parafiscales o parafiscalidades como el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

Esas autoridades en países europeos y americanos, empezaron a surgir después de la Primera Guerra Mundial, como entes parafiscales bajo la figura de organismos públicos descentralizados en cuyo favor se establecieron por el Estado las contribuciones especiales que recaudaban (llamadas exacciones parafiscales), mismas que tenían el carácter de obligatorias y que podían hacerse efectivas con procedimientos iguales o parecidos a los que el Estado usa para el cobro de los tributos.

En resumen, si bien los organismos parafiscales en México tuvieron su origen bajo la naturaleza de parafiscalidad, en atención a las necesidades de la sociedad mexicana frente a las privaciones y desequilibrios económicos y sociales que impone la vida contemporánea, y en cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 123, apartado A, fracciones XII y XXIX, el derecho positivo mexicano ha previsto para tales entidades, el carácter de organismos

fiscales autónomos por medio de sus leyes respectivas, frente a los requerimientos financieros de los mismos, como resultan los citados IMSS e INFONAVIT, los cuales deben ser considerados como verdaderas autoridades fiscales.

### 1. Autoridad fiscal

Las actividades que realiza el Estado buscan conseguir la realización de sus fines, justificando su existencia a través del ejercicio de las facultades conferidas en el marco jurídico correspondiente, a través de las funciones administrativa, legislativa y judicial.

El Estado, a través del ejercicio de sus facultades, incluyendo las de comprobación fiscal, busca salvaguardar los valores de la sociedad, los cuales se traducen en el bienestar colectivo, tanto en lo económico y en lo político, como en lo social.

Dichas facultades tienden a proteger valores como la justicia, la defensa nacional, el crédito público, la educación, la hacienda pública, la comunicación y la economía, al amparo de los factores reales de poder de carácter orgánico, dogmático y funcional reconocidos en la Constitución.

Una de las principales funciones, indispensable para el correcto y oportuno ejercicio de sus funciones públicas, la constituye la facultad hacendaria o financiera del Estado, bajo la cual debe llevar a cabo la planeación, administración y ejecución de los ingresos y las erogaciones del patrimonio público. Del correcto ejercicio de dicha facultad depende la existencia de la relación de interdependencia entre el gobernado y el Estado.

En este sentido, se entiende por autoridad fiscal, dentro del derecho positivo mexicano, la federación, el Distrito Federal, los estados y municipios, en términos del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente).

"Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

Las autoridades fiscales en México competentes para llevar a cabo las facultades de comprobación fiscal son:

- a) Nivel central: Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Servicio de Administración Tributaria); secretarías de Finanzas o equivalentes del Distrito Federal y de los estados y los municipios (ámbitos federal y local), respecto de contribuciones en general (impuestos, derechos y contribuciones de mejoras).
- b) Nivel descentralizado: los organismos fiscales autónomos dentro del régimen de la seguridad social y respecto de contribuciones especiales: aportaciones de seguridad social y vivienda.

## 2. Facultades de comprobación de la autoridad fiscal

El ejercicio de las facultades de comprobación fiscales federales, se realiza, dentro del ámbito del derecho administrativo, con sustento en el artículo 90 constitucional,<sup>5</sup> y los correlativos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ya sea de manera centralizada, a través de la autoridad fiscal federal, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y su órgano desconcentrado, Servicio de Administración Tributaria; o bien, descentralizadamente, por medio de organismos públicos fiscales autónomos, con personalidad y patrimonio propios, que pertenecen y colaboran en el ámbito de la administración pública del Poder Ejecutivo dentro del sector paraestatal: el IMSS y el INFONAVIT.

Las facultades fiscales de comprobación se desarrollan a través de las fases de planeación fiscal; determinación de la contribución; ejecución y pago; fiscalización o auditoría fiscal; y sancionatorias y de impugnación, dentro del procedimiento conocido como tributario administrativo o fiscal.

<sup>5</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente).

"Artículo 90. La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la federación que estarán a cargo de las secretarías de Estado y departamentos administrativos, y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las secretarías de Estado y departamentos administrativos".

### A. Principios de las facultades de comprobación fiscal en el ámbito de la contribución

La autoridad fiscal debe ceñirse en el ejercicio de sus facultades de comprobación (planeación, determinación, control, ejecución, fiscalización y de sanción) a los principios generales del derecho, reconocidos tanto por el derecho positivo como por el Poder Judicial del Estado mexicano.

Los principios generales del derecho reconocidos de manera general son la justicia, la equidad, la libertad personal, la propiedad privada, el derecho de audiencia, la seguridad jurídica y el principio de legalidad, los cuales se encuentran establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de las disposiciones previstas tanto en el capítulo dogmático, como en el capítulo orgánico, en donde se encuentran previstos los artículos 31, fracción IV y 123, apartados A y B constitucionales.

Existen otros principios que la doctrina fiscal ha concebido a propósito del establecimiento de las contribuciones y de sus accesorios, son principios teóricos a partir de los principios generales del derecho. Al respecto, Adam Smith formuló cuatro principios fundamentales de los impuestos:<sup>6</sup> el de justicia o proporcionalidad (el cual se desdobra en principios de generalidad y uniformidad), el de certidumbre o certeza, el de comodidad y el de economía.

Nuestra Constitución ha reconocido, tanto a los principios generales del derecho, como a los principios doctrinarios del impuesto en sus diversas disposiciones de carácter fundamental y son concebidos como preceptos constitucionales jerárquicamente superiores a las leyes y reglamentos de la federación y de los estados, de conformidad con el artículo 133 constitucional.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> ARRIJOJA VIZCAÍNO, Adolfo, *Derecho fiscal*, Ed. Themis, México 1984, p. 154.

<sup>7</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente).

"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión 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".

En primer lugar, es de señalarse al principio de constitucionalidad, que implica que las leyes, reglamentos y demás ordenamientos que constituyen el marco jurídico (incluyendo los fiscales) deben de estar subordinados a los preceptos plasmados en la Constitución, es más, en ningún momento deben de contradecirlos.

Asimismo, existe el principio de legalidad. Los artículos 16, primer párrafo, y 124 constitucionales, señalan lo siguiente:

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

"Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados".<sup>8</sup>

Por su parte, el artículo 31, fracción IV, de la Constitución señala:

"Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".<sup>9</sup>

De conformidad con la fracción IV del artículo 31 de nuestra Carta Magna, se reconocen principios complementarios como los de generalidad, obligatoriedad, de vinculación con el gasto público y de proporcionalidad y equidad, todos bajo el manto de los principios generales de justicia y equidad.

### *B. Principios de las facultades de comprobación fiscal en el ámbito de aplicación del procedimiento y acto administrativo*

Los actos administrativos y las resoluciones que dictan las autoridades fiscales se presumen de legales en términos de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Fiscal de la Federación. La justificación de dicho precepto se concibe en razón de que, los créditos fiscales que

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> *Ibidem.*

determina, notifica y cobra la autoridad fiscal se encuentran regidos por los principios antes analizados y que las funciones de comprobación que ejerce la propia autoridad, se realizan bajo los principios torales de legalidad; de fundamentación y motivación; de audiencia; de oficialidad; de cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento; de economía y gratuidad; de escriturad y de decoro y buen orden.

### **3. Procedimiento tributario administrativo**

La doctrina reconoce dentro del derecho fiscal al procedimiento tributario administrativo, como un instrumento para establecer, con sustento en preceptos jurídicos, los pasos para la creación de actos fiscales mediante el ejercicio de facultades de comprobación, ya sea de control, de administración, o exigibilidad de ejecución de la obligación fiscal, las cuales no dirimen específicamente una controversia, al contrario, se conceptúa como una serie de actos legales para obtener el pago de contribuciones.

En ese tenor, se han realizado diversas clasificaciones sobre las distintas fases del procedimiento fiscal, no obstante, de manera genérica se pueden dividir a las fases integrantes del procedimiento fiscal o la actividad administrativo fiscal como de planeación; estudio y evaluación; en las legales y reglamentarias; en las de determinación; las de ejecución y cobro forzoso; las de fiscalización; y la contenciosa administrativa, sancionatoria y de impugnación.

#### *A. Procedimiento de planeación fiscal*

La planeación fiscal se realiza a través de la generación de los diferentes cuerpos normativos que prevé la Constitución. La realización de tal fase implica el ejercicio primario de las facultades y atribuciones que tienen conferidas las autoridades administrativas y fiscales, y tiene como instrumentos las fuentes del derecho fiscal y financiero, entendiéndose como tales: la ley, el decreto-ley, el reglamento, la circular administrativa, la jurisprudencia, los tratados internacionales y los principios generales del derecho.

La fase de planeación tributaria se desarrolla a través de la actividad del poder legislativo desde su aspecto formal, previendo situa-

ciones jurídicas generales, abstractas e impersonales (aspecto material), plasmadas en la figura jurídica de la ley. Sin embargo, la planeación fiscal no se reduce solamente a la potestad legislativa, ya que debe contemplarse la potestad ejecutiva del Estado sobre el particular.

En nuestro régimen positivo de derecho la planeación de las atribuciones de la autoridad fiscal, encuentra su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar en su artículo 31, fracción IV, que es obligación de los mexicanos, contribuir para los gastos públicos, así de la federación, como del Distrito Federal o del estado o municipio en que residan, de manera proporcional y equitativa según lo dispuesto por las leyes.

Asimismo, las fracciones VII y XXIX del artículo 73 de nuestra Carta Magna, señalan dentro de las facultades del Congreso, las de establecer contribuciones necesarias para cubrir el gasto público, es decir, el presupuesto, y aquellas exclusivas de la federación en materia de comercio exterior, aprovechamiento y explotación de recursos naturales y servicios públicos concesionados o explotados directamente por ésta.

Por su parte, el Código Fiscal de la Federación, en sus artículos 5o., 6o., 35 y 39 establecen previsiones encaminadas al ejercicio de las facultades de planeación fiscal.

Tratándose de los entes de la seguridad social, en el caso del IMSS las facultades de planeación fiscal las encontramos en el artículo 251 de la Ley del Seguro Social, así como en su Reglamento de Organización Interna, en el cual se otorgan dichas facultades a diversas unidades administrativas del Instituto, en particular a la Dirección de Recaudación e Incorporación del Seguro Social, a la que se faculta para elaborar reglas generales de planeación en materia de afiliación, recaudación y fiscalización.

Asimismo, y por lo que hace al INFONAVIT, su Ley y Reglamento Interior en Materia de Facultades como Organismo Fiscal Autónomo, otorgan, tanto a sus órganos colegiados, como a sus autoridades de dirección, atribuciones en materia de planeación, unos autorizándolas y otros ejecutándolas.

#### *B. Procedimiento de determinación*

Con sustento en las leyes, reglamentos, circulares y demás disposiciones generales, abstractas e impersonales de carácter técnico ad-

ministrativo, resultantes de la fase de planeación fiscal, la autoridad ejerce sus facultades de comprobación previstas en la norma, para determinar de forma concreta la base gravable y el monto de la obligación fiscal, mediante operaciones de carácter aritmético en correlación con las propias normas que son aplicables.

Esta fase también se llama liquidatoria de la obligación fiscal, sin embargo, la determinación se constituye en dos etapas: la primera consiste en precisar la base gravable conforme a los ingresos del contribuyente o al valor de bienes enajenados, y la segunda, en la cuantificación del importe a pagar.

La facultad de determinación de la obligación fiscal puede correr a cargo del sujeto pasivo al presentar sus declaraciones de pago o informativas, sus avisos de alta, baja o modificación, o a través de los registros contables y comprobantes fiscales que deban conservar o emitir conforme a las disposiciones fiscales correspondientes, o bien, el procedimiento de determinación puede llevarlo a cabo la autoridad administrativa bajo la revisión de las declaraciones, manifestaciones o avisos que presente el sujeto obligado o terceras personas.

En nuestro derecho la regla general es aplicar el principio de auto-determinación del contribuyente, a través de los avisos de inscripción ante las oficinas de la autoridad fiscal, respecto de sus actividades e ingresos o utilidades percibidas, así como la presentación de sus declaraciones ante la propia autoridad fiscal.

En este sentido, el Código Fiscal de la Federación, en sus artículos 6o., 27, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62 y 69, prevé disposiciones en materia de inscripción o Registro Federal de Contribuyentes, presentación de declaraciones y avisos, así como disposiciones específicas que regulan para toda autoridad fiscal el procedimiento de determinación y el derecho de reserva o confidencialidad del contribuyente.

En el caso de los organismos fiscales autónomos de seguridad social, éstos cuentan con facultades expresas de determinación, bajo un régimen legal específico, aplicando de manera supletoria el Código Fiscal de la Federación y otras disposiciones fiscales y de derecho común en la materia. En este sentido, al IMSS le resultan aplicables los artículos 251, 270 y 271 de la Ley del Seguro Social, así como los artículos 78, 78-B y 78-C, de su Reglamento de Organización Interna, donde se prevé que la Dirección de Incorporación y

Recaudación del Seguro Social y sus Unidades de Incorporación al Seguro Social y de Fiscalización y Cobranza, podrán llevar a cabo tal procedimiento desde el punto de vista normativo, cuya ejecución se lleva a cabo por las delegaciones y subdelegaciones del IMSS.

En el INFONAVIT se realiza la determinación de las aportaciones de vivienda, por conducto de su director general y sus órganos subordinados respectivos, de conformidad con el artículo 23 de la Ley del INFONAVIT, ejerciendo las facultades que le corresponden al Instituto en su carácter de organismo fiscal autónomo y con sustento en el artículo 30 de dicha ley.

### C. Procedimiento de ejecución o requerimiento forzoso

La autoridad fiscal debe llevar a cabo sus facultades de comprobación en materia recaudatoria, es decir, debe verificar que el contribuyente realice el pago de las contribuciones a las cuales está obligado, y en general, cumpla con las obligaciones fiscales que le impone la ley.

De esta forma, el cumplimiento de la obligación fiscal puede ser de manera voluntaria. El tratadista Rodríguez Lobato se refiere a este entero como "pago liso y llano".<sup>10</sup>

En caso de incumplimiento del pago voluntario o cumplimiento parcial de la obligación fiscal, la autoridad dentro de sus facultades de comprobación, debe continuar con la fase de ejecución del procedimiento fiscal, en términos de los artículos 4o. y 145 del Código Fiscal de la Federación.

### D. Procedimiento de control y fiscalización

A las facultades de comprobación o de auditoría fiscal también se les identifica dentro del procedimiento de control fiscal.

El procedimiento de control no se limita a las facultades fiscalizadoras, al contrario, inicia en el ejercicio de las facultades de revisión por parte de la autoridad fiscal respecto de los avisos de inscripción o afiliación, así como sobre las declaraciones o cédulas de liquidación del contribuyente, a fin de llevar a cabo la determinación y cobro de los créditos fiscales.

El concepto de auditoría comprende los sistemas de revisión directos como la visita domiciliaria y revisión de gabinete o escritorio, e indirectos como el dictamen fiscal y la corrección fiscal.

El objeto general del procedimiento de fiscalización es maximizar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes evitando la evasión.

Las facultades de fiscalización se pueden llevar a cabo por dos métodos de revisión, el primero por medios directos, como la revisión de primera mano, prevista en el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, por ejemplo, la rectificación de errores aritméticos por la autoridad fiscal, o bien, la visita domiciliaria y la revisión de gabinete o escritorio que se practica por esta última. El segundo método a través de medios indirectos, en los cuales aparece un tercero, quien será el que aporte los elementos necesarios para que la autoridad se encuentre en posibilidad de fiscalizar de manera directa a los contribuyentes, es decir, el dictamen fiscal.

Si bien, el procedimiento de fiscalización está directamente relacionado con la fase de determinación, cobro y la propia ejecución forzosa de un crédito fiscal, también se relaciona de manera indirecta con la fase de planeación.

Por lo que respecta al marco jurídico que regula el procedimiento de fiscalización para las autoridades fiscales de México, tanto para aquellas de carácter centralizado como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y su órgano desconcentrado, el Servicio de Administración Tributaria; como para las de carácter descentralizado, los entes fiscales de seguridad social, el Código Fiscal de la Federación establece los preceptos legales bajo los cuales se deben regir las actuaciones referentes a la auditoría fiscal, sin que sea óbice la aplicación de las leyes específicas y reglamentos de organización, en atención a las facultades de fiscalización de dichas autoridades.

Sustancialmente, el procedimiento de fiscalización, se regula dentro del Título Tercero, Capítulo Único, denominado: "De las Facultades de las Autoridades Fiscales", en el Código Fiscal de la Federación, bajo preceptos de carácter eminentemente procedimental, en términos del artículo 6o. del propio Código, en atención a las facultades para el ejercicio de comprobación, por medio de visita domiciliaria, revisión de gabinete y revisiones de dictamen fiscal.

En el caso de los entes fiscales de la seguridad social, sus facultades de fiscalización se regulan bajo las disposiciones establecidas en

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *Derecho fiscal*, 2a. ed., Ed. Harla, México, 1986, p. 167.

el Código Fiscal de la Federación, con fundamento en las atribuciones de sus leyes especiales y con apoyo en reglamentos internos de organización.

El Instituto Mexicano del Seguro Social cuenta con atribuciones y facultades expresas en materia de auditoría fiscal. En ese sentido, sus contribuyentes (patrones y demás sujetos obligados) tienen obligaciones que deben cumplir para que el propio Instituto ejerza sus facultades de fiscalización, como las previstas en el artículo 15 de la Ley del Seguro Social. Asimismo, las facultades del IMSS en materia de auditoría fiscal o fiscalización están previstas en los artículos 251 y 252 de la Ley en comento.

Al igual que en el caso de las facultades de determinación y ejecución de la autoridad fiscal, el IMSS cuenta con órganos y facultades expresas para llevar a cabo de manera operativa el ejercicio de sus facultades de comprobación en estricto sentido. De esta manera, el Instituto practica las visitas domiciliarias y revisiones de gabinete en el ámbito de su competencia, a efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los patrones y demás sujetos obligados.

Cabe destacar, que por lo que se refiere a los medios indirectos de fiscalización, es decir, el dictamen fiscal, el Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, regula tal figura jurídica bajo su Título Sexto, denominado: "Del dictamen y corrección de las obligaciones patronales", en concordancia con el artículo 16 de la Ley del Seguro Social, estableciendo los requisitos que se deben cumplir para llevar a cabo el dictamen por contador público autorizado.

Por último, se debe señalar que el marco jurídico correspondiente a las facultades de comprobación del Instituto, no se limita a los cuerpos legales antes mencionados, pues para el caso de los patrones o contribuyentes pertenecientes a la industria de la construcción, se debe fundamentar el ejercicio de las facultades de afiliación, determinación, ejecución, fiscalización y, en su caso, sancionatorias y de impugnación, con los preceptos dispuestos en el Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los Trabajadores de la Construcción por Obra o Tiempo Determinado.

Por lo que hace al INFONAVIT, su Ley señala en las fracciones IV y V del artículo 29, que los patrones tienen la obligación, en pri-

mer lugar, de proporcionar al INFONAVIT los elementos necesarios para precisar la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones a su cargo, y en segundo lugar, de permitir las inspecciones y visitas domiciliarias que practique dicho Instituto, las cuales se deberán sujetar a las disposiciones de su propia Ley (artículo 30), el Código Fiscal de la Federación y sus disposiciones reglamentarias.

Es importante señalar que se prevé la posibilidad de que el Instituto convenga con el IMSS la coordinación de acciones fiscalizadoras, con la finalidad de evitar la duplicidad de tales actividades.

#### *E. Procedimiento sancionatorio y de impugnación*

Se refiere a la parte contenciosa del procedimiento fiscal, mediante el cual se hace valer ante la autoridad el recurso de revocación o el juicio de nulidad, previstos en el Código Fiscal de la Federación, a esta fase también se le conoce como de impugnación o inconformidad y debe realizarse a instancia de la parte afectada, generalmente los particulares.

En el derecho positivo mexicano, la autoridad competente para conocer sobre la solución de las controversias fiscales es, en principio, el superior jerárquico de la autoridad fiscal que ha emitido el acto, así como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, sobre todo por lo que hace al juicio de nulidad, sin que sea óbice, que el Poder Judicial de la Federación, a través de los tribunales que lo integran, lleve a cabo la revisión sobre la legalidad de los actos fiscales.

Rodríguez Lobato señala sobre el particular: "...el recurso administrativo es importante porque permite a la administración revisar sus actos a instancia del particular, cuando éste se considera agraviado por una resolución que estima ilegal, y si resulta fundada la inconformidad puede modificarlo o nulificarlo a fin de restablecer sin mayores dilaciones la legalidad en el ejercicio de la función administrativa".<sup>11</sup>

En el IMSS, existe el recurso de inconformidad, el cual tiene sus plazos y reglas de sustanciación de procedimiento propios, mismo

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *op. cit.*, p. 250.

que se encuentra regulado en el Reglamento del Recurso de Inconformidad y tiene su fundamentado en la Ley del Seguro Social.

Dentro de dicho procedimiento también se encuentra inmerso el tema de las infracciones, sanciones y delitos fiscales, en este sentido, se delimitó dentro de la Ley del Seguro Social, un Título Sexto, "Sobre las Responsabilidades, Sanciones y Delitos", otorgando al propio Instituto la facultad de querrellarse directamente ante las autoridades ministeriales, contra los contribuyentes que cometan delitos en contra de los regímenes del Seguro Social, como es el delito de defraudación fiscal.

El INFONAVIT ejerce el procedimiento sancionatorio y de impugnación, teniendo como facultad, la resolución de los recursos previstos en el Código Fiscal de la Federación, relativos al procedimiento administrativo de ejecución, de conformidad con el artículo 30, fracción IV de la Ley del INFONAVIT. Asimismo, el artículo 55 de la ley en cita, establece el fundamento legal de las infracciones y multas que sean impuestas a los patrones, y el artículo 57 establece el delito específico equiparable al de defraudación fiscal en términos del Código Fiscal de la Federación.

#### *F. La facultad de atracción en el IMSS*

La autoridad fiscal ejerce sus facultades de comprobación dentro de los procedimientos administrativos previstos en la legislación y de conformidad con el principio de legalidad. Sin embargo, en razón del interés público y la trascendencia jurídica y social que pueden llegar a tener algunos asuntos o servicios públicos, en ocasiones algunas autoridades administrativas y fiscales pueden llegar a ejercer, de manera excepcional, facultades que originalmente deben ser ejercidas por otras autoridades con facultades expresas, en razón de su naturaleza jurídica y técnica. Al ejercicio de dichas facultades se conoce como: ejercicio de la facultad de atracción.

El derecho positivo mexicano reconoce la necesidad de esta facultad, estableciéndose la misma para diversos órganos de gobierno, como es el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículos 107 y 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, respectivamente), la Procuraduría General de la República, el Tribunal

Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (artículo 16 de su Ley Orgánica) o el IMSS.

En el IMSS existen unidades administrativas de carácter normativo y operativo. La Dirección de Incorporación y Recaudación del Seguro Social, así como sus unidades y coordinaciones normativas, están encargadas de establecer las políticas, normas, criterios y programas en materia de afiliación, recaudación y fiscalización.

Por otro lado, son las delegaciones, como órganos administrativos de carácter desconcentrado del Instituto, en términos del artículo 251-A de la Ley del Seguro Social, y las subdelegaciones, en su carácter de órganos operativos, las unidades encargadas de ejercer materialmente las facultades de comprobación normadas bajo las disposiciones emitidas por las autoridades mencionadas en el párrafo que antecede, en razón de que dichos órganos operativos están supeditados, normativamente a la Dirección de Incorporación y Recaudación del Seguro Social.

No obstante lo anterior, las facultades de comprobación fiscal de carácter operativo que deben ejercer las delegaciones y subdelegaciones del Sistema Nacional de Incorporación, Recaudación y Fiscalización del Seguro Social, pueden ejercerse a su vez, por las autoridades normativas citadas, para aquellos casos que, por su importancia y trascendencia, se amerite su intervención, en términos de lo dispuesto en el artículo 5o. del Reglamento de Organización Interna del IMSS.

De esta forma, la previsión de la facultad de atracción en el IMSS, resulta un ejemplo sobre el robustecimiento del ejercicio de las facultades de comprobación para el Instituto, como organismo fiscal autónomo, y es una figura jurídica innovadora dentro de su régimen legal vigente.

Las facultades de comprobación que se han analizado en relación con los entes fiscales de la seguridad social, en específico, las facultades de comprobación del IMSS, incluyendo aquéllas concernientes a la auditoría fiscal, representan la vigencia del carácter de organismos fiscales autónomos que les otorga la Ley, así como la importancia que concentran éstos en el desarrollo de la actividad estatal, por los servicios públicos de utilidad social que otorgan.

#### IV. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE FORTALECER EL MARCO JURÍDICO TRIBUTARIO DE LOS ENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, HACIA EL CUMPLIMIENTO DE LA UNIVERSALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

##### 1. Antecedentes y evolución de la Ley del Seguro Social

El primer proyecto de Ley del Seguro Social fue el del presidente Álvaro Obregón del 4 de junio de 1921, al que le siguieron la Ley General de Pensiones Civiles de Retiro del 1 de octubre de 1925 y el Decreto que creó la Sociedad Mutualista del Seguro del Maestro del 13 de noviembre de 1928.

En 1929 se reforma la fracción XXIX del artículo 123 de la Constitución para suprimir la facultad de las legislaturas locales para expedir leyes de trabajo y se declara de utilidad pública la Ley del Seguro Social.

Después de la promulgación de la Ley Federal del Trabajo de 1931, se hicieron cinco proyectos de Ley del Seguro Social, comentando de manera anecdótica que al presidente Cárdenas le fue devuelto uno de esos proyectos por falta de fundamento actuarial (diciembre de 1938).

En 1941 y con el fin de dar cumplimiento al precepto constitucional de contar con una Ley del Seguro Social, el presidente Ávila Camacho crea la Comisión Técnica del Seguro Social, integrada por los despachos del Trabajo, Economía Nacional, Asistencia Pública, Hacienda y Crédito Público y Salubridad; así como con siete representantes de agrupaciones obreras y siete representantes patronales.

Dicha Comisión presentó al Ejecutivo el proyecto de Ley el 3 de julio de 1942, mismo que contó con la opinión favorable y el apoyo de: la Organización Internacional del Trabajo; la Primera Asamblea General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, en Santiago de Chile, en 1942, y el Consejo Obrero Nacional.<sup>12</sup>

De esta forma la Ley del Seguro Social y con ella el IMSS, nacen 26 años después de la Constitución de 1917, es decir, en 1943, bajo el régimen del general Ávila Camacho, misma que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de ese año.

<sup>12</sup> Enciclopedia de México, 6a. ed., t. XII, 2001, pp. 7254 y 7255.

El IMSS se crea bajo este ordenamiento jurídico como un organismo descentralizado para administrar y otorgar la seguridad social, sin tener el carácter de organismo fiscal autónomo.

En la fracción II del artículo 107 se establece la facultad de recaudación de las cuotas y demás recursos del IMSS (no fiscal).

Asimismo, en el artículo 28 se le faculta para llevar a cabo auditorías a través de personal fiscalizador denominado "inspectores del Instituto" para comprobar el cumplimiento de obligaciones patronales por medio de la revisión de listas de raya (no fiscal).

En el artículo 135, la ley preveía la existencia de un documento ejecutivo (título valor) en el que se hacía constar la obligación patronal de pagar las aportaciones (derechos), el cual se exigía de forma ejecutiva ante los tribunales.

Posteriormente y ante la necesidad de reforzar el marco jurídico de actuación del IMSS, la Ley en comento se reformó en diez ocasiones, siendo las de mayor trascendencia para las facultades de comprobación del Instituto las publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de noviembre de 1944 y el 28 de febrero de 1949.

En la reforma de 1944, es en la que por primera vez, se le otorga el carácter de organismo fiscal autónomo al IMSS.

Asimismo, en el artículo 135 se le faculta para determinar los créditos (aportaciones), la base de su liquidación, fijar la cantidad líquida, su percepción y cobro, incluyendo la facultad económico-coactiva a través de procedimiento administrativo de ejecución.

Dicho procedimiento administrativo de ejecución se llevaba a cabo a través de las oficinas federales de Hacienda, con base en el Código Fiscal de la Federación, siendo los jefes de las oficinas ejecutoras de Hacienda los responsables de enterar las sumas y recargos respectivos al IMSS.

La reforma de 1949 trajo consigo la facultad de determinación presuntiva del IMSS, por negarse el patrón a facilitar las inspecciones de comprobación (listas de raya) que ordenara el Instituto.

En su artículo 135 se robustece la facultad de determinar créditos (aportes), los intereses moratorios y los capitales constitutivos (todos con carácter de fiscal), la base de su liquidación, fijar la cantidad líquida, su percepción y cobro, incluyendo la facultad económico-coactiva a través de procedimiento administrativo de ejecución.

En la reforma en comento, se determinó para el procedimiento administrativo de ejecución, realizado a través de las oficinas federales de Hacienda y con base en el Código Fiscal de la Federación, que también se haría bajo las bases que fije el Instituto Mexicano del Seguro Social, quedando los jefes de las oficinas ejecutoras de Hacienda como responsables de entregar las sumas recaudadas al IMSS.

Ante los inminentes cambios económicos y sociales por los que atravesaba el país, se expide la Ley del Seguro Social de 1973, la segunda en su orden, la cual vino a establecer la observancia obligatoria de la Ley en toda la República, imponiendo la obligación a los patrones de facilitar las inspecciones y visitas domiciliarias que practique el Instituto.

Se le faculta al IMSS para determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones incumplidas por los patrones; determinar y hacer efectivo el monto de los capitales constitutivos; practicar inspecciones y visitas domiciliarias; así como, requerir la exhibición de libros y documentos para comprobar el cumplimiento de las obligaciones legales.

En su artículo 267 se determina que el pago de las cuotas, los recargos y los capitales constitutivos tienen el carácter de fiscal.

Pero sin duda, la previsión de más trascendencia la constituyó el reconocimiento del carácter del IMSS como organismo fiscal autónomo, con facultades para determinar los créditos y las bases para su liquidación, fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos.

Dicha Ley tuvo 17 reformas a lo largo de su existencia, siendo cuatro las de trascendencia para efectos de las facultades de comprobación del IMSS, las cuales fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1981, el 28 de diciembre de 1984, el 20 de julio de 1993 y el 22 de julio de 1994.

En la reforma de 1981, se prevé que el procedimiento administrativo de ejecución se aplicará por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público "o por las oficinas para cobros del Instituto Mexicano del Seguro Social", aplicando el Código Fiscal de la Federación.

La reforma de 1984 estableció las facultades y atribuciones del IMSS para recaudar las cuotas, capitales constitutivos, sus accesorios y percibir los demás recursos del Instituto; establecer los procedimientos para el cobro de cuotas; determinar los créditos y las bases para la liquidación de cuotas y recargos, así como fijarlos en

cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos; así como determinar y hacer efectivos los capitales constitutivos.

Se confiere al Consejo Técnico del IMSS la atribución de establecer y suprimir delegaciones, subdelegaciones y oficinas para cobros del Instituto, señalando su circunscripción territorial.

Asimismo, se fijan las facultades y atribuciones de las dependencias que integran la estructura orgánica y funcional del IMSS: delegaciones, consejos consultivos delegacionales, subdelegaciones y oficinas para cobros, otorgándoles facultades de recaudación, fiscalización, cobro coactivo y trámite y resolución del recurso de inconformidad.

En 1993 se incluyeron como sujetos de aseguramiento a las personas físicas dedicadas al cultivo de caña de azúcar, facultándose al IMSS llevar a cabo visitas de auditoría, con el fin de comprobar si los pagos de las cuotas correspondían al número de productores de caña inscritos en el padrón. Asimismo, se le faculta al IMSS, en su carácter de organismo fiscal autónomo, para imponer y cobrar sanciones (multas) por infracciones a la Ley.

La reforma de 1994 estableció que las liquidaciones de las cuotas del seguro de retiro podrán ser emitidas y notificadas conjuntamente con las liquidaciones de las aportaciones y descuentos correspondientes al Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, previo convenio de coordinación con el IMSS.

Pese a la expedición de dos leyes del Seguro Social, el marco jurídico de actuación del IMSS seguía siendo endeble, había la necesidad de reforzarlo, por lo que en 1995 se publica la Nueva Ley del Seguro Social, cuya entrada en vigor se fijó hasta el 1 de julio de 1997. Dicha Ley se encuentra en vigor y únicamente ha tenido dos reformas, siendo la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2001 la de mayor trascendencia.

En la Ley en comento, se establece como de observancia obligatoria en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social, y otorga al IMSS, sin ninguna restricción, el carácter de organismo fiscal autónomo.

Asimismo, se establece expresamente la aplicación supletoria de la Ley Federal de Trabajo, del Código Fiscal de la Federación o del derecho común.

También se contiene la obligación de los patrones de permitir las inspecciones y visitas domiciliarias que practique el IMSS.

Se incluye la facultad al IMSS de determinar presuntivamente el importe de las cuotas obrero-patronales, cuando el patrón o sujeto obligado no cubra oportunamente el importe de las mismas o lo haga en forma incorrecta.

Se prevé la figura de la aclaración administrativa, que podrá solicitar el patrón en el caso de las cédulas de liquidación pagadas, en las que se detecten errores u omisiones que deriven en incumplimiento parcial en el pago de las cuotas, así como el derecho de los patrones a solicitar prórroga al IMSS, para el pago de los créditos adeudados (cuotas, capitales constitutivos, actualizaciones, recargos y multas).

Dentro de las facultades y atribuciones del IMSS se contienen las de determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones de los patrones, en uso de sus facultades de comprobación; ordenar y practicar visitas domiciliarias con el personal que al efecto designe y requerir la exhibición de libros y documentos, para comprobar el cumplimiento de las obligaciones de la Ley y demás disposiciones aplicables; revisar los dictámenes de los contadores públicos; aplicar el procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de las liquidaciones no cubiertas en tiempo; hacer efectivas las fianzas otorgadas a su favor para garantizar obligaciones de terceros; tramitar y resolver el recurso de inconformidad, así como los recursos del procedimiento administrativo de ejecución en términos del Código Fiscal de la Federación.

Se señala el carácter del IMSS, como organismo fiscal autónomo, ejerciendo sus atribuciones de manera ejecutiva y dotándolo de autonomía técnica y de gestión.

Se determina que la materia de la recaudación y administración de las contribuciones, tienen la naturaleza de aportaciones de seguridad social, por lo que recaudará, administrará, determinará y liquidará las cuotas de los seguros previstos en la Ley, ejerciendo dichas facultades sin intervención de ninguna otra autoridad.

El procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de los créditos no cubiertos oportunamente, se sujetará a las normas del Código Fiscal de la Federación, y demás disposiciones, procedimiento que se llevará a través de las unidades administrativas facultadas por el IMSS.

Con la reforma de 2001 se fortaleció el carácter del IMSS como organismo fiscal autónomo, siendo un gran avance dentro del derecho positivo mexicano.

## **2. Hacia el fortalecimiento del marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, en torno de la universalidad**

Los entes de seguridad social ejercen actualmente sus facultades de comprobación fiscal, a través de la integración e interpretación de la legislación fiscal en el ámbito de su competencia.

Dichos entes tienen como objetivo llevar a cabo la realización de sus funciones públicas bajo dos vertientes: la primera, y seguramente la más importante, cumplir con la administración y organización del sistema de seguridad social de México, a fin de garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia, los servicios sociales de carácter individual y colectivo, el otorgamiento de pensiones y el derecho a la vivienda, es decir, cumplir con el principio de la universalidad de la seguridad social.

La segunda, la instrumentación de las acciones necesarias para llevar a cabo el ingreso y administración de las aportaciones que integran el régimen financiero de dichos entes, dentro del cual se incluye la previsión y ejercicio de las facultades de comprobación fiscal, robusteciendo el marco jurídico existente o creando uno *ad hoc*.

Las leyes especiales que regulan orgánica y funcionalmente a los entes de seguridad social, principalmente se avocan a la regulación de los seguros especiales y derechos que deben otorgarse a los trabajadores, a sus beneficiarios y, en última instancia, a la sociedad, ocasionando que dichas leyes, constituyan marcos jurídicos limitados para la regulación de las disposiciones financieras, sobre todo de carácter fiscal, que sirvan para instrumentar los medios de ingreso bajo las necesidades específicas que requieren estos entes, en su carácter de organismos fiscales autónomos.

El 21 de diciembre de 2001, como se ha apuntado con anterioridad, se publicaron para el IMSS una serie de reformas y adiciones a su Ley, reforzando el marco jurídico del Instituto en su calidad de organismo fiscal autónomo, medida que no podía esperar más en atención al marco normativo hasta entonces vigente en la materia, el

cual no era del todo suficiente y adecuado para que se administrara la contribución denominada "aportaciones de seguridad social".

Con una reforma de tal envergadura se pretende que la autoridad realice un mayor esfuerzo interno para mejorar la recaudación y hacer más eficiente la administración de los recursos de que dispone, adecuando la infraestructura administrativa y orientando al IMSS hacia la prestación de servicios con mayor calidad y calidez humana. Este tipo de reformas son preferibles, desde todos los puntos de vista, a que se proponga un incremento de las contribuciones.

A partir de las reformas en comento que vinieron a robustecer el ejercicio de las facultades de comprobación del IMSS como organismo fiscal autónomo, se originó la expedición de una serie de disposiciones reglamentarias en la materia, desde dos puntos de vista:

1. La aplicación de las normas de la Ley del Seguro Social bajo esquemas específicos en atención a las necesidades del Instituto.
2. La previsión de nuevos órganos y facultades para poder hacer frente a los nuevos esquemas de comprobación fiscal del mismo.

Por sí misma la reforma a la Ley del Seguro Social no era suficiente, por lo que se publicó el 1 de noviembre de 2002 en el *Diario Oficial de la Federación*, un nuevo Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, el cual tiene como objetivo reglamentar las disposiciones sustantivas de la Ley del Seguro Social sobre las atribuciones de incorporación, determinación, recaudación, fiscalización y sanciones, competencia del Instituto, de las cuales nos hemos ocupado en el apartado anterior.

También hacía falta fortalecer un nuevo esquema orgánico del Instituto, por lo que el 19 de junio de 2003, se publicaron una serie de reformas a su Reglamento de Organización Interna, en las cuales se previeron nuevas unidades administrativas para el especial ejercicio de las atribuciones del Instituto y el cumplimiento de sus funciones públicas y sociales, bajo facultades específicas en materia de planeación fiscal, incorporación al régimen del Seguro Social, determinación y cobro de cuotas obrero-patronales, y de auditoría fiscal.

Sin embargo, y pese a las nuevas atribuciones y facultades en materia de comprobación fiscal del IMSS, existen todavía limitaciones en cuanto a su integración, tanto en su Ley, como en sus reglamentos, necesariamente se continúa con la aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación y demás disposiciones reglamentarias, en términos del artículo 9o. de la propia ley; y, la integración propia de las disposiciones fiscales que son competencia del IMSS.

Por ello es difícil conocer cuáles disposiciones del Código Fiscal de la Federación aplican en atención a las normas específicas de la Ley del Seguro Social y sus reglamentos, así como el alcance de éstas.

Lo anterior resulta de relevancia, ya que el hecho de que los entes de seguridad social no cuenten específicamente con un "ordenamiento tributario integral" aplicable a ellos, hace que cada vez que se reforme el Código Fiscal de la Federación, se pueda ver afectado en la recaudación y administración de las aportaciones de seguridad social, y se obstaculice indirectamente el cabal cumplimiento del principio de universalidad de la seguridad social.

Las continuas reformas al Código Fiscal de la Federación, no son acordes o provocan problemas de interpretación al ser trasladados al ámbito de las aportaciones de seguridad social, provocándose que existan casos en los que se suscite conflicto de leyes en la materia, teniéndose que buscar la solución en la interpretación e integración de la norma fiscal, cuando ello es posible.

#### *A. Integración e interpretación de la legislación fiscal competencia del IMSS*

El IMSS cuenta con un marco normativo específico para el ejercicio de sus facultades de comprobación fiscal, así como para la organización de su estructura normativa y operativa que ejerce dichas facultades. Sin embargo, existe una limitación en la regulación de las figuras jurídicas fiscales en tales ordenamientos, lo que provoca que las autoridades del Instituto, como los patrones y demás sujetos obligados tengan que llevar a cabo para la aplicación de la Ley del Seguro Social, la interpretación e integración de la legislación fiscal competencia del propio Instituto, con base en la aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación y sus disposiciones reglamentarias, en términos del artículo 9o. de la ley en cita.

En este contexto, en el artículo 9o. de la Ley del Seguro Social, se dispone una aplicación estricta de la norma, pero también, se hace referencia a la aplicación supletoria de otras disposiciones jurídicas:

“Artículo 9. Las disposiciones fiscales de esta ley que establecen cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas las normas que se refieren al sujeto, objeto, base de cotización y tasa.

A falta de norma expresa en esta ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, del Código o del derecho común, en ese orden, cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del régimen de seguridad social que establece esta ley.

[...]”<sup>13</sup>

En este sentido, la interpretación jurídica y la integración de la ley, son dos conceptos e instrumentos jurídicos distintos que tienen como finalidad común la aplicación correcta de la norma jurídica.

La interpretación, desde el punto de vista doctrinario, consiste en el método de investigación jurídica sobre el contenido de la voluntad del legislador, es decir, qué quiso normar éste y los fines que buscaba. “Para que haya interpretación debe existir un precepto jurídico que en alguna forma pueda cubrir las circunstancias imprevistas”.<sup>14</sup> La interpretación jurídica puede ser de carácter judicial, doctrinal o administrativa, según quién tenga que realizar la interpretación de la ley. Asimismo, la interpretación puede ser de carácter exegético o gramatical; de manera libre buscando dar las soluciones más justas conforme a los principios generales del derecho; o bien, a través del uso de la costumbre y la realidad histórica cambiante.

Sin embargo, en ocasiones no existe una norma que sea aplicable a un caso concreto, razón por la cual, a través de la analogía, mayoría de razón o remisión expresa, se lleva a cabo la integración de los textos legales. De esta manera, la integración es entendida como un proceso que tiene por objeto llenar las lagunas legales, incluyendo

<sup>13</sup> Ley del Seguro Social (vigente).

<sup>14</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 10a. ed., Porrúa, México, 1993, p. 254.

en el campo de la aplicación de la norma, presupuestos de hecho no previstos en la misma, pero que se encuentran en relación de afinidad con los en ella contemplados.<sup>15</sup>

De lo anterior, se puede afirmar que en materia fiscal de la seguridad social, los artículos 5o. y 9o. del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Seguro Social, respectivamente, distinguen entre la aplicación estricta de las normas sustantivas fiscales, las cuales no admiten interpretación jurídica, y la interpretación e integración de las normas adjetivas fiscales bajo un marco de supletoriedad sobre cuerpos legales aplicables expresamente.

Es así que, en el caso de la legislación fiscal competencia del IMSS, a propósito de la aplicación del procedimiento tributario administrativo (norma de carácter adjetivo), existe la posibilidad de que se presenten problemáticas de integración e interpretación para la correcta aplicación de las disposiciones fiscales, lo cual genera incertidumbre y responsabilidad administrativa para el Instituto, como organismo fiscal autónomo; así como una inseguridad jurídica para los patrones que cotizan a éste y demás sujetos obligados.

La problemática referida se traduce en un conflicto de leyes que trae consigo:

1. Incertidumbre sobre la vigencia o derogación tácita (total o parcial) de aquellas normas fiscales de carácter adjetivo del Código Fiscal de la Federación, que se deben aplicar por supletoriedad en términos del artículo 9o. de la Ley.
2. Alcance en cuanto a la aplicación de las normas fiscales contenidas en el Código Fiscal de la Federación, en función de las disposiciones reglamentarias que nacen y se aplican con fundamento en la Ley del Seguro Social y su Reglamento.

El conflicto de las leyes en comento, ha dado lugar que para instituciones que cuentan con las mismas características se tenga que aplicar diferente normatividad, tal es el caso de la autorización del pago a plazo, ya sea diferido o en parcialidades; la condonación de

<sup>15</sup> DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, 12a. ed., Porrúa, México, 1983, p. 69.

créditos fiscales a favor del Instituto; los casos de la corrección fiscal; y el dictamen fiscal.

El análisis que se vierte sobre los planteamientos descritos no representa una solución a los mismos, sino más bien, son consideraciones que pretenden constituir pautas que generen la discusión jurídica y la generación de trabajos, con el objeto de dar soluciones a dichos planteamientos. Asimismo, los casos que se plantean son sólo algunos ejemplos de los que existen, pero que basta con ellos para señalar la problemática.

#### *a. De la autorización del pago a plazo, ya sea diferido o en parcialidades de las contribuciones*

El Código Fiscal de la Federación y la Ley del Seguro Social, regulan la figura jurídica de la autorización del pago a plazo, bajo términos, condiciones y prohibiciones diferentes.

El artículo 40-C de la Ley del Seguro Social establece la posibilidad de que los patrones puedan solicitar al Instituto la autorización de prórroga para el pago de créditos fiscales. Dicha previsión se ve reforzada con lo que establece el Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, el que en su artículo 133 regula las solicitudes de autorización de pago a plazos, ya sea diferido o en parcialidades, bajo reglas especiales, entre otros, en los aspectos siguientes:

1. En cuanto a la obligación de garantizar el interés fiscal.
2. Términos especiales para la autorización del pago (20 días hábiles para conceder dicha autorización).
3. Cancelación de los convenios.
4. Rehabilitación de los convenios.
5. Causas especiales de rescisión de los convenios de autorización.

En cambio, el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 66, establece la autorización del esquema de pago a plazo, ya sea diferido o en parcialidades, bajo las siguientes previsiones especiales:

1. Posibilidad de reducción de la tasa de recargos.
2. Bonificación por pago oportuno.

3. No existe rehabilitación de convenios.
4. Plazos especiales para otorgar la garantía del interés fiscal.

#### *b. De la condonación de créditos fiscales*

Esta figura es una forma de extinción de la obligación fiscal, la cual constituye una facultad discrecional para la autoridad fiscal. Su fundamento primario se encuentra en el artículo 39 del Código Fiscal de la Federación.

A este respecto, el artículo 146-B del citado Código prevé, para el caso de los contribuyentes que se encuentren sujetos a un procedimiento de concurso mercantil, la facultad discrecional de que las autoridades fiscales puedan condonar parcialmente aquellos créditos fiscales que debieron pagarse con anterioridad a la fecha en que se inició el propio procedimiento de concurso mercantil, siempre que el comerciante haya celebrado convenio con sus acreedores en los términos de la Ley respectiva y el propio Código Fiscal.

Por su parte, el artículo 40-F de la Ley del Seguro Social establece como obligación para el Instituto la imposibilidad de condonar, total o parcialmente, las cuotas obrero-patronales y sus accesorios, por lo que, se estima, existe un conflicto de aplicación sobre la condonación para los comerciantes sujetos a un procedimiento de concurso mercantil, entre el régimen contributivo general y el régimen especial correspondiente a las aportaciones de seguridad social, en la inteligencia de que, en ambos casos, el sujeto pasivo (el comerciante) se determina y paga créditos fiscales ante ambas autoridades fiscales (Servicio de Administración Tributaria e IMSS).

En este sentido, se considera que existe un supuesto conflicto de leyes en el espacio entre la aplicación del artículo 146-B del Código Fiscal de la Federación y el artículo 40-F de la Ley del Seguro Social, justificándose la no posibilidad de condonación por parte del Instituto, atendiendo a la naturaleza jurídica especial de las aportaciones de seguridad social, en aras del interés público y social propios de esta clase de contribuciones.

#### *c. De la corrección fiscal*

El Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, prevé den-

tro de su Título Sexto, Capítulo VII (arts. 178 al 182), la posibilidad de que los patrones y demás sujetos obligados puedan regularizar su situación fiscal ante el IMSS, mediante la corrección "espontánea" o por "invitación" del Instituto, con la posibilidad de no pagar multas, no ser sujetos de visitas domiciliarias por los periodos corregidos y la no emisión de cédulas de liquidación por diferencias derivadas del procedimiento de verificación de pago de cuotas obrero-patronales, también por los periodos corregidos.

Sin embargo, para el caso de los contribuyentes que deseen corregir su situación fiscal durante la revisión de gabinete o escritorio, o durante el desarrollo de una visita domiciliaria, la Ley del Seguro Social y el Reglamento antes comentado no prevén nada sobre el particular, motivo por el cual se aplican supletoriamente las disposiciones que, sobre el caso que ocupa, se encuentran previstas en el Código Fiscal de la Federación.

Es decir, para una misma figura jurídica, "la corrección fiscal", se aplican normas jurídicas contenidas en ordenamientos jurídicos distintos, que en última instancia al existir reglas diferentes para la misma figura en cada uno de estos ordenamientos, provoca una regulación muy diferente de la misma, toda vez que, hay plazos distintos para la recepción de la documentación que sustente la corrección, para requerir información o documentos adicionales, para su validación y en última instancia para, en su caso, determinar diferencias.

De esta manera, el procedimiento de corrección fiscal ante el Instituto se lleva bajo dos ordenamientos jurídicos distintos, según sea el propio contribuyente quien detecte las irregularidades a su cargo o bien, sea el Instituto quien las detecte (visitas domiciliarias o revisión de gabinete).

Esto se estima que ocasiona para el contribuyente una regulación administrativa excesiva, por los procedimientos que debe observar o cumplir según el tipo de contribución, que impide el cumplimiento de la obligación fiscal con mayor oportunidad.

#### *d. Del dictamen fiscal*

En el dictamen fiscal existe una regulación distinta por parte del Código Fiscal de la Federación y la Ley del Seguro Social, en cuanto a los sujetos pasivos obligados a dictaminarse ante la autoridad fiscal.

El artículo 32-A del Código Fiscal de la Federación establece las hipótesis normativas bajo las cuales las personas físicas con actividades empresariales, así como las personas morales deben presentar dictamen de sus estados financieros por contador público autorizado en términos del artículo 52 del citado Código, bajo los criterios del monto de ingresos, participación social, consolidación, fusión y liquidación, entre otros.

Asimismo, el artículo 32-A en comento, prevé la posibilidad de que las personas que no estén obligadas a dictaminar sus estados financieros, lo puedan hacer de manera optativa. Sea de manera optativa u obligatoria, los contribuyentes presentan su dictamen bajo las disposiciones del artículo 52 del Código Fiscal de la Federación, otras aplicables, las de su Reglamento y las reglas de carácter general emitidas por el Servicio de Administración Tributaria.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley del Seguro Social establece como regla especial, la obligación de que los patrones, de conformidad con el Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, que cuenten con un promedio anual de trescientos o más trabajadores en el ejercicio inmediato anterior, presenten dictamen por contador público autorizado bajo las reglas contenidas en el Reglamento citado, al margen de la posibilidad de dictaminarse optativamente.

Es decir, para el mismo contribuyente existen dos marcos jurídicos fiscales distintos, según se trate de contribuciones generales o de aportaciones de seguridad social, bajo un entorno disperso de las disposiciones fiscales en la materia.

Como se desprende de lo anterior, se estima que el régimen fiscal del Seguro Social requiere de ordenamientos legales y reglamentarios específicos para la regulación de las facultades fiscales de la autoridad y para las obligaciones a cargo de sus contribuyentes, en razón de la naturaleza jurídica de que gozan las aportaciones de seguridad social que administra y los sujetos que aportan y se benefician por las funciones públicas a cargo del Instituto.

Por otra parte, se podría pensar que los supuestos antes planteados no representan un problema de las facultades de comprobación del Instituto como organismo fiscal autónomo, sin embargo, éste debe interpretar e integrar los textos legales de su competencia, para llevar a cabo el correcto ejercicio de sus facultades de comprobación,

es decir, los supuestos planteados muestran diversas consideraciones de los problemas de interpretación e integración para la aplicación de la ley fiscal, en el ejercicio de las referidas facultades de comprobación.

#### e. Otras disposiciones

Por otra parte, existen importantes diferencias entre las disposiciones tributarias del propio Instituto en relación con las demás leyes tributarias federales, como se puede apreciar, a manera de ejemplo, en los siguientes casos:

- Los plazos previstos en los artículos 46, 46-A, 48 y 50 del Código Fiscal de la Federación, para llevar a cabo los procedimientos de visita domiciliaria y revisión de gabinete, así como la determinación de créditos fiscales a partir de la revisión practicada, obedecen a las formas y tiempos de determinación de las contribuciones en general; en cambio, en el caso de las aportaciones de seguridad social, tomando en consideración su naturaleza jurídica especial, que se aparta de las características de las demás contribuciones, para su determinación, liquidación y entero se debe seguir un procedimiento diferente, que se basa, entre otras cuestiones, en la época de pago, por cada trabajador, por los distintos seguros, etcétera.

Es por ello, que los plazos previstos para las demás contribuciones (impuestos federales), dentro de los procedimientos de visita domiciliaria y revisión de gabinete, no toman en cuenta las características propias o especiales de las aportaciones de seguridad social.

- Para que proceda la “reconsideración administrativa” prevista en el artículo 36 del Código Fiscal de la Federación, se exige que la resolución administrativa no sea favorable al particular, se haya emitido por una autoridad fiscal inferior, se demuestre fehacientemente que haya sido dictada en contravención a las disposiciones fiscales, que el contribuyente no hubiere interpuesto medios de defensa y hubiere transcurrido el plazo para presentarlos (resolución firme). Como se puede apreciar, el contribuyente puede solicitar esta reconsideración administrativa,

sin que sea óbice el que hayan transcurrido los términos para interponer algún medio de defensa.

En cambio, la “aclaración administrativa” prevista en el artículo 39-D de la Ley del Seguro Social exige, para su procedencia, se haga valer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución de determinación y liquidación del crédito fiscal correspondiente, y que la solicitud de aclaración se presente ante la misma autoridad fiscal que emitió dicha resolución.

- En materia de devoluciones de impuestos, derechos y contribuciones de mejoras, por pagos de lo indebido, el artículo 22-A del Código Fiscal de la Federación señala que, en los casos que la autoridad fiscal efectúe las devoluciones fuera del plazo legal (40 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud de devolución), las autoridades fiscales (Servicio de Administración Tributaria) deben pagar intereses.

En cambio, tratándose de devoluciones de aportaciones de seguridad social enteradas sin justificación legal al IMSS, éste no tiene obligación de pagar intereses, en los casos que proceda la devolución, tal y como lo establece expresamente el artículo 299 de la Ley del Seguro Social.

- Respecto de la “caducidad de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales”, distintas a las del IMSS en su carácter de organismo fiscal autónomo, prevista en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación, establece que su ejercicio se extingue en los plazos de cinco a diez años, según sea el caso. En cambio, las facultades de comprobación fiscal del Instituto por caducidad, se extinguen únicamente en el plazo de cinco años, en términos del artículo 297 de la Ley del Seguro Social.
- Dentro de los recursos previstos en el Código Fiscal de la Federación, el artículo 116 establece como medio de defensa contra la notificación de resoluciones definitivas y actos de autoridades fiscales federales el recurso de revocación, el cual puede ser interpuesto de manera optativa, en un plazo de 45 días, siguientes a aquel en que haya surtido efectos la notificación de la resolución correspondiente, y bajo la sustanciación del procedimiento administrativo previsto en el referido Código Fiscal de la Federación.

En cambio, el artículo 294 de la Ley del Seguro Social establece que los patrones y demás sujetos obligados, así como los asegurados y sus beneficiarios, podrán recurrir en inconformidad los actos definitivos del Instituto, en la forma y términos que disponga el Reglamento del Recurso de Inconformidad, teniendo el afectado un plazo de quince días para presentar el citado recurso.

#### *f. Normas especiales en materia fiscal del IMSS*

Deben tenerse en cuenta las disposiciones especiales relativas a figuras jurídicas que contiene el marco jurídico de la seguridad social y que son de aplicación exclusiva para dicho régimen, al margen de la problemática de interpretación e integración que existe entre la aplicación de la Ley del Seguro Social y el Código Fiscal de la Federación, en atención a la supletoriedad del último sobre la primera.

##### 1) Auditoría en materia de la construcción

Un ejemplo de estas normas especiales lo constituye el Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los Trabajadores de la Construcción por Obra o Tiempo Determinado, que regula para el caso de las facultades de auditoría fiscal del Instituto en la materia, dentro de su artículo 18, un procedimiento especial, el cual se asimila a la revisión de gabinete o escritorio, prevista en el artículo 48 del Código Fiscal de la Federación. Sin embargo, este procedimiento establece plazos especiales para el contribuyente, como es el caso de la entrega de la documentación o de los elementos necesarios para determinar el número de trabajadores, días trabajados y salarios devengados, que permitan precisar la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones incumplidas, así como facultades de determinación de créditos omitidos y su liquidación bajo un procedimiento específico en atención a los elementos y factores en materia de construcción.

##### 2) Procedimiento de enajenación de bienes adjudicados al IMSS

Otro supuesto, es el previsto en el párrafo segundo del artículo 291 de la Ley del Seguro Social, hipótesis que prevé la enajenación de

los bienes que el Instituto se adjudique, con motivo de la aplicación del procedimiento administrativo de ejecución, en los términos y condiciones que al efecto señale el Reglamento específico que al efecto se expida, a diferencia del procedimiento que se aplica por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de la Ley Federal de Administración y Enajenación del Bienes del Sector Público, a través del organismo descentralizado denominado Sistema de Administración y Enajenación de Bienes, o bien, en atención a la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación y su Reglamento, en los casos especiales que se prevén en dichas disposiciones.

Todo lo anterior, entre otras razones, justifica la necesidad de que, a través de un marco jurídico propio e integral de carácter fiscal, se robustezcan las facultades de comprobación del Instituto y demás entes fiscales, para un mejor cumplimiento de las atribuciones que tiene por ley encomendadas, estableciéndose éste, ya sea dentro un cuerpo legal específico y *ad hoc* a las necesidades financieras del IMSS, o bien, dentro de la propia Ley del Seguro Social, en un apartado específico, con la finalidad de colmar las lagunas de los textos legales de carácter fiscal competencia del Instituto, y llevar a cabo la aplicación de la norma jurídica bajo una interpretación e integración más sencilla y eficaz.

La propuesta de un marco jurídico propio e integral (tanto sustantivo como adjetivo), o bien, dentro de la propia Ley del Seguro Social, haría que el quehacer del Instituto fuera más eficaz y eficiente, facilitándole que sus actos estuvieran mejor motivados y fundados y, en consecuencia, se estima que se otorgaría al particular mayor certeza jurídica en la emisión de los actos administrativos bajo la figura de la simplificación administrativa de los procedimientos fiscales de comprobación.

Una propuesta de esta magnitud significa la realización de una tarea legislativa encaminada a fortalecer con mayor medida, las normas sustantivas fiscales y las facultades de comprobación fiscal de los entes de seguridad social, en la lógica de seguir una línea encaminada al cumplimiento del principio de "Universalidad de la seguridad social", como garantía de inclusión de todos los habitantes del país, sin distinciones de relación laboral, condición social o lugar de residencia.

### B. Universalidad de la seguridad social

México inicia el siglo XXI enfrentando grandes y difíciles retos. En los últimos 30 años el país ha acumulado rezagos, que se concentran en comunidades rurales y en la periferia de las grandes ciudades, siendo la causa la pobreza extrema.

Es por ello que se necesitan llevar a cabo acciones altamente efectivas, pero que sean accesibles financieramente para abatir la pobreza.

En materia de salud se han tenido que atacar problemas emergentes ocasionados por enfermedades infecciosas, desnutrición, problemas materno-infantiles, enfermedades no transmisibles y lesiones, siendo las causas de estos males el sedentarismo, el consumo de tabaco y alcohol, la inseguridad pública y vial, la violencia intrafamiliar y el deterioro de la familia.

La población en nuestro país ha crecido más de siete veces, en 1900 se contaban 13.5 millones de habitantes y en el año 2000 sumaron 97.5 millones de habitantes.

La tasa de mortalidad en general ha decrecido, en 1900 se registraban 35 muertes por cada mil habitantes, en el 2000 solamente ocurren 4.5 muertes. La mortalidad infantil en 1900 era de 200 muertes por cada 1,000 nacimientos, en el 2000 se registraron 26 muertes únicamente.

También el promedio de vida de la población se ha incrementado, en 1940 los hombres vivían 40 años y las mujeres 42, en la actualidad los hombres llegan a vivir 70 años y las mujeres 72.

Existen otros factores que inciden en la seguridad social, como el descenso en la velocidad de reproducción de la población, ocasionada por los programas de planificación familiar, lo que desemboca en el envejecimiento de la población, existiendo en 1970 el 4% mayores de 65 años, pronosticándose que en el año 2025, la población adulta alcanzará el 10% del total de la población.

Anualmente entre dos y tres millones de familias emplean más de la tercera parte de su ingreso para hacer frente a los gastos de salud, por lo que el 21% de los mexicanos tiene problemas para pagar su atención médica.

De esta forma, es necesario transitar hacia una economía moderna, con instituciones sólidas, con base en un sistema de salud finan-

ciamente justo y viable. Se está cumpliendo con la seguridad social pero hacen falta recursos.

Es necesario conjugar los factores reales de poder políticos, culturales, sociales, religiosos, económico-financieros (laborales, presupuestarios y fiscales) y jurídicos, con miras a la universalidad de la seguridad social.

Se ha definido a la universalidad de la seguridad social, como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que una persona goce de una calidad de vida integral, mediante la cobertura de diversas contingencias, especialmente salud, capacidad económica y vivienda.

Es así, que con las reformas a la Ley del Seguro Social publicadas en el año 2001, con las nuevas disposiciones reglamentarias que devienen de la misma, incluyendo las facultades de comprobación, se marca la tendencia de México hacia el cumplimiento del principio de universalidad de la seguridad social, el cual consiste en garantizar la protección social y la calidad de vida de todas las personas residentes en un país, sin ninguna discriminación, en cualquier etapa de su vida.

Bajo tal contexto, la norma especial debe proponer la protección sobre los riesgos generales que cubre el seguro social: enfermedad; maternidad; riesgos de trabajo; vejez; muerte; invalidez; asignaciones familiares de diversa índole; y desempleo.

En este sentido, actualmente la Ley del Seguro Social comprende un régimen obligatorio bajo los seguros de: riesgos de trabajo; enfermedades y maternidad; invalidez y vida; guarderías y prestaciones sociales; retiro y cesantía en edad avanzada y vejez, estableciendo la clara tendencia hacia el cumplimiento del citado principio de universalidad, el cual marca la pauta en el desarrollo de las instituciones de seguridad social en el mundo, como es el caso de países como España, Estados Unidos de América, Suecia, Uruguay y Colombia, entre otros.

No obstante, las acciones para la reestructuración de la seguridad social en México no han terminado, es así que deben incluir esquemas integrales que permitan el desarrollo de los instrumentos necesarios para garantizar la viabilidad del régimen financiero de la seguridad social, como resulta el robustecimiento del marco jurídico de los organismos fiscales autónomos en nuestro país.

Sin embargo, a efecto de cumplir con los principios de la seguridad social consistentes en la universalidad, eficiencia, solidaridad, integridad y unidad, se considera la necesidad de articular las políticas, instituciones y procedimientos tributarios, bajo la propuesta de la estructura normativa antes comentadas, a fin de alcanzar los objetivos del seguro social y el cumplimiento de los derechos subjetivos del gobernado en la materia.

*C. Consideraciones sobre el ejercicio de las atribuciones fiscales de los entes de la seguridad social, a través de un ente fiscal autónomo*

Como ha quedado indicado en el apartado anterior, es digno de reflexionar sobre la conveniencia de que los entes de la seguridad social en México cuenten en el ejercicio de sus atribuciones como autoridades fiscales, con un cuerpo normativo (formal y materialmente a nivel de ley) que dé certeza y seguridad jurídica a los sujetos pasivos de la contribución que administra, sobre cuál es la norma sustantiva y adjetiva que debe aplicarse a cada una de las situaciones jurídicas o de hecho que prevea la ley.

Aunado a lo anterior, se estima que también vale la pena analizar si como una medida de apoyo a los sujetos obligados al pago de aportaciones de seguridad social y en aras de que los organismos fiscales autónomos trabajen con una mayor homogeneidad, eficacia y eficiencia en la recaudación, fiscalización y en general, en la administración de dichas contribuciones en busca de la universalidad de la seguridad social, es factible que en México se cuente con un ente fiscal de la seguridad social, sin dejar de reconocer las ideas que sobre el particular ha expresado el maestro Javier Moreno Padilla.<sup>16</sup>

Es de mencionarse que la autoridad fiscal más importante del país, después del Servicio de Administración Tributaria, órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la constituye el IMSS, en su carácter de organismo fiscal autónomo.

<sup>16</sup> Ponencia dictada por Javier Moreno Padilla, en el VII Congreso Nacional de la "Academia Mexicana de Derecho Fiscal", en la mesa III, "Futuro de la seguridad social en México", intitulada "SAT de la seguridad social".

Las atribuciones del IMSS como órgano fiscal autónomo se fortalecieron en materia fiscal con motivo de las reformas que sufrió su Ley en diciembre de 2001. A pesar de que con anterioridad ya era considerado como un organismo fiscal, muchas de las medidas que en materia tributaria se tomaban eran colmadas a través de los diversos acuerdos que su Consejo Técnico emitía haciendo interpretaciones jurídicas, pero al fin y al cabo, sólo se colmaban lagunas.

Adicionalmente, el IMSS ha demostrado su eficiencia en la captación de los ingresos por cuotas obrero-patronales, manteniendo índices de recuperación importantes, lo cual lo ubica como un organismo fiscal de alta eficiencia, además de que tiene autonomía en materia de gestión tributaria y técnica, de forma tal que cumple sus atribuciones de manera ejecutiva con total independencia en las materias de recaudación, administración de sus propias contribuciones, y régimen presupuestal, amén de poder determinar y liquidar, en su caso, las cuotas de los seguros que tiene a su cargo.

Por otra parte, considerando que el IMSS actualmente maneja en su base de datos un promedio de 800 mil patrones, 12 millones de asegurados y 55 millones de derechohabientes, lo ubica como la primera institución de seguridad social en el país, teniendo cobertura de servicios en todas y cada una de las ciudades y puntos estratégicos del país.

Dentro de la estructura del IMSS, la Dirección de Incorporación y Recaudación del Seguro Social es la unidad administrativa responsable de la recuperación de las cuotas obrero-patronales que representan el principal ingreso del Instituto para cubrir los servicios y prestaciones a los trabajadores y sus beneficiarios, que por ley está obligado, así como la recaudación de las cuotas y aportaciones del seguro de Retiro y Cesantía y Vejez, para ser acreditadas en las cuentas individuales de los trabajadores administradas por las afores, lo cual se realiza mediante su estructura operativa conformada por 133 subdelegaciones, 37 delegaciones y cuatro direcciones regionales.

Por otra parte, los institutos que tienen a su cargo la realización de la seguridad social, requieren de mayores recursos y de renovar su capacidad real para programar con certidumbre su desarrollo para el largo plazo. Es por ello que se estima que un ente fiscal de la seguridad social podría contribuir a la optimización de los recursos, sin perjuicio de dotar a dicho ente, tanto de los recursos materiales, así

como de las herramientas informáticas que le permitan recaudar y fiscalizar con oportunidad las aportaciones de seguridad social a cargo de los patrones y los trabajadores, a fin de crear una cultura de pago voluntario y oportuno, para así poder contar con los recursos económicos que permitan la viabilidad operativa de las instituciones, al igual que la del propio ente.

Los seguros que integran a la seguridad social en México son siete: Enfermedades y Maternidad; Riesgo de Trabajo; de Invalidez y Vida; Guarderías; de Retiro; Cesantía y Vejez, y Vivienda.

De los siete seguros, los seis primeros, que representan el 77.7% de la seguridad social, son administrados o están bajo la responsabilidad directa del IMSS y el séptimo de ellos, que representa el 23.3%, es administrado bajo la responsabilidad del INFONAVIT.

En este sentido, actualmente y desde julio de 1997, el IMSS coadyuva con el INFONAVIT, compartiendo la base de datos de patrones y trabajadores afiliados al IMSS, a fin de llevar a cabo el cálculo de las obligaciones correspondientes al seguro de vivienda, además de prestar al propio INFONAVIT, el servicio de entrega de sus propuestas de pago bimestral al sector patronal. Entiendo que, este convenio de servicios ha permitido al INFONAVIT incrementar la captación de sus ingresos por aportaciones de vivienda.

Considerando la trascendencia política, jurídica, desde el marco constitucional, y social que tiene el régimen que nos ocupa, se estima debe analizarse seriamente la posibilidad real de contar con un "ente fiscal de la seguridad social", el cual goce de autonomía técnica, operativa y funcional, bajo la descentralización administrativa en su organización y funciones, previendo, a través del proceso legislativo, la posibilidad de que el mismo cuente con personalidad y patrimonio propios para la mejor captación, administración y supervisión de los recursos que ingresen por concepto de aportaciones de seguridad social, en aras del cumplimiento de la garantía constitucional de la seguridad y previsión social de los trabajadores del Estado mexicano plasmada en el apartado A, del artículo 123 constitucional.

Es necesario advertir que innegablemente se deben tomar en cuenta aspectos de forma y fondo, tales como derogaciones que debieran hacerse a diversos ordenamientos jurídicos (reglamentos de organización interna de los institutos que hoy en día realizan las funciones fiscales en materia de seguridad social; valorar la conveniencia y tal

vez necesidad de reformar sus leyes sustantivas, así como los acuerdos administrativos del Ejecutivo y de sus órganos de gobierno sobre el particular, entre otros ordenamientos); tener cuidado en las referencias y atribuciones que en distintos ordenamientos se hagan al IMSS para que se entiendan conferidas al nuevo ente fiscal; regular lo relativo a los recursos administrativos, juicios y amparos que estén en trámite; prever lo relativo a la capacitación permanente, tomando en consideración principios de igualdad de oportunidades, de especialización, profesionalización, retribuciones y prestaciones, integridad y conducta adecuada de los servidores públicos que lo llegarán a integrar (Servicio Civil de Carrera).

Asimismo, se tendrían que respetar los derechos de los trabajadores, no pudiendo en ningún caso ser afectados por la nueva organización; tendría que preverse su órgano de gobierno, duración y la forma y términos de designación los integrantes.

En virtud de lo anterior, en un mundo moderno y globalizado como en el que vivimos, es cada vez más evidente que la descentralización responsable y cuidadosa, basada en criterios de eficacia, respeto a la autonomía y equidad, rinde mayores frutos que la concentración de funciones, facultades y recursos, al mismo tiempo que facilita el ahorro de recursos, la eficacia y el desarrollo sustentable.

Para que un país tenga éxito en un nuevo esquema tributario mundial, es necesario contar con entes ágiles, responsables, con capacidad de respuesta y herramientas para enfrentar los retos que impone el desarrollo, así como con ordenamientos jurídicos claros que den certeza jurídica al gobernante y gobernado.

## V. CONCLUSIONES

1. A través de la historia de nuestro país, ha estado presente la institución de la seguridad social, al principio de manera incipiente, desde las épocas prehispánica, colonial e independiente, con miras a la protección de uno de los derechos fundamentales de los mexicanos, la salud.

2. El artículo 123 de la Constitución de 1917 fue el punto de partida para la creación de los entes encargados de proporcionar el servicio público de la seguridad social, los que hoy en día son verdade-

ros organismos fiscales autónomos, cuya actuación se desarrolla bajo un marco jurídico especial.

3. Para la consecución de su objeto; la seguridad social, los organismos fiscales autónomos del Estado mexicano, el IMSS y el INFONAVIT, cuentan con facultades y atribuciones en materia de comprobación fiscal, para llevar a cabo la recaudación de sus contribuciones de seguridad social y aportaciones de vivienda, respectivamente, de conformidad con las leyes especiales que los regulan.

4. Dichos organismos fiscales autónomos deben ejercer las facultades de comprobación dentro del procedimiento tributario administrativo o fiscal, el cual se integra por las fases de planeación fiscal; determinación de la contribución; ejecución y pago; fiscalización o auditoría fiscal; y sancionatorias y de impugnación, bajo los principios generales del derecho y aquellos principios especiales directamente aplicables a la contribución y al procedimiento fiscal, teniendo como objetivo: el cumplimiento de la obligación prevista en la legislación fiscal.

5. Es importante mencionar, que la adecuación al marco jurídico especial del IMSS que se ha venido llevando a cabo desde la primera Ley del Seguro Social en 1943, ha tenido un momento culminante con las reformas de diciembre de 2001 a la vigente Ley de 1997, así como las realizadas al Reglamento de Organización Interna del Instituto y la publicación del Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, que tienden a robustecer las facultades de comprobación fiscal del IMSS, como un paso más en la tendencia de México en el cumplimiento de los principios de universalidad e integridad de la seguridad social, con base en nuevos esquemas de comprobación fiscal para mejorar la recaudación y hacer más eficiente la administración de los recursos, adecuando su infraestructura administrativa, a través de la creación de unidades administrativas de carácter normativo y de operación desconcentrada, en materia de planeación fiscal, incorporación al régimen de la seguridad social, determinación y cobro de cuotas obrero-patronales y fiscalización.

6. Resulta de trascendencia puntualizar que el ejercicio de las facultades de comprobación se lleva a cabo dentro de un marco jurídico disperso en diversos ordenamientos fiscales, como la Ley del Seguro Social y el Código Fiscal de la Federación y con sustento en la

interpretación e integración de la norma fiscal competencia del Instituto, lo cual genera problemas en la correcta aplicación de la legislación fiscal correspondiente, tanto para el gobernante, como para el gobernado.

7. Por lo tanto, y no obstante las reformas al marco normativo fiscal de los entes de seguridad social en nuestro país, continúan latentes los problemas de interpretación e integración del marco normativo en la materia, presentándose el fantasma de la posible responsabilidad administrativa e incertidumbre en la actuación administrativa de la autoridad e inseguridad jurídica para los contribuyentes.

8. En atención a lo anterior, se considera evaluar la propuesta de contar con un ordenamiento jurídico fiscal integral *ad hoc* a las necesidades financieras y tributarias de los entes fiscales o robustecer, en los apartados conducentes, la legislación especial aplicable a dichos organismos, y, en segundo lugar, con un ente fiscal autónomo que administre de manera especializada las contribuciones de seguridad social, que necesariamente conducirían a generar condiciones de viabilidad financiera para un mejor cumplimiento del principio de universalidad de la seguridad social, el cual consiste en otorgar la protección social en la materia a todas las personas residentes en el Estado mexicano, sin discriminación alguna y en cualquier etapa de su vida.

## LA CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE. CONTRATOS DE LICENCIA Y FRANQUICIA

Carlos MÜGGENBURG

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. *Consideraciones superficiales de los contratantes*. A. *Tribunales*. B. *Arbitraje*. II. *Ley aplicable*. 1. *Distinción*. A. *Ley aplicable*. B. *Jurisdicción*. 2. *Leyes adjetiva y sustantiva*. III. *Criterios prácticos en la selección de la jurisdicción*. *Contratos de licencia y franquicia*. 1. *Anticipamiento sobre parte incumpliente*. A. *Licenciante*. B. *Licenciatario*. 2. *Territorio*. A. *Cumplimiento del contrato*. B. *Ejecución de sentencias*. C. *Ubicación de los bienes de la parte que incumple*. IV. *Arbitraje*. 1. *Institucional y no institucional o ad hoc*. 2. *Naturaleza jurídica*. A. *Contrato*. B. *Privatización de la función gubernamental judicial*. 3. *Ejecución del laudo arbitral*. A. *Riesgo para partes institucionales*. V. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. Consideraciones superficiales de los contratantes

Siempre que las partes están negociando un contrato (incluyendo el caso de los de licencia o de franquicia) llegan al punto en el que tienen que decidirse por una u otra jurisdicción<sup>1</sup> y por la ley aplicable. En tanto que otros aspectos o cláusulas de un contrato están

<sup>1</sup> Del latín *jus*, derecho y *dicere* decir declarar; *Diccionario jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989, p. 1884.

"Jurisdicción es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes una determinada situación jurídica controvertida", BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1987, p. 5.

principalmente imbuidos de consideraciones comerciales, que hacen con frecuencia prevalecer a éstas sobre las jurídicas debido a que estas últimas de alguna forma solamente les dan soporte a las primeras, en la determinación de la ley aplicable y de los tribunales que conocerán del caso al surgir una controversia entre las partes, sucede en buena medida lo contrario. Por principio cada parte cree que el sometimiento a la ley y tribunales de su propia jurisdicción es el mejor camino para la resolución de cualquier diferencia con su contraparte; es decir, que sea un juez de su territorio el que resuelva (el que declare el derecho) y lo haga de acuerdo con la ley del propio territorio.

Sin embargo, esa idea más que una acertada conclusión jurídica es una creencia común de las partes, derivada de análisis poco profundos e inadecuados razonamientos de las verdaderas ventajas y desventajas de las circunstancias particulares que rodean a la relación contractual. Es entonces cuando el abogado debe hacer un análisis apropiado y prestar la asesoría correcta.

Cuando cada una de las partes se percata de que la otra querrá que también sean los tribunales de su jurisdicción los que conforme a sus propias leyes resuelvan las controversias que entre ellas se susciten; considerarán en consecuencia que la solución intermedia o de transacción a tal contradicción en el parecer de ellas, es el arbitraje, como el mejor método para resolver esa diferencia en la negociación contractual, para así evitar el riesgo de que lo hagan los tribunales de una jurisdicción distinta a la suya. El problema consiste en que, si bien el arbitraje puede ser un medio rápido y eficiente de solución de controversias entre las partes, en un sinnúmero de casos, ello no constituye una verdadera solución intermedia o de transacción al desacuerdo entre ellas con respecto a la cláusula de jurisdicción. Aun cuando así fuera, quedaría en tal caso todavía pendiente de resolverse por lo menos el complejo tema relativo al cumplimiento o ejecución adecuados del laudo arbitral.

#### A. Tribunales

Por principio como ha quedado dicho, ambas partes tratarán de que se convenga que sean los tribunales de su propia jurisdicción los que

sean competentes para resolver las controversias entre ellas, y aun con mayor razón cuando se trate de jurisdicciones ubicadas de distintos países. Dudas acerca del favoritismo, corrupción, costo y lentitud de los procedimientos judiciales en la jurisdicción de la contraparte, son generalmente planteadas para resistirse al sometimiento a la jurisdicción de dicha otra parte.

#### a. Favoritismo

La propia naturaleza humana hace que cada quien se sienta más confortado cuando actúa dentro de su propia región o territorio. Por el contrario, cuando se actúa en el ámbito o territorio de otro u otros, surge algún temor derivado de al menos cierto grado de incertidumbre.

Dicha incertidumbre se vuelve evidentemente aún mayor para cada parte, cuando lo que se confía a un juez del territorio de la contraparte, es la solución de su controversia contractual con esta última; es decir, puede estar poniendo el destino de al menos parte de su patrimonio o su negocio en manos de alguien en quien por principio no tiene por qué confiar.

La falta de familiaridad con las prácticas y costumbres de un territorio que es ajeno, será siempre un elemento al menos hipotéticamente adverso, que estará invariablemente presente en la selección de tribunales competentes para la solución de una controversia. Evidentemente, las partes estarán reacias a someterse a la jurisdicción de su contraparte porque tendrán sistemáticamente la sospecha de que la resolución judicial pueda ser dictada con base en algún principio regional o nacionalista no escrito o en uno de solidaridad o confianza mal entendidas, que se puede inclusive llegar a desarrollar más fácilmente durante el procedimiento en beneficio de la parte en cuya jurisdicción se opera.

#### b. Corrupción

De vez en cuando al menos, la prensa u otros medios de comunicación (quizá con un ánimo más de tener la primicia que esencialmente informativo) dan a conocer noticias de rumores sobre presuntos actos de corrupción en prácticamente cualquier país, cometidos por autoridades incluyendo particularmente jueces, lo que pone sobre

aviso a las partes para no someter sus diferencias contractuales a un juez que no sólo pueda resultar desconocido, sino es que desconfiable por su eventual parcialidad.

Tales rumores tienen inclusive mayor impacto en aquéllos que no tienen experiencia jurídica y no están familiarizados con los tecnicismos legales formales de los procedimientos judiciales que son los que (sin desconocer que haya actos de corrupción), muchas veces hacen que los tribunales resuelvan a favor de una de las partes que no necesariamente es la que pareciera tener la razón en el fondo del asunto, debido a que su abogado no ha tenido la pericia para manejar apropiadamente el caso en los tribunales. Además, el abogado de la parte perdedora difícilmente reconocerá que su estrategia no resultó ser la adecuada para evitar al menos que el juez se pronunciara a favor de su contraparte.

### c. Costo

La estimación de los costos relacionados con un litigio en una jurisdicción ajena a la de una parte, nunca debe limitarse a los gastos y costas del juicio generalmente previstos en la ley. Cada parte debe informarse de la forma en que se determinan sus honorarios los abogados de esa jurisdicción, los de los peritos, la necesidad de certificaciones, fes de hechos, impuestos y tarifas en su caso. Con frecuencia, ante la urgencia del manejo del caso el tema de honorarios se deja pendiente como un valor entendido, que generalmente resulta no serlo. Además, se hace necesario familiarizarse con honorarios ligados a resultados y otras costumbres por cuanto a la fijación de honorarios de los abogados en materia litigiosa se refiere. Inclusive, montos de honorarios que pueden resultar sorpresivos están con frecuencia previstos en los aranceles de las leyes procesales que serán aplicables a falta de convenio previo entre el cliente y su abogado.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (*Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1996), por ejemplo, prevé en sus artículos 126 a 140 (Título Séptimo) que a criterio del juez se podrá condenar en costas a la parte perdedora con base en la cuantía del negocio con un monto del 10% cuando la cuantía del negocio litigado no excede de 100,000 pesos, que se reduce a 4% si dicha cuantía excede de 500,000 pesos y se aumenta en 1% en segunda instancia; cuando los negocios no tienen cuantía se establece en la misma ley una cantidad fija por cada servicio legal, por ejemplo "por el estudio del negocio para plantear la demanda", "por el escrito de demanda", etcétera.

La falta de experiencia en la previsión del curso que pueda tomar un asunto en los tribunales también puede incrementar en forma importante el costo de un litigio; la falta de explicación previa detallada del abogado o la incomprensión de ésta, con frecuencia generan que la relación entre el abogado y su cliente se vuelva las más de las veces tensa por lo menos, durante el desarrollo del litigio.

### d. Lentitud

Prácticamente todos los casos tardan en los tribunales más de lo que las partes desean. Los abogados, inclusive los más expertos, tratan de anticipar la duración de sus litigios tomando en cuenta el promedio de duración de otros litigios en que se han visto involucrados, pero aun así es prácticamente imposible que puedan tener certeza de la duración de los nuevos casos en que apenas van a involucrarse. Cada caso tiene sus propias dificultades y además la estrategia de la contraparte puede hacer que cualquier asunto se alargue mucho más de lo esperado. Además, cuando una parte sabe que difícilmente obtendrá un resultado favorable, llevará a cabo tantas acciones y omisiones como le sea posible, incluyendo la interposición de tantos recursos como haya disponibles para retrasar una sentencia que se presume desfavorable.

### B. Arbitraje

Los inconvenientes analizados anteriormente dificultan en buena medida que las partes puedan fácilmente convenir por anticipado, ante qué autoridad judicial resolverán las controversias que se susciten durante la vigencia de su relación contractual; es decir, ninguna de ellas aceptará tomar los riesgos de favoritismo, corrupción, costos inesperados y lentitud de los tribunales del territorio de su contraparte. Esta contradictoria situación automáticamente hace pensar a las partes que el arbitraje es la solución alternativa a su problema.

#### a. ¿La solución para resolver sus controversias?

El arbitraje es malamente entendido como la solución a la discrepancia de las partes en la selección de los tribunales que habrán de resol-

ver a su vez diferencias contractuales. El arbitraje es solamente un mecanismo más para resolver controversias contractuales, pero no la solución intermedia o de transacción para prever quién, en dónde y cómo se van a resolver las controversias de las partes. Es en realidad dicho en otras palabras, un mecanismo alternativo adicional para resolver en sí controversias contractuales. Sin embargo, después de haber convenido en el uso del arbitraje, las partes tendrán que convenir, por lo menos, no sólo el lugar sede del arbitraje (y con ello evitarse gastos de traslado), sino además al menos la ley que habrá de utilizarse para resolver las controversias de fondo. La ley adjetiva o procesal puede haber quedado ya determinada al ponerse de acuerdo las partes sobre el lugar en que se llevará a cabo el arbitraje.<sup>3</sup>

#### b. Costo

Otro error de concepción acerca de lo que implica el arbitraje tiene que ver con su costo. El manejo de los asuntos en los tribunales en México es por esencia gratuito,<sup>4</sup> o si acaso de muy bajo costo, en tanto que el de un arbitraje no lo es por su propia naturaleza y desde luego por regla general. Además el arbitraje es generalmente condu-

<sup>3</sup> El artículo 1435 del Código de Comercio correspondiente al Título Cuarto de dicho Código (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de julio de 1993) prevé que "...las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones [pero que a falta de acuerdo]... el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado". Además, el artículo 1445 del mismo Código prevé que "si las partes no hubieran elegido las normas de derecho aplicables, el tribunal apelará el derecho sustantivo del país excluyendo las normas relativas a conflictos de leyes".

Por su parte, el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ver, Cámara de Comercio Internacional, París, Francia, reeditado en julio de 2003, versión en español) establece por ejemplo que, "el procedimiento ... se regirá por el Reglamento y en caso de silencio de éste por las normas que las partes, en su defecto, el Tribunal Arbitral, determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje" y que por lo que a las normas aplicables al fondo se refiere el artículo 17, del mismo Reglamento señala: "A falta de acuerdo de las partes el Tribunal aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas... [además] de las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes".

<sup>4</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14: "...toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales... su servicio será gratuito". Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

cido ante un auténtico tribunal o panel integrado por tres árbitros, y no por un solo juzgador como es la regla al menos en primera instancia en los tribunales, en el que cada uno de los árbitros cobra su propio honorario.<sup>5</sup> En el caso del arbitraje institucional (como lo es el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo) el organismo arbitral cobra con razón, además de los honorarios de los árbitros, gastos propios de la administración del arbitraje que por regla general no son bajos; otros organismos de arbitraje operan de manera similar.<sup>6</sup> Además, los asesores legales o abogados cobran sus propios honorarios y en su caso gastos de viaje, hospedaje, etc., cuando un tercer lugar o país es seleccionado como sede del arbitraje.

Sin embargo, como generalmente el arbitraje tiene una duración más corta que un juicio seguido en los tribunales (cuando es llevado hasta el final en éstos), la reducción en el tiempo hace que el arbitraje en la práctica no sea tan caro como pudiera parecer, porque los

<sup>5</sup> La tarifa de honorarios de un Árbitro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional prevé que un árbitro cobrará como mínimo cuando la cuantía de litigio sea de hasta 50 mil dólares, un mínimo de 2,500 dólares y un máximo de 17% de dicha cuantía y desde 61,750 más 0.01% (sobre el excedente) hasta 285,800 más 0.056% (sobre el excedente) cuando la cuantía supere los 100 millones de dólares de los Estados Unidos. La tarifa de gastos administrativos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional establece rangos de cuantía de negocio semejantes a los honorarios base de los árbitros, cuyo monto mínimo es 2,500 dólares y el máximo es de 88,800 dólares de los Estados Unidos. Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional, París, Francia, reedición, 2003, versión en español.

<sup>6</sup> Por su parte, el Arancel para el Cálculo de los Gastos del Arbitraje de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México prevé (como rangos mínimo y máximo) que cuando el monto del litigio sea de hasta 1 millón de pesos, la tasa administrativa será de 22 mil pesos y los honorarios por árbitro serán de 48 mil pesos, y de 442,400 pesos y de 905,400 pesos más 0.02% el honorario.

El Arancel para el Cálculo de Cuotas Administrativas y Honorarios de los Árbitros del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México prevé como cuota administrativa 10 mil pesos más 1.79% sobre el excedente del límite inferior cuando el monto de la controversia no excede de 500 mil pesos y de 293,550 pesos más 0.30% del excedente cuando el monto de la controversia sea de 500 millones de pesos o más y prevé cuando el monto de la controversia es de 500 mil a 1 millón de pesos, un honorario mínimo de 11 mil pesos más 2.20% sobre el límite inferior y un máximo 28 mil pesos más 5.40% sobre el excedente; y de 356 mil pesos más 0.0326% del excedente del límite inferior hasta 890 mil pesos más 0.0816% sobre el excedente cuando el monto de la controversia excede de 500 millones. Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Ed. Themis, México, 2003, pp. 348 y 370.

honorarios y gastos devengan en un plazo más breve que en el caso de un litigio en tribunales y ello motiva un aprovechamiento más eficiente del tiempo; ello es así porque el laudo es emitido en un plazo mucho menor que el de una sentencia judicial. Esto último hace que las partes tengan una solución favorable o desfavorable en menor tiempo, lo que evidentemente hace que al menos por cuanto a tiempo se refiere se logren algunos ahorros. En México, por ejemplo, obtener una sentencia definitiva toma fácilmente dos instancias<sup>7</sup> en el juicio ordinario y hasta dos instancias más en el juicio de amparo y excepcionalmente "pueden existir tres instancias" en el juicio de amparo,<sup>8</sup> que en tiempo puede traducirse en 18 o 24 meses tratándose de las dos primeras instancias y de nueve a doce meses más en el juicio de amparo, a diferencia de un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional en el que las partes no tomen una actitud marcadamente contenciosa, el cual con frecuencia se concluye en un plazo no mucho mayor a dieciocho meses.<sup>9</sup>

## II. LEY APLICABLE

### 1. Distinción

En forma similar a lo que sucede en el caso de un asunto que va a ser manejado en los tribunales, la ley aplicable puede y debe ser conve-

<sup>7</sup> BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1987, p. 591, "... no se trata de un juicio en el que vuelvan a plantearse los mismos problemas de la primera instancia con un conocimiento pleno del tribunal de alzada, sino de una revisión de la resolución dictada en primera instancia para corregir los errores *in judicando* o *in procedendo* que alegue la parte recurrente, precisamente en la expresión de agravios, pues el tribunal del segundo grado tiene el control de la legalidad de las decisiones de los jueces de primera instancia".

<sup>8</sup> CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, México, 1994, p. 550.

<sup>9</sup> Corte Internacional de Arbitraje, CCI. Servicios de Solución de Controversias. Publicación del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, 3a. ed. revisada, agosto, 2003, p. 4. Conforme al Reglamento de Arbitraje de la propia Corte Internacional de Arbitraje de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional y a la práctica se pueden prever plazos de 30 días tanto para contestar la demanda y así como para hacer objeciones con respecto a la independencia de los árbitros, dos meses para la firma del "acta de misión", seis meses para desahogo de pruebas y alegatos y seis meses para elaboración del laudo, más 30 días para aclaración del laudo en su caso (artículos 5.1, 7.2, 18.2, 24.1 y 29.2), Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional, París, Francia, reedición, 2003, versión en español.

nida por las partes. Como se indicó anteriormente, el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias contractuales a ser convenido en la cláusula de jurisdicción de los contratos, que no resuelve el problema relativo a la ley aplicable.

### A. Ley Aplicable

No obstante que como ya se indicó generalmente las reglas de los sistemas de arbitraje institucional prevén por sí mismas aunque sea de manera general como se ha de regir el procedimiento, es decir que normas procesales han de ser aplicables para el caso de que las partes no los hayan convenido, los árbitros tienen que ser instruidos por las partes de antemano, acerca de la ley que habrán de aplicar al fondo del asunto en caso de controversia. A falta de tal instrucción los árbitros decidirán qué ley aplicar.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> El artículo 1435 del Código de Comercio correspondiente al Título Cuarto de dicho Código (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de julio de 1993) prevé que "las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones [pero que a falta de acuerdo] el Tribunal Arbitral podrá con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado". Además, el artículo 1445 del mismo Código prevé que "si las partes no hubieran elegido las normas de derecho aplicables, el tribunal aplicará el derecho sustantivo del país excluyendo las normas relativas a conflictos de leyes".

Por su parte el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ver, Cámara de Comercio Internacional, París, Francia, reeditado, julio, 2003, versión en español) establece que "el procedimiento ... se regirá por el reglamento y en caso de silencio de éste por las normas que las partes o en su defecto, el Tribunal Arbitral, determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje" y por lo que a las normas aplicables al fondo se refiere, el artículo 17 señala: "A falta de acuerdo de las partes el Tribunal aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas ... [además] de las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes".

Siguiendo la Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en sus artículos 19 y 33, los artículos 1 y 40 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de la Ciudad de México, presumen la aplicación del mismo como ley adjetiva por el solo sometimiento al arbitraje de esa institución salvo que el reglamento se conflictúe con disposiciones de "derecho público" y como aplicables en el fondo las que el tribunal arbitral determine salvo acuerdo distinto de las partes, además de los usos mercantiles de comercio. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 21 y 23 de las Reglas del Centro de Arbitraje de México, pero al igual que el de la Cámara de Comercio Internacional prevé la prevalencia del Reglamento y sólo lo que las partes hubieran acordado si éste fuere omiso. Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Ed. Themis, México, 2003, pp. 243, 267, 349 y 365 y 335 y 336, 348 y 370.

En otras palabras, en la práctica la falta de acuerdo entre las partes sobre el juez que habrá de decidir las controversias entre ellas, con frecuencia se resuelve mediante la selección de un panel arbitral o un solo árbitro y de esa manera se evita la interminable discusión de si debe conocer del eventual litigio el juez del territorio de una u otra de las partes. Si se opta por un arbitraje institucional o uno *ad hoc*, se habrá resuelto (implícitamente) muy probablemente también el problema de la ley procesal aplicable; sin embargo, ello no basta, pues el tema de la ley aplicable al fondo del asunto, sigue a tal punto sin resolverse no obstante que el arbitraje haya sido ya acordado como método de solución de las controversias. Es decir, para evitar que sean los árbitros los que tengan que debatir y ponerse de acuerdo sobre la ley que regirá, no basta con haberse decidido por el arbitraje; las partes deben convenir también cuál será la ley sustantiva que los árbitros escogidos habrán de aplicar.

Se puede concluir en consecuencia por lo tanto, que la mera selección del arbitraje como medio para resolver las controversias deja aún pendientes de decidir, el lugar sede del arbitraje, la ley adjetiva o del procedimiento que seguirán los árbitros y la sustantiva o de fondo que habrán de aplicar, además del idioma. Las partes deben acordar sobre estos otros temas también por anticipado.

### B. Jurisdicción

Como se ha indicado anteriormente, en los contratos se debe prever quién habrá de resolver las controversias que se susciten entre las partes ya que de lo contrario será la ley la que determine el juez, del domicilio de uno u otra de las partes u otro juez, como el competente para conocer del caso.<sup>11</sup> Cuando las partes se localicen en diferentes territorios jurisdiccionales, surgirá siempre el conflicto acerca de cuál debe ser estratégicamente el juez competente que convengan las par-

<sup>11</sup> Como primera regla general, el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (*Diario Oficial de la Federación*, del 1 de septiembre de 1932 y del 30 de diciembre de 1975), prevé que sea competente en primer lugar el Juez del domicilio del deudor; por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1943, erratas del 13 de marzo de 1943, y 18 de diciembre de 2002), señala en su artículo 24 como regla general el mismo principio pero refiriéndose al domicilio del demandado.

tes, y aun más ante el riesgo de que cada una de las leyes aplicables en el territorio de cada una de las partes prevea de una u otra forma, que sea el juez de su territorio el que resulte competente, quedaría entonces el asunto de la jurisdicción competente sin solución convencional. Ante tal situación, aún antes de entrar a resolver la controversia de fondo, tendrían las partes que resolver otra consistente en determinar quién será el juez o tribunal competente. La cláusula arbitral sí resuelve de antemano esta discrepancia.

En tanto que tratándose de cláusulas contractuales de determinación de la competencia jurisdiccional siempre es recomendable no sólo definir qué juez conocerá del caso, sino además que las partes renuncien por anticipado de manera expresa e indubitable a su derecho a invocar la competencia de cualquier otro juez o tribunal;<sup>12</sup> ello no es necesario tratándose de cláusulas arbitrales. La sola renuncia a cualquier jurisdicción sin señalar al juez competente en el contrato, habrá de prestarse a ser interpretada en el sentido de que, salvo el juez o tribunal a cuya jurisdicción se renunció, cualquier otro que conforme a la ley pueda ser competente, podrá conocer y resolver el caso. Como se ha indicado, en materia arbitral opera exactamente el principio contrario, es decir, la sola inclusión de la cláusula arbitral excluye (en tanto las partes expresa o implícitamente no convengan otra cosa) la posibilidad de cualquiera otra jurisdicción.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> El artículo 1093 del Código de Comercio (*Diario Oficial de la Federación* del 7 de octubre de 1889, 4 de enero de 1989 y 23 de mayo de 2000), establece: "Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncien clara y terminantemente al fuero que la ley concede y para el caso de controversia, señalan como tribunales competentes a los del domicilio de cualquiera de las partes, del lugar de cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas, o de la ubicación de la cosa". Por su parte los artículos 151 y 152 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (*Diario Oficial de la Federación* del 1 al 21 de septiembre de 1932 y del 27 de diciembre de 1983), también prevén que la sumisión a una jurisdicción cuando el fuero sea renunciante, se haga "clara y terminantemente".

<sup>13</sup> Los artículos 1423 y 1424 del Código de Comercio (*Diario Oficial de la Federación* del 22 de julio de 1993) establecen: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra", y que "El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellos, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible".

## 2. Leyes adjetiva y sustantiva

Las cláusulas contractuales relativas a las leyes aplicables deben ser entendidas en su contenido, como un asunto independiente de las relativas a la jurisdicción, no obstante que desde un punto de vista formal frecuentemente se incluyan ambos aspectos dentro de una sola cláusula contractual. La materia de una cláusula de jurisdicción es siempre la selección de antemano, del tercero que habrá de resolver las disputas entre las partes derivadas de su relación contractual, sean éstos los del territorio de una u otra de las partes o no, un árbitro o un panel arbitral.

El objeto de las cláusulas contractuales relativas a la legislación aplicable es evitar que las partes tengan sobre esta materia un litigio previo a lo que debe ser la materia real de la controversia, en el que se tenga que definir conforme a qué ley habrán de resolver sus divergencias. Al respecto, será también importante que las partes distingan entre la ley procesal y la ley del fondo. Las cláusulas contractuales respectivas generalmente no hacen tal distinción pues se refieren solamente a la "ley aplicable". Aunque en las cláusulas contractuales definitorias de la jurisdicción judicial generalmente se entiende que tal falta de distinción hace que tanto la ley sustantiva como la adjetiva sean las de la jurisdicción del juez competente por ser éstas las que en principio habrá de aplicar dicho juez, no sucede lo mismo tratándose de cláusulas arbitrales, especialmente en el caso de arbitrajes institucionales. Por ello, resulta esencial, en el caso de cláusulas contractuales arbitrales, distinguir entre la ley procesal o adjetiva y la ley sustantiva o del fondo del asunto. Mientras que la ley adjetiva instruirá al juzgador sobre el procedimiento y formas a seguir en la solución del conflicto, la ley sustantiva lo habrá de guiar en la solución del fondo o materia realmente controvertida del asunto.

### III. CRITERIOS PRÁCTICOS EN LA SELECCIÓN DE LA JURISDICCIÓN. CONTRATOS DE LICENCIA Y FRANQUICIA

#### 1. Anticipamiento sobre parte incumpliente

El arbitraje no es una solución íntegra a las diferencias entre contratantes que no se ponen de acuerdo sobre la forma en que resolverán

sus controversias contractuales; es solamente una alternativa para el caso de que determinen que no pueden ponerse de acuerdo sobre cuál de sus propios tribunales habrá de resolver sus controversias.

La duración y costo del litigio, la ubicación de los bienes y la naturaleza de los derechos y obligaciones en disputa, constituyen probablemente los elementos más importantes a considerar en la deliberación de si se opta o no por la cláusula arbitral; particularmente tratándose de contratos considerados atípicos o innominados como son el de licencia y/o franquicia.<sup>14</sup> Sin embargo, son elementos aun más críticos en dicha decisión, la mayor o menor presencia nacional e internacional de la contraparte, así como el impacto que en su reputación tendría el incumplimiento de un laudo arbitral dictado en su contra.

#### A. *Licenciante*

En lugar de insistir en que los tribunales de su jurisdicción sean los competentes, el licenciante o franquiciante, por ejemplo, a efecto de decidir quién debe conocer de las controversias, habrá mejor de considerar (i) si será el licenciante o el licenciataro quien más fácilmente se ubicará en una posición de incumplimiento del contrato, (ii) qué obligaciones serán las más fácilmente incumplibles y cuyo incumplimiento tendría consecuencias más graves para él, (iii) la naturaleza y ubicación de los derechos bajo el contrato, (iv) la probabilidad de recuperar más prontamente la posesión de los derechos conferidos y (v) el lugar en que haya mejores oportunidades de ser indemnizado. Todos estos elementos deben ser considerados (ética y prácticamente a la vez) cuando se haga la evaluación del juzgador que, de mejor manera para los intereses del licenciante, resolverá y hará cumplir cualquier sentencia que se emita al respecto. Sería lógico anticipar, por ejemplo, al hacer esta evaluación que, los tribunales del territorio de la contraparte no deberían ser escogidos si fuere posible anticipar que tales tribunales no actuarán objetiva e independientemente de cualquier influencia subjetiva; sin embargo, tal situación sería menos importante en el caso de que el objeto del con-

<sup>14</sup> ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, Ed. Trillas, 2a. ed., 1989, pp. 46 y 53.

trato sea una marca licenciada a un licenciataria, porque la protección más eficiente habrá que tenerla en el territorio de la autoridad ante la cual está registrada la marca dada bajo licencia, pues tal autoridad será la que necesariamente habrá de ejecutar o hacer cumplir la sentencia del tribunal, y curiosamente en ese caso será seguramente el territorio del tribunal de la contraparte es decir, de la licenciataria.

### B. Licenciataria

El licenciataria deberá hacer el mismo ejercicio (ética y prácticamente también) pero a la inversa, cuando esté negociando la cláusula de jurisdicción. La naturaleza jurídica del objeto del contrato conforme a las leyes del territorio del licenciante y del licenciataria, particularmente tratándose de derechos intangibles como son los conocimientos técnicos a ser transmitidos, así como la clase de sanciones o consecuencias resultantes en caso de incumplimiento y la eficacia de su aplicación dentro y fuera del territorio correspondiente, serán factores de particular importancia para la definición de la jurisdicción conveniente.

## 2. Territorio

Es de la mayor importancia poder conocer la ley del territorio en el que el contrato va a surtir efectos o al menos en el que va a surtir los más importantes, y distinguir cuáles de las normas jurídicas aplicables serán supletorias de la voluntad de las partes y cuáles por ser de orden público se aplicarán aun contra la voluntad de éstas, antes de poder decidir cuál será la ley que se aplicará para resolver las controversias. En general rige ya en las diversas jurisdicciones como principio el de que los tribunales pueden aplicar la ley o el derecho extranjero, en la medida en que no contravenga el orden público nacional.<sup>15</sup>

### A. Cumplimiento del contrato

Constituye un asunto de la mayor importancia determinar el territorio en el que el contrato habrá de ejecutarse principalmente o darse

<sup>15</sup> Ver artículos 14 y 15 de los códigos civiles Federal y del Distrito Federal

la mayor parte de sus efectos, es decir, el lugar en el que habrán de cumplirse las obligaciones principales de cada parte. En el caso de contratos de licencia o franquicia, por ejemplo, salvo cuando se pacte que el entrenamiento o capacitación del personal del franquiciario o licenciataria deba ocurrir en el territorio del licenciante o franquiciante, el resto, y sobre todo el uso de los conocimientos técnicos o de los derechos de propiedad industrial o de autor, se darán generalmente en el territorio del licenciataria o franquiciario. Basados en dicho principio, la conclusión automática será que tales bienes u objeto del contrato habrán de estar de una u otra manera ubicados en el territorio del licenciataria; independientemente de que siendo éstos, marcas u otros derechos de propiedad industrial o de autor, puedan estar registrados o reconocidos en cualquier otro territorio. Los conocimientos técnicos que, por ejemplo, no son generalmente materia de protección registral, constituyen un objeto contractual cuya naturaleza y derechos del titular de los mismos dependerán de la ley aplicable en el territorio del licenciataria o franquiciario principalmente, así como de la interpretación y precedentes judiciales que puedan resultar también aplicables en dicho territorio. Resulta indispensable conocer dicha naturaleza y derechos bajo la legislación del territorio del licenciataria para hacer una selección apropiada de la jurisdicción, o al menos prever los efectos desfavorables de su tratamiento en la legislación territorio de la contraparte y así poder adoptar preventivamente las medidas de protección apropiadas para una mejor eventual defensa.

### B. Ejecución de sentencias

Si un contrato fuere a ser rescindido o de alguna manera terminado anticipadamente como consecuencia de algún incumplimiento del licenciataria, los efectos de tal terminación anticipada habrán de sucederse, principalmente o al menos los más importantes en esas circunstancias, en el territorio del licenciataria. Obtener una sentencia de un tribunal de un territorio distinto al de la jurisdicción del licenciataria en tal caso, requerirá necesariamente que dicha sentencia sea eventualmente homologada, asumiendo además que no existan normas de orden público en el territorio del licenciataria que pudieren verse violadas con la ejecución de tal sentencia. Será nece-

sario llevar a cabo una acción judicial adicional para hacer efectiva o poder ejecutar, salvo el (entonces solamente anticipado) remoto caso de cumplimiento voluntario, la sentencia dictada por el tribunal de la otra jurisdicción. Dicho segundo juicio podría ser evitado en la medida en que la acción de cumplimiento o de rescisión se hubiera podido iniciar ante los tribunales competentes del territorio del licenciatario, con lo que además se ahorraría tiempo y habría evitado también cualquier posible violación a las normas de orden público vigentes en el territorio del licenciatario. Por su parte, el licenciatario debe evaluar en su caso la conveniencia de poder demandar del licenciante, el cumplimiento forzoso o la rescisión por incumplimiento en los tribunales del territorio de este último, logrando con ello una ejecución o cumplimiento forzada más rápido y fácil de sus derechos.

### C. Ubicación de los bienes de la parte que incumple

En aquellos casos en que una controversia haya de resolverse a través de indemnización y no sólo mediante la mera terminación de los derechos del licenciatario para usar los derechos de licencia o franquicia, el lugar de ubicación de los activos de la parte que haya incumplido con el contrato se vuelve más importante. En el caso de que el juez ordenara una indemnización como sanción al incumplimiento y la misma no fuera cumplida voluntariamente por la parte perdidos, el embargo, por ejemplo, de los activos de dicha parte para asegurarse el pago de tal indemnización, es la opción viable para asegurar el pago. Si el juez que conozca del asunto se ubica en una jurisdicción distinta a la de la ubicación de los activos, una vez más dos procedimientos judiciales tendrían que llevarse a cabo. Uno con el juez que ordene el pago y otro para el aseguramiento o embargo y remate judicial de los bienes que garanticen el pago. En este último caso si los bienes mencionados se ubican en otro país, la sentencia que ordene su embargo o aseguramiento tendría que ser homologada, pero inclusive su ejecución, sin perjuicio de los tratados internacionales que en esta materia resultaren aplicables, quedaría sujeta al cumplimiento de las normas del orden público de la jurisdicción en que se ubiquen los bienes.

## IV. ARBITRAJE

Un análisis completo de la naturaleza del arbitraje debe ser llevado a cabo para comprender íntegramente lo que es y lo que implica seleccionarlo como medio para solucionar las controversias contractuales, considerando tanto sus beneficios como sus desventajas, y como se ha dicho, no solamente pensar que es un mecanismo de transacción para resolver el desacuerdo entre las partes para determinar quién debe resolver sus conflictos contractuales.

### 1. Institucional y no institucional o *ad hoc*

Es arbitraje institucional el administrado por organismos generalmente creados para tal propósito o el derivado de organismos que tiene una función gremial comercial, pero optan por tener mecanismos de solución de controversias para prestar un servicio adicional a sus agremiados e inclusive a terceros (por ejemplo, cámaras de comercio), que consideran que sus miembros y opcionalmente terceros se pueden ver beneficiados del mecanismo del arbitraje, en lugar de tener que dirimir sus controversias en los tribunales gubernamentales. En el arbitraje institucional, no sólo se maneja la administración del arbitraje por el organismo respectivo, como puede ser la selección de los árbitros, sino que además existen reglas para el arbitraje desde antes de que éste se inicie, de manera tal que una vez que las partes han convenido en un arbitraje institucional determinado, aceptan someterse a las reglas de la propia institución automáticamente.

En el caso de arbitraje no institucional o *ad hoc*, las partes tendrán que ponerse de acuerdo por anticipado o una vez que surgió el problema, no sólo sobre la forma de administrar el arbitraje, sino particularmente sobre las reglas que habrán de regirlo, o en todo caso convenir en las de la legislación que resulte aplicable.

### 2. Naturaleza jurídica

Diversas teorías tratan de explicar cómo es que una función gubernamental o propia de la autoridad para solución de conflictos entre ciudadanos puede ser llevada a cabo por entidades no gubernamentales. Todas ellas han considerado de una u otra forma de manera

general que el arbitraje es una función propia del gobierno del Estado, (i) específicamente delegada a entidades particulares o individuos, o (ii) como un contrato a través del cual las partes convienen en decidir quién habrá de resolver sus controversias.

#### A. Contrato

La manera más fácil de entender lo que es el arbitraje, es como un contrato a través del cual las partes en conflicto convienen en no llevar su controversia a las autoridades judiciales normalmente encargadas de resolverlos, sino que convienen entre ellas y el o los árbitros que también convinieren designar las partes, que estos últimos sean quienes resuelvan su controversia en los términos en que celebren el contrato con dicho o dichos árbitros. Las partes se ponen de acuerdo en quedar obligadas a cumplir con el laudo que los árbitros emitan.<sup>16</sup> Esta postura queda de algún modo explicada por precedentes judiciales recientes que consideran que "...la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto ... no implica un acto de autoridad, un laudo arbitral es la decisión de un órgano no estatal, así convenida por las partes, para resolver una contienda, ya sea presente o futura [;] el arbitraje es una convención que la ley reconoce, ... que constituye una renuncia de los particulares para que la autoridad judicial conozca de una controversia ... en cuanto a que ... uno o más particulares, llamados árbitros ... [que] ... no ... tienen jurisdicción propia o delegada, y sus facultades derivan únicamente de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con las leyes".<sup>17</sup>

<sup>16</sup> DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, Ed. Themis, 1990, pp. 13, 55 y 393.

<sup>17</sup> Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS, 2003, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo VIII, diciembre de 1991, p. 155. Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, Reclamación 1/91, Sección número uno del Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica, Similares y Conexos de la República Mexicana, C.T.M., 20 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente Horacio Cardoso Ugarte. Secretaria: Teresa Sánchez Medellín; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto de 2002. Tesis XV.1o.50 C., p. 1317. LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTENCIA EN CUANTO AL FONDO. Primer

#### B. Privatización de la función gubernamental judicial

Existe un precedente judicial para explicar que solamente el juez puede ejecutar las resoluciones de los árbitros, y señala: "...la facultad de decidir la controversia es una delegación hecha por el Estado a través de la norma jurídica y sólo se reserva la facultad de ejecutar".<sup>18</sup>

Entender el arbitraje como la privatización de una función gubernamental es no sólo más difícil, sino que puede resultar contrario a principios constitucionales fundamentales previstos en un sinnúmero de constituciones o leyes fundamentales de acuerdo con los cuales la función judicial consistente en resolver las disputas entre los gobernados, es considerada no sólo como un principio fundamental de la estructura política jurídica, sino también como una garantía individual cuya renuncia a través de la aceptación del arbitraje puede llegar a ser cuestionada.<sup>19</sup>

Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Amparo en revisión 138/2002. Mecalux México, S. A. de C. V., 28 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Ángel Rodríguez Rico.

<sup>18</sup> Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación IUS 2003. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, julio de 2002. Tesis 1.3o. C. 231 C., p. 1107. ARBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrad Amodio Berho, S. A. de C. V., 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIV, noviembre 2001, p. 31, Tesis por contradicción 2a./J.56/2001 del rubro "COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO".

<sup>19</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 16a. ed., México, 2002. "Artículo 13. Nadie podrá ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero ni gozar...". "Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartir en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales...". "Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejecución en Legislativo, Ejecutivo y Judicial...".

### 3. Ejecución del laudo arbitral

Aun cuando las partes hayan convenido que sea el arbitraje el único mecanismo por el que optaron para resolver sus controversias e implícitamente al menos, hayan también renunciado al derecho a llevar su caso a los tribunales, en la práctica sujeto a lo que establezca la legislación de los países de los que sean nacionales y los tratados internacionales que en materia arbitral hayan celebrado dichos países, podrían aun, basados en el hecho de considerar que su sistema legal pueda ser interpretado en el sentido de que el derecho de acudir a las autoridades judiciales para resolver sus controversias es irrenunciable, impugnar cualquier laudo arbitral que no les sea favorable.

No obstante que el artículo 1461 del Código de Comercio ordena que los laudos arbitrales deben ser reconocidos y ejecutados,<sup>20</sup> y reconoce con ello su carácter de título ejecutivo, y el 605 del Código de Procedimientos Civiles por el Distrito Federal en el caso de laudos arbitrales emitidos en el extranjero prevé que tendrán eficacia y serán reconocidos,<sup>21</sup> y el 1462 del propio Código de Comercio, en cumplimiento a los artículos V (o 5) de la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de los que México es parte, señala *de manera limitativa*, los casos de denegación de ejecución de un laudo arbitral,<sup>22</sup> existe ries-

<sup>20</sup> Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación* del 22 de julio de 1993. "Artículo 1461. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado será reconocido como vinculante y después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo".

<sup>21</sup> Código de Procedimientos Civiles por el Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación* del 1 al 21 de septiembre de 1932 y 7 de enero de 1988. "Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno ... los efectos que las sentencias o laudos arbitrales extranjeros produzcan en el Distrito Federal quedarán regidos por el Código Civil, por este Código".

<sup>22</sup> "Artículo 1462. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

I. La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

go de que una parte que ha recibido un laudo arbitral desfavorable puede oponerse a su cumplimiento. Una forma más sencilla sería mediante el incumplimiento del laudo arbitral que le perjudica. A la demanda de cumplimiento o ejecución del laudo presentada en los tribunales por la parte ganadora, la perdedora podría oponerse argumentando que conforme al derecho constitucional únicamente el poder judicial es el órgano público legalmente facultado y el único al que con fuerza vinculativa le está permitido resolver controversias. Aunque la tendencia última es a favor de la aceptación de los laudos arbitrales para su ejecución por los tribunales por cuanto a que el fondo de lo resuelto por los árbitros no es en principio impugnabile,<sup>23</sup>

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que conforme a cuyo derecho hubiere sido dictado ese laudo.

II. El Juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público".

Ver además Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, *Diario Oficial de la Federación* del 22 de junio de 1971; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, *Diario Oficial de la Federación* del 27 de abril de 1978.

<sup>23</sup> "...un laudo arbitral, no se encuentra sujeto a revisión constitucional, sin embargo, tal revisión constitucional, sí se puede dar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal la que, desde luego, se limitará al resultado del análisis de la debida composición del tribunal de arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de la materia del mismo y de los demás supuestos contemplados en el artículo 1462 del Código de Comercio, supuestos que como se advierte contemplan únicamente cuestiones de forma y no de fondo y, una vez dada la homologación, de los actos de ejecución con el Juez, auxiliar en el cumplimiento del laudo; por lo que en vía de amparo únicamente se podrán alegar esas cuestiones y no las relativas al fondo y sentido del laudo ... Sin embargo, los jueces no están autorizados para revisar los laudos de manera integral, ya que de lo contrario podrían nulificarlos, aun por cuestiones de fondo, para lo que sería necesario que previamente las partes comparezcan ante el Juez a plantearle el debate, y el sistema generalmente adoptado consiste en que si la violación contenida en el laudo transgrede el orden público, el

subsiste la posibilidad de no ser cumplidos por la parte perdidosa<sup>24</sup> y obstaculizar legalmente su ejecución mediante la alegación de la violación de una o más garantías individuales.

#### A. Riesgo para partes institucionales

En la práctica una de las mejores formas de asegurarse que la parte que pierda un arbitraje cumplirá con toda oportunidad con el laudo, con independencia de las acciones o excepciones judiciales particularmente de orden formal que al respecto prevé inclusive la propia legislación arbitral<sup>25</sup> en materia de (i) incompetencia del tribunal ar-

Juez no debe ordenar su ejecución, pero si solamente perjudica intereses privados deber ordenarla y una vez decretado judicialmente su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional y es entonces que el agraviado puede acudir ante los tribunales de la federación en demanda de amparo que deberá tramitarse en la vía instancial..." Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 801, agosto de 2002, tomo XV, 1o. SOC., p. 1317. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Amparo en revisión 138/2002. Mecalux México, S. A. de C. V., 28 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernández Reyes Colín. Secretario: Ángel Rodríguez Rico.

<sup>24</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel (comp.), *Doctrina jurídica contemporánea*, Distribuciones Fontamara, México 2000 (ver Ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales, Extranjeros en México, Carlos Loperena Ruiz, p. 118, y El arbitraje y Los órganos judiciales, José Luis Siqueiros, pp. 123 y ss.).

<sup>25</sup> Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación* del 22 de julio de 1993, artículos 1432, 1460 y 1463, por ejemplo.

Artículo 1432. "...La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente excede su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo". Artículo 1458. "La petición de nulidad deberá formularse dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la fecha de la notificación del laudo o si la petición se ha hecho con arreglo a los artículos 1450 y 1451 desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral". Artículo 1459. "El juez, cuando se le solicite la anulación de un laudo podrá suspender las actuaciones de nulidad cuando corresponda y así lo solicite una de las par-

bitral, (ii) de nulidad del laudo o (iii) aplazamiento del reconocimiento y ejecución, es la evaluación y determinación del riesgo de que la imagen internacional de la parte que recibe un laudo desfavorable se vea francamente deteriorada en el medio de los negocios, particularmente si esa parte es activa en transacciones internacionales. Es dicha presencia y honorabilidad uno de los factores que habría de tomarse muy en cuenta para optar por el arbitraje como medio alternativo adicional de solución de controversias.

#### V. CONCLUSIÓN

El arbitraje no es bajo circunstancia alguna el mecanismo que permite resolver íntegramente las desavenencias de las partes al negociar contractualmente sus cláusulas de jurisdicción; debe ser entendido solamente como un mecanismo alterno para resolver algunas de sus diferencias jurisdiccionales. Aunque la tendencia judicial hacia el reconocimiento de los laudos arbitrales es clara, es un mecanismo alternativo de solución de controversias que puede usarse con mucha mayor confianza tratándose de empresas que son institucionales y su honorabilidad podría correr riesgo grave de desprestigiarse en el medio de negocios en caso de no cumplir con un laudo arbitral, particularmente si lo hacen en los mercados internacionales. Los temas relativos a la legislación aplicable y a la eficacia en la ejecución o cumplimiento de la obligación arbitrada requieren de análisis mucho más profundo que la sola selección del arbitraje como método de solución de controversias contractuales, resultante de una transacción entre partes que no pueden convenir sobre el juez que habrá de resolverlas.

tes, por el plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal elimine los motivos para la petición de la nulidad". Artículo 1460. "El procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno". Artículo 1463. "Si se solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes. El procedimiento de reconocimiento o ejecución se sustanciará incidentalmente de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno".

## NOCIONES GENERALES Y ESQUEMAS ORDENADORES INTRODUCTORIOS AL CURSO DE HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nociones generales*. 1. *Historia e historiografía*. 2. *La noción filosófica del tiempo y sus consecuencias*. 3. *Historia general y evolución jurídica institucional*. 4. *Noción precomprensiva y valorativa del derecho*. 5. *Contenido y método*. III. *Algunos esquemas ordenadores*. 1. *Auctoritas y potestas*. 2. *Tópica y sistemática*. 3. *Interpretatio y hermeneusis*. 4. *Pluralismo y monismo*. 5. *Justicia y orden*. IV. *A manera de conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya bastante tiempo se ha mostrado, y hoy goza de reconocimiento unánime, la gran importancia que ha revestido la enseñanza de la Historia del derecho en la Escuela Libre de Derecho, así como la significativa influencia que la misma ha ejercido sobre los estudios histórico-jurídicos en nuestro país.<sup>1</sup>

Desde la incorporación en el Plan de Estudios de la asignatura de Historia del derecho patrio en 1917, y gracias a su ulterior enriquecimiento merced a la inclusión de la diversa y también anual materia de Historia general del derecho en 1935, muy destacados historiado-

<sup>1</sup> Cfr. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "La historia del derecho patrio en la Libre de Derecho", en *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Fondo para la Difusión del Derecho, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 377-383.

res del derecho<sup>2</sup> han contribuido, desde las aulas de nuestra Escuela, a dotar a sendas cátedras de un contenido formativo inapreciable para sus egresados.

A casi noventa años de su cultivo, "la tradición de esta disciplina no se ha perdido, antes bien, se mantiene viva",<sup>3</sup> y su vida misma la toma de su permanente necesidad de renovarse pues, por paradójico que pueda parecerle a algunos, pocas disciplinas exigen tanto de actualización permanente y de un espíritu siempre abierto a los nuevos acontecimientos y enfoques como la historiografía jurídica.

Esta necesidad de renovarse ha llevado a que la cátedra de Historia general del derecho haya visto modificados significativamente sus contenidos, como consecuencia de un proceso de progresiva maduración, cuyos frutos han sido una mayor homogeneidad temática, así como un abordamiento más científico a partir de métodos mejor depurados.

En efecto, como hace poco más de diez años señalara el propio Jaime del Arenal, los nuevos contenidos y enfoques aportados por Jorge Adame y por él mismo desde 1977 y 1980 respectivamente, proporcionaron a la Historia general del derecho, a partir de la lectura de nuevas e importantes obras histórico-jurídicas<sup>4</sup> y de la reflexión

<sup>2</sup> Desde los "padres fundadores", Miguel S. Macedo, Toribio Esquivel Obregón, Javier de Cervantes, hasta en nuestros días Francisco de Icaza, Jaime del Arenal, José Manuel Villalpando, Sergio Vela Martínez, han impartido estas asignaturas en nuestra escuela distinguidos historiadores juristas como Eduardo Olmedo, Íñigo Laviada, José de Jesús Ledesma, Jorge Adame, José Luis Soberanes, Martín Díaz y Díaz, y Julio Montejano, entre otros.

<sup>3</sup> DEL ARENAL, "La historia...", *op. cit.*, p. 383.

<sup>4</sup> Pueden destacarse de entre las muchas que desde entonces y hasta ahora han sido fundamentales en la conformación actual del curso: D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 5a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1983; CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. José F. Lorca Navarrete, 3a. ed., Madrid, Ed. Pirámide, 1983; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, t. I, 7a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1977; GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996; HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1996; KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955; MOLITOR Eric, y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. Ángel Martínez Sarión, Barcelona, Ed. Bosch, 1980; VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, trad. Diorki, revisada por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Ed.

desde perspectivas más seguras, "bases más científicas, más firmes, correcta metodología, propósitos definidos, clara orientación" y "contenido atractivo, crítico y enriquecedor" que le conferirían "un insospechado contenido liberador",<sup>5</sup> respecto de una dogmática jurídica agotada, caduca y en general empobrecedora de la cultura jurídica.

Ahora bien, la profundidad de esta renovación temática y metodológica, así como las propias limitaciones de un curso anual de Historia del derecho, no siempre permiten a los alumnos captar del todo ideas, métodos y conceptos que, tanto por provenir de una tradición más historiográfica que jurídica, cuanto por proponer puntos de vista novedosos e incluso revolucionarios, no les son en lo absoluto familiares.<sup>6</sup>

Universidad de Navarra, 1979; VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo, Ed. Madrid, Taurus, 1986; WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Ed. Aguilar, 1957. Últimamente he encontrado también como muy aprovechables: ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Ed. Civitas, 1989; ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del derecho romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1997; COING, Helmut, *Las tareas del historiador del derecho. Reflexiones metodológicas*, trad. Antonio Merchán Álvarez, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977; REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Ángeles Mateos, Madrid, Ed. Tecnos, 1997; RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1973; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *El derecho en la aventura europea de la libertad*, Madrid, Ed. Reus, 1987; *Textos y estudios sobre derecho natural*, selección por Ángel Sánchez de la Torre, 2a. ed., Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985; y también de SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 1975; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, 5a. ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984.

<sup>5</sup> DEL ARENAL, Jaime, "La renovación de la historia general del derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista", en *Hombres e historia... op. cit.*, pp. 388, 389 y 392.

<sup>6</sup> En efecto, la novedad y la radicalidad de estos conceptos y métodos que arraiga, como ha visto Paradisi, en la crisis del historicismo y del derecho, estriba en la necesidad de la formación de una autoconciencia a partir de la historia: "Nuovi metodi e nuovi compiti si propongono oggi allo storico del diritto. Una preoccupazione profonda, che non può non toccare immediatamente la storiografia giuridica, nasce dalla crisi dello storicismo ed insieme dalla crisi del diritto... Quell'opera, che potremmo chiamare di formazione di un'autocoscienza de parte della storiografia giuridica, è appena cominciata", PARADISI, Bruno, *Apologia della storia giuridica*, Bolonia, Il Mulino, 1973, p. 15. De ahí que dada su novedad, radicalidad, profundidad y "seipsidad" (referencia a sí mismos, "se ipsum") exijan un abordamiento previo y completo.

Más aún, la propia densidad de dichas ideas, métodos y conceptos no permiten que en todos los casos puedan ser objeto de una exposición completa y preliminar, como debieran, sino que más bien conduce a que o deban darse de plano por presupuestos, o cuando mucho sean objeto de exposiciones tangenciales con motivo de las diversas lecciones que comprenden el curso.

De aquí que a pesar de su enorme importancia didáctica, dichos conceptos generales, dichas ideas rectoras, dichos hilos conductores, dichos esquemas ordenadores, sólo alcancen a ser comprendidos por el alumno hasta el final del curso, y eso, de manera más bien vaga e intuitiva.

Precisamente con el propósito de facilitar a los estudiantes la comprensión de estas ideas y de permitirles desde el comienzo del curso lectivo empezar a interiorizarse con ciertas nociones, referentes y perspectivas recurrentes a lo largo del mismo, he pensado, a partir de mi propia experiencia docente, en preparar estas muy breves notas, que sin pretensiones de erudición, puedan servir a efectos meramente propedéuticos, preparando mejor la mente de los alumnos para una comprensión más profunda de la historia del derecho.

## II. NOCIONES GENERALES

### 1. Historia e historiografía

Para no entrar en demasiadas complicaciones,<sup>7</sup> podemos entender por historia “una sucesión de acontecimientos pretéritos conectados según algún sentido u orden”.

<sup>7</sup> Las siguientes definiciones son propias y a pesar de sus limitaciones creo que tienen como ventaja la sencillez y la concisión; son el producto de la enseñanza y están redactadas, por lo mismo, con un fin meramente didáctico. Sobre estas nociones elementales de historia e historiografía son recomendables por su sencillez y fácil acceso para quienes quieran familiarizarse aún más con estos temas los siguientes textos: BLOCH, Marc, *Apología para la historia o el oficio del historiador*, trad. María Jiménez y Danielle Zaslavsky, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001; BURCKHARDT, Jacob, *Reflexiones sobre la historia universal*, trad. Wenceslao Roces, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1961; COING, Helmut, *Las tareas... op. cit.*; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia... op. cit.*; KAHLER, Erich, *¿Qué es la historia?*, trad. Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1992; PEREYRA, Carlos, *et al.*, *Historia, ¿para qué?*, 17a. ed., México, Siglo XXI, 1998; y PÉREZ-PRENDES José Manuel, y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Historia del derecho español. Parte general*, Madrid, Ed. Darro, 1973.

De aquí que no haya en puridad historia sin hombres, o lo que es lo mismo, sin conciencia, sino sólo pretérito, es decir, una sucesión inconexa de fenómenos carentes de sentido.

Ahora bien, una cosa es la historia —*res gestae*— y otra cosa muy distinta es su estudio —*historia rerum gestarum*— al que se denomina usualmente historiografía. En efecto, la historiografía es el estudio que hace de la historia su objeto y bien puede definirse así como una “investigación documental comprensiva sobre el pretérito (en el sentido de historia) desde el presente”.

Se dice que es una investigación porque, a partir de indicios, huellas y vestigios, reconstruye mentalmente ciertos acontecimientos pretéritos.

Ahora bien, reconstruir algo mentalmente supone un poco —o un mucho— de recreación, de conjetura, de hipótesis; esto es, un partir de hechos ciertos, para dar explicaciones verosímiles sobre los mismos.

Así, por ejemplo, el historiador del derecho que se acerca a las opiniones del jurista romano vertidas en el *Digesto*, o a los preceptos didácticos —dispositivos contenidos dentro de las *Siete Partidas*, o a los artículos contenidos dentro del *Código de Napoleón*, busca a partir de los mismos y de su comprensión histórica recrear una experiencia jurídica pretérita, reconstruirla y ofrecernos una razón completa —a partir de una opinión, de un precepto o de un artículo—, de modos de pensar, de valorar y de expresarse jurídicamente. La historiografía es pues investigación, o sea, recreación reconstructiva a partir de la comprensión profunda de las huellas.

Se apuntó en segundo lugar que la historiografía es una investigación documental y ello por cuanto que lo característico de la historia es, precisamente, la existencia y conservación de huellas y vestigios, a partir de cuya manipulación y crítica pueden conocerse los hechos pretéritos.

En efecto, sin huellas ni vestigios no hay historia posible. La reconstrucción mental que la historia supone, la recreación intelectual que el historiador realiza, exige necesariamente la supervivencia de documentos, testimonios y monumentos que son como la fuente misma del saber histórico. Y donde no hay fuente tampoco hay agua: sin documentos para conocerlo el pasado se nos pierde volviéndose ignoto e inaccesible y, sólo a la fantasía le es dable penetrar a esta dimensión arcana del pretérito a través de la leyenda...

Ahora bien, para aprovechar sin desperdicio el torrente histórico que las fuentes nos proporcionan, es necesario saber servirse de ellas óptimamente, y para ello, el historiador debe adiestrarse en el empleo de ciertos instrumentos, de ciertos métodos y de ciertas técnicas que le ofrecen las así denominadas disciplinas auxiliares de la historia, tales como la paleografía, la diplomática, la emblemática, la numismática, la geografía histórica, la filología y un muy largo etcétera.

En efecto, cuando el historiador del derecho se enfrenta al *Digesto*, a las *Siete Partidas*, o al *Código de Napoleón*, no puede hacerlo desprevenidamente. Si quiere encontrar, por ejemplo, las opiniones de los juristas romanos clásicos que a través del *Digesto* se han preservado hasta nuestros días, no le basta con acudir a cualquier traducción al castellano del *Corpus Iuris Civilis*. Deberá, ante todo, saber cuáles son las fuentes más confiables y seguras (crítica de fuentes o *bibliografía*). En caso de tener que acudir a los manuscritos originales, deberá poder tener acceso al símbolo lingüístico escondido para el lector común tras de grafías desusadas (*paleografía*). Además, encontrará que dichos signos se encuentran frecuentemente ocultos detrás de diversas formas manuscritas más o menos legibles para el investigador inexperto (*caligrafía*). Más aún, cuando venciendo los anteriores obstáculos haya descubierto finalmente el símbolo lingüístico, deberá poder determinar, primero, si es originario y auténtico o interpolado y espurio (*filología*). Sólo hasta entonces podrá, y para ello sirviéndose a su vez de muy sólidos conocimientos lingüísticos, comprender el texto tanto en su significado actual (*lengua latina histórica*) cuanto en su sentido originario (*etimologías del latín clásico*) y, sólo a partir de entonces, apreciarlo, finalmente, en cuanto a su estilo literario y su contenido jurídico...

Por poner un caso más familiar entre nosotros: para tener una idea más o menos completa de la influencia ejercida por el derecho común europeo, a través de las *Siete Partidas*, en el orden jurídico mexicano de la primera mitad del siglo XIX, el investigador debería estudiar los archivos judiciales y darse a la fascinante, aunque laboriosa tarea, de exhumar documentos inéditos. Para ello, además de las disciplinas auxiliares anteriormente señaladas, debería, sobre todo si la investigación tiene un carácter regional, atender a las divisiones territoriales entonces existentes (*geografía histórica*), tendría que ser capaz de reconocer las firmas y los sellos así como las diversas

fórmulas protocolarias típicas de los instrumentos judiciales de la época (*serigrafía, diplomática*) y mucho le convendría también estar familiarizado con la *emblemática* para comprender el sentido profundo de escudos y emblemas cuyas significaciones jurídicas son a veces tanto o más elocuentes que las mismas expresiones textuales.<sup>8</sup>

En dos palabras: que el quehacer del historiador del derecho, como investigador documental, exige tanto del empleo de un sólido acervo de conocimientos accesorios para extraer de los indicios la mayor cantidad de información histórica posible, cuanto de la suficiente capacidad de recreación que le permita encontrar entre los "silencios" que ofrecen los indicios, las relaciones, las conexiones, las finalidades y los sentidos, a partir de los cuales, puedan reconstruirse fragmentos de las experiencias jurídicas históricas.

## 2. La noción filosófica del tiempo y sus consecuencias

Ahora bien, el objeto de la investigación documental en que consiste la historiografía es la historia, y ésta, como pretérito significativo, constituye como el pasado uno de los tres "instantes" del tiempo. Así las cosas, ya se entiende que para comprender bien a bien el quehacer historiográfico se imponga siquiera una mínima digresión respecto de lo que el tiempo sea.

Claro está que no pretendemos aquí agotar —ni siquiera adentrarnos—, en uno de los temas más inquietantes de la filosofía de la

<sup>8</sup> El estudio de los emblemas y de las imágenes jurídicas constituye un tema prácticamente virgen dentro de nuestra historiografía jurídica siendo pioneras en esta interesantísima materia las obras de CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, "A rey muerto, rey puesto. Imágenes del derecho y del Estado en las exequias reales de la Nueva España (1558-1700)", en *Las dimensiones del arte emblemático*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. "La 'Rueda de la Fortuna': un emblema del Estado moderno en los arcos de triunfo novohispanos", en *Esplendor y ocaso de la cultura simbólica*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2002. "Las insignias del rey: disciplina y ritual público en la ciudad de México (siglos XVI-XVIII)", en *Jahrbuch für geschichte Lateinamerikas*, Weimar, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 2002. De hecho este creciente interés por los monumentos jurídicos está siendo cada vez más explorado por una arqueología jurídica que día con día toma una mayor conciencia de la importancia de los "orígenes genéticos" de nuestra tradición jurídica. Véase con provecho a SÁNCHEZ DE LA TORRE Ángel, y LÓPEZ MELERO, Raquel, *Estudios de arqueología jurídica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1988.

historia, que sirve a su vez de bisagra entre los dos problemas más escabrosos de la filosofía entera: el del ser y el devenir. Aquí deberemos contentarnos, únicamente, con dar una "razón aproximada" de lo que sea el tiempo.

Quizás la definición más poética —y acaso también la más densa desde un punto de vista filosófico y hasta teológico— sea la que nos ofrece Platón en su diálogo *Timeo* (37); el tiempo, nos dice, es: "una imagen dinámica de la eternidad".

Ahora bien, esta concepción del tiempo, anclada en el idealismo ontologizante de Platón, tan sólo podemos aprovecharla con fruto si la desamarramos un poco —o un mucho—, del mismo.

Efectivamente, si por "imagen" entendemos un "aspecto real" y si por la "dinámica" comprendemos no el movimiento del *no-ser* al *ser*, sino el movimiento desde un *modo-de-ser* hacia otro *modo-de-ser* distinto, podemos muy bien reconceptualizar la noción platónica del tiempo para definirlo como: "*la sucesión de instantes dentro de los cuales se produce un movimiento en el ser, que se llama devenir, y que se presenta según el orden de un antes y de un después*".

Desde luego que tal definición requiere de un *minimum* de explicación. En efecto, decir en primer lugar que el tiempo es una "sucesión de instantes", significa precisamente que se integra mediante una como cadena de momentos subsecuentes que se engarzan a la manera de eslabones. Ahora bien, estos instantes (eslabones de la cadena del tiempo) forman una "imagen", o más bien, una auténtica "apariencia real", a partir de la cual vemos algo, y ese algo que vemos es, precisamente, el movimiento.

Más aún, el movimiento que vemos bajo el aspecto real de la sucesión de instantes, es el movimiento de unos modos de ser hacia otros modos de ser distintos, cuyo dinamismo nos muestra, precisamente, que el ser en el tiempo es deviniendo. Dicho en otras palabras, el ser dentro del tiempo se mueve, y el movimiento del ser en el tiempo se llama devenir, que es el movimiento desde un modo de ser hacia otro distinto, que se produce bajo la apariencia real de la sucesión de instantes. Por último, esta sucesión de instantes, se produce según un cierto orden, el orden del antes —si se quiere también del ahora, aunque claro, el ahora ya es ido— y del después.

Así las cosas, a partir de esta noción filosófica del tiempo, ya podemos sacar en limpio varias conclusiones históricas fundamenta-

les. En primer lugar: la historia no se repite. En otras palabras, las concepciones circulares de la historia, el *corsi* y *recorsi* de Gianbattista Vico, valen a efectos puramente metafóricos mas nunca reales. El tiempo se presenta, en efecto, como una sucesión de instantes que conforma una cadena lineal, integrada por eslabones que se engarzan unos con otros sin solución de continuidad, esto es, sin ruptura.

Así, precisamente desde este punto de vista, y sin demérito de que algún eslabón se parezca a otro, o inclusive de que tramos enteros de la misma cadena se asemejen entre sí, lo propio del acontecer histórico lineal, que tiene un principio y un fin, es que cada acontecimiento sea un suceso "inédito e irrepetible".

Ahora bien, de nuestra noción filosófica del tiempo sacamos mucho más en claro. Sacamos en segundo lugar que el ser en el tiempo, y por ende el ser del hombre y el del derecho en el tiempo, sin menoscabo de su entidad, han sido y son en movimiento, o sea, en devenir, y por ello mismo, no han podido ni pueden ser iguales, ayer, hoy y siempre. Dicho a la inversa: el ser del hombre y el del derecho, como un existir, son un devenir en movimiento marcado por el cambio.

De aquí que la historia y el historicismo como corriente filosófica, hayan contribuido a la formación de una visión más comprensiva del hombre y del derecho, situándolos dentro de una circunstancia singular, concreta, original y por ende inédita e irrepetible, misma que, a su vez, puede ser apreciada diferentemente por diversas personas.

Sin embargo, esta virtud comprensiva de la historia y del historicismo no debe ser desvirtuada por un cierto relativismo filosófico que descuadra la relación entre coordenadas tan sensibles como ser y tiempo, esencia y existencia, ser y movimiento, ser y devenir.

La historia y la perspectiva histórica, rectamente entendidas, sirven para contextualizar al ser y al hombre en la dimensión temporal del existir, lo que supone la necesidad de armonizar lo eterno con lo mudable.

En otras palabras, si bien no puede negarse la evidencia de ser el hombre un ser histórico, inserto en una cultura concreta, tampoco es posible negar que en su singularidad existencial concreta, ha sido y es, esencialmente, el mismo desde sus orígenes y hasta nuestros días. Mucho menos se puede, en mi concepto, afirmar que la cultura —y dentro de ella el propio derecho—, que es obra suya, lo subyugue

hasta el punto de desnaturalizarlo, pues es su naturaleza la medida y el límite de la cultura y no a la inversa. Dicho de otra manera, que la cultura histórica es producto del hombre y no el hombre producto de la cultura y, así, aunque las formulaciones culturales puedan ser varias, siempre expresan, aunque de diversa manera, una sola naturaleza humana, sea naturalmente para promover su realización o antinaturalmente para inhibirla.<sup>9</sup>

En resumidas cuentas, las exigencias naturales propias de la persona humana, en tanto que hombre, son invariables, aunque varíen y mucho las diversas circunstancias existenciales de su realización.

En dos palabras: las exigencias naturales del hombre, que inciden desde luego en el derecho, son pues las mismas siempre, aunque su aplicación en distintos contextos y su diversa formulación puedan ser y de hecho hayan sido distintas históricamente.

De aquí que aunque pueda afirmarse la existencia de ciertas exigencias naturales propias del ser humano, arraigadas en su naturaleza, universales e inmutables, dichas exigencias naturales, universales e inmutables, sean también en cierto sentido, particulares e históricas, por donde, por paradójico que parezca, puede decirse que la naturaleza humana, aun siendo inmutable, debe adaptarse a la singularidad de los casos y las peculiaridades espacio-temporales de los diversos contextos culturales.

<sup>9</sup> “La gran sensibilidad que el hombre contemporáneo muestra por la historicidad y por la cultura, lleva a algunos a dudar de la *inmutabilidad de la misma ley natural*, y por tanto de la existencia de “normas objetivas de moralidad” válidas para todos los hombres de ayer, de hoy y de mañana... No se puede negar que el hombre existe siempre en una cultura concreta, pero tampoco se puede negar que el hombre no se agota en esta misma cultura... precisamente esta naturaleza es la medida de la cultura y es la condición para que el hombre no sea prisionero de ninguna de sus culturas, sino que defienda su dignidad personal viviendo de acuerdo con la verdad profunda de su ser... Ciertamente es necesario buscar y encontrar la *formulación* de las normas morales universales y permanentes *más adecuada* a los diversos contextos culturales, más capaz de expresar incansablemente la actualidad histórica...” JUAN PABLO II, *Veritatis Splendor. Carta Encíclica sobre algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia*, documentos pontificios 43, México, Librería Parroquial de Clavería, s.f., núm. 53, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Además: “*Esta universalidad no prescinde de la singularidad de los seres humanos*, ni se opone a la unicidad y a la irrepitibilidad de cada persona; al contrario, abarca básicamente cada uno de sus actos libres, que deben demostrar la universalidad del verdadero bien”, *Idem*, núm. 51, p. 67.

Dicho de manera más clara y sintética: la naturaleza humana aun siendo inmutable es también, y precisamente por ello, mudable<sup>10</sup> e histórica. De aquí también que lúcidamente propugne Del Arenal por el regreso a un iusnaturalismo historicista o dulcificado por una cierta dosis de relativismo en su aplicación.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> En palabras de PIEPER comentando en este punto, como siempre, el pensamiento de Santo Tomás DE AQUINO: “El hombre lleva a la práctica sus buenas acciones cara a la realidad. La bondad de la operación humana singular descansa en esa refundición a que es sometida la verdad de las cosas reales; verdad que ha sido antes lograda y recibida mediante la consideración de la propia realidad, *ipsa res*. Pero las realidades que circundan la acción concreta son de una variedad casi infinita, *quasi infinitae diversitatis*. Y, sobre todo, el hombre mismo —y en ello se diferencia del animal— es una “esencia apta para realizar múltiples y diversas actividades”; justamente por su rango ontológico goza el alma de una disposición estructural que le permite referirse a una pluralidad sin fronteras. De ahí que “el bien humano” posea margen para “variar de múltiples maneras, según la constitución, en cada caso diversa, de las personas y las distintas circunstancias de tiempo, lugar, etcétera”. No es que cambien los fines del obrar ni fluctúen sus direcciones fundamentales... Pero la forma concreta de cumplir ese deber inmutable puede emprender innumerable diversidad de caminos. Podemos afirmar de las virtudes morales, justicia, fortaleza y templanza, que “cada una de ellas se realiza de múltiples formas y no de la misma manera en todos”. En la *Summa theologica* se nos dice que en los asuntos humanos las vías que conducen al fin no están determinadas, sino que se diversifican de múltiples modos, conforme a la diversidad de negocios o personas”. PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Ed. Rialp, 1980, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

<sup>11</sup> Es precisamente en este contexto que, comentando el pensamiento de Santo Tomás DE AQUINO —específicamente el pasaje *Natura autem hominis est mutabilis* en *S Th II IIae q. 57 a. 2,3*—, el profesor Jaime DEL ARENAL enseña: “De esta forma el Santo de Aquino abrió el camino hacia un *ius naturalismo* histórico, contingente, que rige al hombre en la historia y lo sigue y contempla en sus propios procesos de transformación y cambio; o si se quiere hacia un *ius naturalismo* con cierta dosis de “relativismo” en su aplicación. Lo que no supone ni su derogación absoluta, ni la mutabilidad de sus primeros principios; de tal modo que si algo en sí mismo se opone al derecho natural, “no puede hacerse justo por voluntad humana”. Voluntad, a la que, sin embargo, sí se le reconoce autonomía y capacidad de determinar lo que es justo... Lo legal, sería, siguiendo a Aristóteles, “lo justo que por principio es indiferente para ser de un modo o de otro; pero que lo es una vez establecido”. Mucho del contenido del derecho positivo se formulará de esta manera tanto por la acción de los juristas como por la de los legisladores.” DEL ARENAL, Jaime, “Las virtudes del jurista”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 21, Escuela Libre de Derecho, México, 1997, pp. 29 y 30. Así pues, como indica el maestro DEL ARENAL, la concepción tomista del derecho, que arraiga y parte de una tal naturaleza humana inmutable aunque histórica, es “...una concepción realista, flexible, humana, prudencial, tópica, virtuosa, donde el derecho es entendido como objeto de la justicia y como orden justo”. *Idem*, p. 34. Precisamente el desconocimiento de esta visión integral de la idea del derecho en Santo Tomás, con un énfasis desmedido en el *Tratado de ley* en demérito del estudio del *Tratado de la justicia*, donde de hecho se ocupa en específico del

Por último, en cuanto al tiempo, y en virtud de la definición que del mismo propongo, puede sacarse como tercera conclusión fundamental que el pasado se encuentra íntimamente implicado en el presente, que a su vez sólo será plenamente descubierto por el futuro. En efecto, el pasado no puede comprenderse sino desde el presente, y sobre todo el pasado reciente, no podrá captarse íntegramente sino hasta el futuro, por cuanto que las experiencias históricas germinan, surgen, maduran y fecundan paulatinamente.

Más aún, precisamente en razón de esa profunda interdependencia entre los instantes del tiempo, la historia ofrece, además de una comprensión del pasado, una seductora precomprensión del futuro... En efecto, la sensibilidad histórica ofrece, a quien la ejercita, una cierta intuición providente —y hasta escatológica— que convierte a los historiadores, según la feliz expresión de Grossi, en auténticos “présagos del futuro”,<sup>12</sup> capaces incluso, a mi juicio, de escrutar el “signo de los tiempos”.

Así las cosas, la historia supone una comprensión hermenéutica del sentido del pasado desde el presente, y por eso la historia se reinventa constantemente pues, aunque sigan siendo los mismos documentos, huellas y vestigios el objeto de estudio del historiador, su comprensión será distinta según el sentido que se les asigne.

estudio del derecho (lo que de suyo es ya significativo), ha tenido, como señala el profesor DEL ARENAL, las siguientes consecuencias: “...el iusnaturalismo moderno no se fundamentaría en esta visión [se refiere a la de Santo Tomás de Aquino en el *Tratado de la Justicia*] del derecho. Otros teólogos, también escolásticos o luteranos, se encargarían de continuar, difundir e imponer un iusnaturalismo inflexible, ahistórico, jerárquico respecto del derecho positivo, sistemático, geométrico, inhumano y normativista, que pronto condujo a un voluntarismo legalista que reforzado por la aparición del Estado moderno... condujo a la época del absolutismo jurídico caracterizada desde entonces por el olvido de esa visión prudencial, virtuosa, ética, equitativa, humana, realista y justa del derecho...”. *Ibidem*, p. 36.

<sup>12</sup> Cfr. GROSSI, Paolo, “Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo”, en *Anuario de historia del derecho español*, t. LXVII, vol. I, Madrid, 1997, pp. 63 y 64. En el mismo sentido ELLSCHEID observa: “Así, la filosofía del derecho debería concebirse como filosofía de la historia: como filosofía que interpreta el sentido de futuro de lo que ha llegado a ser en la historia, y que obtiene así sus postulados referidos a la situación de que trate”. ELLSCHEID, Günter, “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Francesca Puigpelat Martí, edición alemana a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 192.

Es en este sentido también que la historiografía, como investigación documental-comprensiva, supone entre otras cosas la posibilidad de varias aproximaciones subjetivas (tantas cuantas interpretaciones históricas quepan)<sup>13</sup> referidas, claro está, a un mismo momento objetivo.<sup>14</sup>

De esta manera, la objetividad de la historia viene dada por los hechos y su subjetividad por el sentido que a los mismos se les asigna desde determinada perspectiva.

Por eso mismo definí a la historiografía como investigación documental (objetiva) comprensiva (subjetiva) del pasado (hechos) desde el presente (perspectiva), pues, el quehacer historiográfico exige, en efecto, de un siempre difícil equilibrio entre realidad y perspectiva.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Como exactamente observa COING: “Puesto que se trata de conocer testimonios del pasado, parece inevitable que los métodos hermenéuticos deban constituir los fundamentos de la Historia del derecho... Se puede considerar cada interpretación realizada sobre una fuente como hipótesis sobre el sentido de la misma. Con mayor motivo hay que considerar como hipótesis las afirmaciones sobre la relación de un determinado ordenamiento jurídico con factores extrajurídicos de tipo político, económico o religioso o con otro ordenamiento jurídico... Estas hipótesis desde luego son susceptibles de comprobación mediante su confrontación con la totalidad de las fuentes accesibles y su valoración con sujeción a ciertas reglas de interpretación específicas... [pero] “En muchos puntos debemos conformarnos con hipótesis más o menos verosímiles pero en general débilmente sostenibles”. *Las tareas...*, *op. cit.*, pp. 25-31.

<sup>14</sup> “Las fuentes o testimonios conservados constituyen la base de toda investigación histórico-jurídica. En este sentido es una ciencia empírica”. COING, *Las tareas...*, *op. cit.*, p. 28. “La base empírica se encuentra, por tanto, en las fuentes, las cuales protegen una disciplina como la historia del derecho contra el puro subjetivismo. Y esta base empírica es irrenunciable”. *Idem*, p. 30.

<sup>15</sup> Seguimos aquí, desde luego, las líneas fundamentales del perspectivismo filosófico del gran pensador español José ORTEGA Y GASSET, cuando explica: “El punto de vista individual me parece el único punto de vista desde el cual puede mirarse el mundo en su verdad. Otra cosa es un artificio... La realidad, precisamente por serlo y hallarse fuera de nuestras mentes individuales, sólo puede llegar a éstas multiplicándose en mil caras o haces... la realidad no puede ser mirada sino desde el punto de vista que cada cual ocupa, fatalmente, en el universo...” “Verdad y perspectiva”, en *El Espectador*, t. I, “Confesiones de El Espectador, febrero-marzo 1916”, en *Obras*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1932, p. 128. Claro está que dicha perspectiva individual debe integrarse con las demás perspectivas; de nuevo en palabras de ORTEGA: “La realidad, pues, se ofrece en perspectivas individuales. Lo que para uno está en último plano se halla para otro en primer término. El paisaje ordena sus tamaños y sus distancias de acuerdo con nuestra retina, y nuestro corazón reparte los acentos... En vez de disputar integremos nuestras visiones en generosa colaboración espiritual, y como las riberas independientes se aúnan en la gruesa vena del río, compongamos el torrente de lo real”, *Idem*, *loc. cit.*

### 3. Historia general y evolución jurídica institucional

Pues bien, dadas ya las definiciones y explicaciones relativas a la historia, a la historiografía y al tiempo, así como expuestas algunas de sus múltiples implicaciones, estamos en aptitud, muy brevemente también, de dar una razón de lo que puede entenderse por historia general.

Por historia general entiendo en primer lugar, por oposición, una historia que no se detiene ni en lo local ni en lo particular.

En el primer sentido la Historia general del derecho se asemeja a la historia universal, pero no se identifica con ella. En efecto, la Historia general del derecho se parece a la historia universal por cuanto que no se ocupa de historiar una o varias experiencias jurídicas nacionales o regionales concretas. Se distingue, sin embargo, de la misma por dos razones. La primera porque su objeto material, el derecho, comprende solamente un ámbito específico de la sociedad y de la cultura, aunque claro está, dicha parcela no puede comprenderse íntegramente si no es a partir de su referencia al todo. Pero además, en segundo lugar, la Historia general del derecho, tal como se imparte en nuestra Escuela, está conscientemente circunscrita al desenvolvimiento de la tradición jurídica occidental, excluyendo consecuentemente el estudio de las importantes experiencias jurídicas históricas de Oriente.<sup>16</sup>

En el segundo sentido, o sea, entendiéndolo por historia general a aquélla que no se detiene en lo particular, se puede decir que la Historia general del derecho no se concentra tampoco en las peculiaridades propias de cada institución o de cada época, sino en la visión

<sup>16</sup> Cfr. DEL ARENAL, Jaime, temario "La renovación...", *op. cit.* A este respecto merece la pena señalarse que el profesor Sergio VELA MARTÍNEZ, decidió incluir en su temario —acaso por seguir la tradición inaugurada por Javier DE CERVANTES— una referencia introductoria a los derechos orientales. En efecto, el temario seguido por el profesor VELA, a diferencia del propuesto por DEL ARENAL, abordaba el derecho babilonio, el derecho hebreo y el derecho griego. Personalmente he preferido omitir el tratamiento del primer tema, abordar el segundo sólo con motivo del derecho canónico y principalmente para subrayar el distinto significado del concepto de "ley" para el pueblo de Israel y para la Iglesia Católica y conservar solamente con una entera autonomía temática la lección del derecho griego, misma que abordé únicamente para evidenciar la medida en la que la jurisprudencia romana clásica y la bajomedieval se nutrieron, en sus principales ideas jurídicas, del pensamiento filosófico griego en torno al derecho y la justicia.

general del conjunto. Más aún, da cuenta de una visión de conjunto que debe estar referida, en mi concepto, principalmente a las ideas y métodos recogidos por los juristas respecto de sus experiencias jurídicas históricas.<sup>17</sup> Y es, precisamente por esta razón, que muchos afirman que la Historia general del derecho es una historia externa del derecho, pues se queda en la superficie, sin adentrarse en sus intimidades institucionales.

Ahora bien, con independencia de que dada la naturaleza general (o externa si se quiere) del curso de Historia general del derecho, exorbita a sus pretensiones el realizar un análisis exhaustivo de las instituciones vigentes dentro de las diferentes experiencias jurídicas históricas, conviene considerar que dada su peculiar importancia, algunas instituciones sí deberán ser abordadas en profundidad por constituir la piedra angular de ciertos ordenamientos jurídicos.

En efecto, es de todo punto imposible entender la evolución de la jurisprudencia romana hacia el periodo clásico sin comprender a profundidad la estructura del *agere per formulas* y, para ello, debe exponerse con detalle el alcance del *ius edicendi* del pretor haciendo el correspondiente hincapié en la importancia del edicto traslativo y del edicto repentino. Tampoco podría entenderse la importancia del *ius mercatorum* como una obra fundamental y cimentadora del edificio jurisprudencial bajomedieval si no es bajo el prisma de los *nova negotii* que lo nutren. Qué decir cabe del "contrato feudo-vasallático", institución eje del feudalismo, o de la *aequitas* como dimensión prudencial del derecho canónico, o más aún de la "teoría de los estatutos" de los posglosadores como institución clave para propiciar la recepción del *ius commune* europeo. Sin referencia, más aún, sin una exposición relativamente completa de tales instituciones, las experiencias jurídicas antes mencionadas permanecerían incomprensibles para el estudiante.

<sup>17</sup> En palabras del profesor DEL ARENAL: "Una historia de ideas y de métodos: lógico-racionales, filológicos, exegéticos, etcétera, puestos en marcha en la búsqueda de soluciones justas y prácticas de problemas jurídicos concretos. Ideas y métodos que se han plasmado en escritos, textos o libros, por lo cual bien pudiera afirmarse que en el fondo de esta concepción de la historia jurídica hay una aceptación tácita de la idea de D'ORS y de nuestro maestro Rafael GIBERT de la Historia del derecho concebida como historia de los libros jurídicos. "La renovación...", *op. cit.*, p. 390.

Además el derecho, o más exactamente las experiencias jurídicas históricas, en tanto que ordenamiento jurídico de la vida social, está entretejido precisamente a partir de las instituciones jurídicas, que son antes que otra cosa instituciones sociales, a partir de cuyos cambios se modifican también los propios ordenamientos, desarrollándose de esta forma las propias experiencias históricas.

Me explico: los derechos históricos son ordenamientos de la vida social. En otras palabras, el "orden jurídico" es el resultado de una tensa relación inordinadora entre un ordenamiento jurídico y una sociedad inordinada. Ahora bien, el ordenamiento jurídico ordena los diversos ámbitos de la vida social, y esos ámbitos, en tanto que dotados de cierta homogeneidad vital, forman las instituciones sociales. Pues bien, dichas instituciones sociales, en tanto que reguladas por el ordenamiento jurídico, conforman precisamente las instituciones jurídicas, y las instituciones jurídicas son como las moléculas (las reglas que las componen son como sus átomos) que conforman el tejido orgánico del ordenamiento jurídico.<sup>18</sup>

Así las cosas, conviene aquí subrayar que las modificaciones que presentan los ordenamientos jurídicos históricos, encuentran su origen precisamente en las mutaciones que sufren las instituciones jurídicas. Y consecuentemente, para entender el desenvolvimiento histórico de los ordenamientos jurídicos, debe comprenderse primero

<sup>18</sup> En este sentido TOMÁS Y VALIENTE expone: "El derecho actúa en la sociedad construyendo instituciones por medio de las cuales la sociedad resulta organizada. Pero, ¿qué es una institución jurídica? Entendemos por institución el conjunto formado por unas relaciones sociales homogéneas y el marco normativo que las regula. Son, por consiguiente, instituciones jurídicas aquellos conjuntos formados por unas relaciones sociales homogéneas y por el marco jurídico normativo que las regula. Algunos juristas atribuyen el concepto de institución jurídica sólo al conjunto de normas, dejando fuera como "metajurídico", es decir, como una realidad ajena al derecho, el contenido de intereses y conflictos sociales que esas normas tratan de regular. Esta es una actitud metodológica de carácter formalista. Por nuestra parte... hemos de entender que la institución jurídica está compuesta tanto por el marco normativo como por el contenido del mismo integrado por relaciones sociales homogéneas. El matrimonio, la Bolsa, el contrato de arrendamiento de servicios, el delito de homicidio, la patria potestad, las Cortes, el pacto feudal no son meros complejos normativos. Son incomprensibles si los vaciamos de contenido, pues de éste les viene a las instituciones su real razón de ser y su propio e interno dinamismo... Forma (es decir, normas jurídicas convergentes) y contenido (esto es, relaciones sociales homogéneas) constituyen un conjunto institucional inescindible". TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 31.

cómo evolucionan progresivamente, o involucionan regresivamente, las instituciones jurídicas.

A estos efectos me parece que la explicación más sencilla y convincente es la que ofrece el profesor Alfonso García-Gallo, para quien las instituciones jurídicas se desenvuelven históricamente, fundamentalmente por tres causas: a) por la aparición de nuevas situaciones de hecho, o b) por cambios en la valoración de dichas situaciones de hecho a partir de nuevas ideas políticas, religiosas, morales o económicas, o bien c) por cambios atinentes a la propia regulación jurídica de las instituciones por motivos puramente técnicos, para hacerlas más eficaces.<sup>19</sup>

En efecto, si confrontamos las causas propuestas con nuestra tradición jurídica, veremos que las transformaciones del derecho se deben a la aparición de nuevos problemas sociales, o al surgimiento de nuevos referentes valorativos o a la depuración técnica de los instrumentos jurídicos. Ejemplos del primer caso abundan a lo largo del curso; piénsese por todos en la nueva y crecientemente sofisticada conflictiva urbana que desencadena la actuación flexible del pretor urbano en la Roma del siglo II a. C., o en la aparición de las complejísimas transacciones comerciales trayecticias que excitó la reapertura comercial de Europa a partir del siglo XI y que fueron el sustrato de los *nova negotii* que conformaron el *ius mercatorum* bajomedieval. Respecto de la incidencia del cambio en las valoraciones puede citarse como caso emblemático la influencia del pensamiento cristiano en el derecho romano vulgar del Bajo Imperio y la consecuente dulcificación de instituciones características del derecho quirritario como la *patria potestas* y las *manus maritalis*. Por último, y por lo que hace a la depuración técnica de los instrumentos, piénsese sobre todo en los *modus arguendi* y en la teoría de los estatutos como el legado que por antonomasia ofreció a la ciencia jurídica europea la jurisprudencia sapiencial del *mos italicus*.

Ahora bien, aunque las anteriores causas son explicativas de la mayor parte de los cambios que se advierten en las instituciones jurídicas que conforman los ordenamientos jurídicos, no ofrecen una

<sup>19</sup> Cfr. GARCÍA-GALLO, *Manual...*, op. cit., pp. 2 y ss.

razón satisfactoria de las eventuales coincidencias y similitudes que presentan varios ordenamientos dentro de vastas regiones jurídicas.

Para desentrañar este nuevo problema y siguiendo también en este punto a García-Gallo, puede afirmarse que la evolución jurídica institucional se produce de tres maneras fundamentales: a) por innovación (adecuación de instituciones tradicionales a realidades nuevas), b) por creación *ex novo* (diseño de soluciones *ad hoc* a la problemática social concreta) y c) por difusión, que puede ser pacífica (recepción) o violenta (imposición).<sup>20</sup>

Por ejemplificar brevemente. Por innovación procede sobre todo el *ius honorarium* del pretor respecto del *ius civile*, al cual, como es sabido "confirma, suple y corrige". También procede por innovación, y de manera egregia, la ciencia jurídica bajomedieval en su afán de acomodar los textos justinianos a las exigencias de su realidad contemporánea. Por creación *ex novo* procedieron los derechos primitivos, procedió el *ius mercatorum*, y ha procedido en buena medida el positivismo legalista por cuanto ha tenido de improvisado e irreflexivo. Finalmente, por difusión se propagaron infinidad de instituciones, ideas, conceptos y reglas, del derecho romano, del derecho común europeo, y de las codificaciones francesa y alemana, tanto pacíficamente por la vía de la recepción en la mayor parte de los países europeos, cuanto violentamente por la vía de la imposición en la mayor parte de los países sometidos a la hegemonía colonialista europea, como fue nuestro propio caso.

De la anterior explicación podemos concluir que las referidas similitudes y coincidencias que presentan sobre todo los ordenamientos jurídicos pertenecientes a una misma región, familia o tradición jurídica, pueden deberse fundamentalmente o al común origen de muchos problemas o, sobre todo, al fenómeno de la difusión jurídica.

Resumiendo muy brevemente: el curso de Historia general del derecho, por su misma generalidad, no debe adentrarse en el estudio pormenorizado de las instituciones jurídicas que integran los diversos ordenamientos históricos; debe, sin embargo, abordar el estudio de algunas instituciones emblemáticas de sus ordenamientos jurídi-

<sup>20</sup> Cfr. *Idem*, pp. 3 y ss.

cos y procurar que el alumno recuerde siempre que los ordenamientos cambian a partir de los cambios institucionales.

#### 4. Noción precomprensiva y valorativa del derecho

Una de las razones por las cuales me ha resultado satisfactoria la explicación sobre las causas de la evolución institucional propuesta por García-Gallo, consiste en que arraiga, quizás inconscientemente, en una noción completa y correcta del derecho.

Decir, en efecto, que las instituciones jurídicas se transforman bien sea por cambios en las situaciones de hecho, bien sea por modificaciones en los referentes valorativos, bien sea en fin por depuraciones de naturaleza puramente técnica, supone un tácito reconocimiento de que el "sustrato" de lo jurídico consiste, precisamente, en un complejo de hechos, valores y formas.

De aquí que el mérito fundamental de García-Gallo sea ofrecer un esquema explicativo apropiado a su objeto, pues el derecho, como ha expuesto coincidentemente el iusfilósofo Miguel Reale, es "una integración normativa de hechos según valores".<sup>21</sup>

Ahora bien, esta coincidencia no es puramente casual. Evidencia, a mi modo de ver las cosas, que todo historiador del derecho debe tener una idea suficientemente clara de lo que sea su objeto de su estudio. ¿Cómo historiar algo que no se conoce? El historiador del derecho ha menester de una idea clara y suficiente de su objeto para poder investigarlo satisfactoriamente. De ahí la exigencia, aunque sea otro lugar común, de M. Ortolán: "Todo historiador debería ser jurisconsulto, y todo jurisconsulto debería ser historiador".

Pero, ¿puede el historiador servirse de cualquier noción del derecho para emprender su trabajo? La pregunta no es bizantina, ni siquiera sutil, es elemental. Si un historiador del derecho pretendiese, desprevencidamente, partir de una noción del derecho, hoy por hoy común y generalizada, que le considera como "un conjunto de normas jurídicas positivadas mediante ciertos procedimientos extrínsecos que garantizan la validez formal de sus contenidos", tendría que renunciar al estudio de vastos sectores históricos pues, de entrada, ni

<sup>21</sup> REALE, *Teoría tridimensional...*, op. cit., p. 98.

la jurisprudencia romana clásica, ni la jurisprudencia europea bajomedieval, ni las costumbres de los pueblos germánicos, por no citar más que tres experiencias bien conocidas, podrían válidamente estudiarse bajo tal perspectiva.

Así pues, en primer lugar, se nos impone desde un punto de vista metodológico la exigencia de no intentar comprender las experiencias jurídicas históricas, precisamente a partir de las nociones actuales de derecho.

¿Qué noción pues habrá de servirnos entonces? Porque igualmente podría afirmarse, y con razón, que la noción histórica de derecho en la antigüedad difícilmente podría servirnos para comprender al derecho medieval y mucho menos al derecho moderno.

¿Qué noción, pues, tomaremos? Se podría pretender también el partir de una noción "intemporal" o filosófica del derecho, que apelando a su sola esencia, prescindiera de sus diversos modos de realización existencial y así comprendiera cualquier experiencia jurídica histórica posible. Sin embargo, este tipo de "definiciones esencialistas" ofrecen mayores problemas todavía, pues son de suyo definiciones valorativas que escatiman toda juridicidad a una multiplicidad de experiencias que deben ser estudiadas como parte de un curso de Historia general del derecho. Piénsese, por ejemplo, en la experiencia jurídica del derecho nacionalsocialista del Tercer Reich. Es claro que desde la óptica de varias (incluso desde la perspectiva de las mejores) definiciones filosóficas del derecho, no puede reconocérsele una auténtica juridicidad material a los caprichos racistas y al abuso instrumental de las formas jurídicas al servicio de la eugenesia; y sin embargo, por irritante que resulte, no puede sesgarse el estudio del nacionalsocialismo dentro de un curso completo de Historia del derecho.

En fin, que aun a pesar de todos los anteriores escollos, tampoco podemos renunciar a la exigencia metodológica de partir de alguna noción de derecho para poder historiarlo, pues es evidente que para tratar de construir nuestro "entendimiento" histórico sobre el derecho, debemos partir de un mínimo "sobrentendido" sobre lo que el derecho sea.

Ciertamente, toda investigación científica supone una búsqueda que exige a su vez de dirección, y tal dirección no puede darse sino mediante la precomprensión, o representación hipotética provisio-

nal y providente de la meta hacia la cual nos dirigimos. En definitiva, necesitamos ineludiblemente partir de una noción de derecho para poder emprender el quehacer reconstructivo que supone la historiografía jurídica como investigación científica, pero dicha noción deberá ser, precisamente, una noción meramente precomprensiva.<sup>22</sup>

Ahora bien, merece la pena puntualizar, para evitar ulteriores malentendidos, que dicha precomprensión no supone en lo absoluto la admisión de un prejuicio. La precomprensión, rectamente empleada, debe servir exclusivamente como una herramienta en el plano metodológico, sin jamás interferir en el plano temático donde, ciertamente, corre el peligro de transformarse en un prejuicio.<sup>23</sup>

Más claramente, la idea de derecho que necesitamos ahora no puede ni debe ser una definición esencial, unívoca, precisa y rigurosa, sino más bien una noción instrumental, relativamente ambigua, general y flexible.

Pues bien, para tales efectos, la noción precomprensiva del derecho que propongo es una noción del derecho como experiencia jurídica.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> En el mismo sentido TOMÁS Y VALIENTE: "Ahora bien, para hacer la historia de una realidad cualquiera es indispensable poseer una noción previa de la misma, en este caso del derecho, pues, de lo contrario, el historiador no sabría qué es lo que busca en el pasado. Nos encontramos así con que el concepto de derecho debe desprenderse como resultado de una investigación histórica, la cual, por otra parte, presupone como requisito de su propia viabilidad un previo concepto de derecho. ¿Cómo romper el círculo? ¿Cómo resolver la aporía? La solución del problema puede consistir en la elaboración de un concepto provisional de derecho instrumentalmente válido para orientar la investigación del historiador y susceptible de enriquecerse y completarse a lo largo de la misma. (...) Concepto provisional, porque no tratamos de definir qué es el derecho, sino, más modestamente, de proporcionarnos unas nociones mínimas acerca del mismo, conscientes de que la investigación sobre la historia nos permitirá enriquecer esta esquemática noción". TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>23</sup> Respecto de la comprensión mediante la precomprensión en el ámbito del derecho, *cfr.* SCHROTH, Ulrich, "Hermenéutica filosófica y jurídica", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Juan Antonio García Amado, edición alemana a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemmer, Madrid, Ed. Debate, 1992, pp. 289-309.

<sup>24</sup> Sobre el tema de la experiencia jurídica puede verse con provecho a RECASÈNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 1971. Sigo aquí, desde luego, el magisterio del profesor Grossi, quien con razón observara: "Un instrumento adecuado para la comprensión y la correcta ordenación del inmenso material que tenemos ante nosotros nos parece el esquema de la 'experiencia jurídica' como esquema interpretativo y unificador del devenir histórico-jurídico", GROSSI, Paolo, *El Orden...*, *op. cit.*, p. 44. Esta noción tiene la virtud de subrayar "la irrenunciable humanidad del derecho, su continua implicación con

Entiendo por experiencia, en general, tanto un conocimiento orientado a la realidad y comprobable a partir de ésta —un conocimiento experimental—, cuanto un aprendizaje práctico que se va adquiriendo a partir de lo vivido, o sea, de lo experimentado. Y me quedo precisamente, en muy resumidas cuentas, con que la experiencia en general supone: a) algo real y b) algo vivido. Ahora bien, una experiencia es jurídica, cuando tiene que ver de alguna forma con el derecho. ¡Petición de principio! En efecto, por eso buscamos una precomprensión, que tiene por necesidad un algo, o un mucho, de convencional. Y convencionalmente hablando, creo que puede reconocerse sin comprometer en lo absoluto ninguna posición iusfilosófica, que el derecho: a) tiene algo que ver con la sociedad y el hombre, b) que, al menos en cierto sentido, ordena la convivencia social, y c) que es también, siquiera en alguna forma, imperativo.

Precisamente con la anterior ambigüedad, generalidad, indeterminación y flexibilidad, me propongo entender por derecho a “*toda experiencia humana que tenga que ver con algún orden más o menos imperativo de la vida social*”. De esta forma, pretendo “tomar como derecho”, desde la experiencia burocrática del registro de un nacimiento, hasta la experiencia política de la votación, pasando por la experiencia judicial del dictado de una sentencia capital, y tengo también por experiencias jurídicas, igualmente, a la experiencia de lo justo y de lo injusto, de lo lícito y de lo ilícito, de lo legal y de lo ilegal, de lo conforme a las costumbres y de lo contrario a ellas, de lo ajustado a la naturaleza de las cosas y de lo que subvierte todo orden natural...

Como se advierte enseguida, con la anterior noción precomprensiva del derecho como experiencia jurídica y por su propia naturaleza provisional, hipotética y elástica, pueden ubicarse perfectamente, tanto la norma legislada característica del absolutismo jurídico con-

la vida”, el ser “un modo peculiar de vivir el derecho en la historia, de percibirlo”, “en conexión con una determinada visión del mundo” que se caracteriza por su “flexibilidad” al no restringirse a “confines netos y netamente visibles, sino a signos complejos e interpretables de forma variable”, capaz de abarcar el “carácter esencialmente problemático del fenómeno jurídico”. *Idem*, pp. 45 y 46. En el mismo sentido también, desde luego, el propio WIEACKER, quien indica ya desde las primeras páginas de su libro que la historia del derecho mira su objeto desde el punto de vista de la experiencia jurídica, *cfr. Historia...*, *op. cit.*, p. 4.

temporáneo, cuanto la opinión prudente del jurista romano, pasando por el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos, por los cánones eclesiásticos y por la dogmática abierta que conformó al *ius commune* europeo.

Ahora bien, se me reconvenirá que tras ubicar las experiencias jurídicas históricas y explicarlas tratando de comprenderlas se puede —y acaso en ocasiones también se deba— juzgarlas con base en alguna otra noción valorativa del derecho.<sup>25</sup> Ciertamente, pero sin perder de vista que lo esencial de la historiografía es, sin embargo, no el juicio, sino la comprensión: ubicar las experiencias, explicarlas, sobre todo comprenderlas a la luz de la sociedad y la cultura contemporáneas.

Hay casos, desde luego, en los que deben emitirse juicios de valor, pero aun en esos casos es mejor apelar al alumno para que él mismo se forme su propio juicio de valor. A tales efectos, pueden servir para acotar la discusión los esquemas ordenadores que se exponen en el siguiente apartado y que, aunque están diseñados primordialmente para comprender en sus propios perfiles las tipicidades propias de cada experiencia jurídica y proveer así a su adecuada clasificación, pueden servir también como punto de partida seguro para una diferenciación crítica.

En cualquier caso, conviene propiciar que el alumno se vaya formando, sobre todo a partir del cuarto año de la carrera, una noción

<sup>25</sup> Hoy por hoy la historiografía en general y la historiografía jurídica en particular, reconocen la legitimidad de los juicios de este tipo de juicios de valor. Cito aquí por todos a COING, quien apunta: “Para el historiador del derecho como para cualquier historiador es completamente imposible evitar los juicios de valor acerca de los fenómenos que investiga”. *Las Tareas...*, *op. cit.*, p. 97. Ahora bien, como advierte el propio COING: “Estas valoraciones no puede realizarlas el historiador del derecho sin recurrir a su propia escala de valores... Que en ello se encuentran graves riesgos de juicios subjetivos es evidente, pero de todos modos estos peligros pueden limitarse si se observan dos recomendaciones. En primer lugar, el historiador del derecho no debería exponer ningún juicio de valor sin formular claramente el criterio sobre el que lo apoya. Tales criterios podrían ser, por ejemplo, la evolución de un lenguaje jurídico propio o de determinados principios morales... En segundo lugar, el historiador del derecho, siempre que establezca valoraciones, de ningún modo puede quedar dispensado de la correspondiente prueba de lo que afirma. Debe, por tanto, aducir una prueba auténtica tanto para el juicio de valor como para la verificación de los hechos, por ejemplo, la prueba de que los jueces de una determinada sociedad y época estuvieron corrompidos... Si estas dos recomendaciones se cumplen, entonces llegará a ser comprobable en todo caso el juicio de valor...”. *Idem*, pp. 99 y 100.

valorativa propia de lo que sea el derecho, aunque para ello, mi convicción personal es que el curso de Historia general del derecho será tanto más efectivo cuanto menos acuda el profesor a sus propias definiciones valorativas y más insinúe y promueva la inquietud con motivo de lo que ha sido, sea y pueda ser en el futuro el derecho.<sup>26</sup>

## 5. Contenido y método

Provistos ya de las anteriores nociones generales conviene, antes de exponer los principales esquemas ordenadores del curso, hacer una última puntualización sobre su contenido y método.

Se habrá advertido ya, a lo largo de estas notas, una referencia recurrente a la “tradición jurídica occidental”; incluso se recordará cuanto adelantamos respecto a que el curso de Historia del derecho se circunscribe a ella, excluyendo por principio el abordamiento de las importantes experiencias jurídicas orientales. Pero, ¿por qué? La respuesta es, de entrada, sencilla: pues porque nuestro ordenamiento jurídico pertenece precisamente a dicha tradición jurídica occidental y no puede comprenderse del todo sin apelar al desenvolvimiento, maduración y estado actual de aquélla, siéndole en cambio relativamente ajeno el desenvolvimiento de otras tradiciones jurídicas, que no ejercieron sino una influencia muy escasa y más bien indirecta sobre el mismo.

Ahora bien, dicho lo obvio resta aclarar: ¿qué se entiende por tradición jurídica occidental? Y, siendo imposible aquí dar una respuesta satisfactoria y completa, *brevitatis causa*, deberemos conformarnos con decir que por la misma entendemos: aquélla cuyo sustrato es la jurisprudencia romana, cuyo origen se encuentra en el *ius commune* europeo, y cuyo desenvolvimiento actual se debe, primordialmente, a la difusión de la obra codificadora.

<sup>26</sup> De aquí que, como ha visto con razón PÉREZ-PRENDES: “La historia del derecho se ocupa de la vida de éste a lo largo del tiempo. Su misión no consiste en suministrar antecedentes históricos al derecho vigente hoy, ni en la búsqueda y presentación de antigüedades jurídicas, en cuanto tales. Su existencia se explica por constituir la única vía posible para la comprensión de la esencia del derecho”. PÉREZ-PRENDES, *Historia...*, *op. cit.*, p. 13. Ahora, insisto, sin dogmatizar, sólo así el alumno se apercibirá, por sí mismo, según la clásica expresión de SCHÖNFELD: “Derecho es el derecho histórico” (“*Recht ist geschichtliches Recht*”).

Pero hay todavía más. Desde finales de la década de 1930, la moderna historiografía jurídica ha abierto una vía efficacísima para el estudio histórico de la tradición jurídica occidental, que emprendida por autores tan influyentes como Kunkel, Bonfante, Calasso, Orestano, Bretone, Jolowicz y, emblemáticamente por Franz Wieacker, ha tomado de la obra de este último, cuya primera edición data de 1953, su nombre propio: *Historia del derecho privado de la Edad Moderna (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit)*. Precisamente, ha sido esta actual y fecunda corriente del pensamiento historiográfico-jurídico, la más acreditada en nuestros días, la que encontró en nuestra Escuela, desde hace casi 30 años, un vehículo eficaz para su difusión en México.

Esta corriente se ha centrado, como ha observado Aguilera, “en el estudio de las transformaciones del derecho romano”<sup>27</sup> que, de acuerdo con Del Arrenal, constituye el “hilo conductor del curso” cuyos “avatares, realizaciones, ascensos, ausencias o depresiones se examinan siempre desde la perspectiva del legado intelectual, racional, lógico y ético del derecho romano”.<sup>28</sup>

En efecto, para esta corriente historiográfica la persistencia del derecho romano y su continuada influencia sobre nuestra tradición jurídica es una de las claves para el entendimiento de su devenir histórico, concentrándose en el desenvolvimiento del derecho privado. Como ha observado a este respecto Bretone, “el derecho romano” que “no es sólo una realidad del pasado” ha ejercido y ejerce su principal y más positiva influencia “práctico-científica” en el ámbito del “derecho privado”.<sup>29</sup>

Ahora bien, para evitar cualquier malentendido, conviene detenernos un instante en estas dos limitaciones materiales del curso: tradición romanista y derecho privado.

Por lo que hace a la primera, nos referimos deliberadamente a la “tradición romanista”, precisamente para diferenciarla del “derecho romano histórico”. Esta distinción, que proviene de la moderna

<sup>27</sup> AGUILERA BARCHET, Bruno, *Introducción jurídica a la historia del derecho*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, p. 138.

<sup>28</sup> DEL ARENAL, Jaime, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 389.

<sup>29</sup> BRENONE, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 78.

romanística,<sup>30</sup> supone una prudente toma de distancia respecto del clasicismo desmesurado de la romanística decimonónica. Efectivamente, los excesos de esta última, llevados a su extremo por la pandectística alemana, pretendieron entronizar al derecho romano como un modelo arquetípico y perfecto, a partir de cual, pudiera desarrollarse un sistema completo de conceptos jurídicos.<sup>31</sup>

Más ponderada y circunspectamente, la romanística contemporánea reconoce la pobreza y el desfase material del derecho romano histórico respecto de la tradición jurídica occidental y por eso lo distingue de la tradición romanista, cuya influencia, duradera y fructífera, se ha producido en un plano diferente al de los contenidos: precisamente en el plano de las maneras y de las formas, o sea, en el plano de los “cómos” más que en el de los “qués”.

En efecto, salvo para un historiador o un romanista enfermo de clasicismo, el derecho romano, visto desde el punto de vista material de sus instituciones jurídicas, constituye un derecho histórico caduco, cuyas soluciones han ejercido una influencia más bien escasa y negativa sobre nuestra tradición jurídica.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Vid. ORESTANO, *Introducción...*, op. cit.

<sup>31</sup> Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ed. Ariel, 1966, pp. 39-56; RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia...*, op. cit., pp. 417-425; WIEACKER, op. cit., pp. 378-436.

<sup>32</sup> Como ha observado el romanista y iusfilósofo Michel VILLEY: “...la mayor parte de estas soluciones particulares (las del derecho romano) ya no tienen ninguna utilidad; son completamente caducas: los juristas de hoy no se interesan ya por problemas como los presentados: que eran necesarios cinco testigos y una balanza para enajenar una *res Mancipi*, o que los patronos recibían tal cantidad de los bienes de sus libertos”. VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, trad. Diorki, revisada por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1979, p. 101. BRETONE inclusive ha subrayado lo pernicioso de su perfil material: “Las sociedades modernas de personas y las sociedades de capitales, el derecho cambiario, han encontrado en las fuentes romanas más de un obstáculo a su nacimiento. Las fuentes tampoco ofrecían un serio apoyo a la formación de un derecho marítimo o de un derecho minero”. BRETONE, *Derecho...*, op. cit., p. 192. Llegando hasta sugerir que una “investigación histórico-dogmática” pueda emancipar al derecho contemporáneo de los “prejuicios romanísticos”. *Idem*, p. 194. WIEACKER mismo resalta cómo le falta al derecho romano un registro inmobiliario y cómo sus inseguras hipotecas inhibían el crédito inmobiliario, cómo su derecho societario rudimentario e incipiente, estaba lejos de posibilitar el desarrollo de la propiedad en mano común, cómo prácticamente desconocía las formas de tráfico dinerario y particularmente los títulos-valor, así como la escasa influencia que ha tenido, dentro de nuestra tradición jurídica, en materia de familia. Cfr. *Historia...*, op. cit., p. 114.

En contrapartida, la tradición romanista, como un cierto “perfil formal”<sup>33</sup> que podemos referir fundamentalmente: 1) a ciertas “ideas jurídicas fundamentales”, 2) a ciertos “métodos para el hallazgo de soluciones jurídicas materiales”, y 3) a ciertas “*regulae iuris*”, como un riquísimo acervo tópico de razones jurídicas a partir de los cuales puede entretejerse una argumentación, constituye sin duda lo mejor, lo más duradero y lo más influyente del derecho romano sobre nuestra tradición jurídica.

De hecho, la clasicidad del derecho romano, o sea, su propia reinterpretabilidad y susceptibilidad de reutilización, se encuentran precisamente asociadas a este perfil formal integrado por las ideas, los métodos y las reglas de su jurisprudencia.

Esta distinción entre el derecho romano histórico material y la tradición romanista formal, además de ser una distinción firme, es también paradójica, dada la esterilidad del primero y la fecundidad de la segunda, el agotamiento de aquél y la vitalidad de ésta, pero sobre todo, dada la inversión de la influencia ejercida por los contenidos y las maneras del derecho romano. Efectivamente, es un hecho notabilísimo el que nuestra tradición jurídica haya tendido, por un lado, a distanciarse cada vez más de los contenidos materiales del

<sup>33</sup> A este perfil formal se refiere BRETONE cuando afirma: “El formalismo del derecho romano —en primer lugar la tendencia a la abstracción, al aislamiento del problema jurídico— determinó o favoreció su acogida en la Europa medieval y moderna, marcando la civilización (y la mentalidad) de Occidente... Los pontífices especificaron por primera vez el derecho como ‘forma’. Algo muy profundo se creó, entonces, en la edad arcaica, y no se perdió más. Lo advertimos en los modos de pensar de los juristas ‘clásicos’ y de sus herederos medievales... formalismo y... maestría de sus artífices en corregir los resultados negativos mediante el recurso a los principios de una ‘racionalidad material’.” *Derecho...*, op. cit., p. 191. En el mismo sentido WIEACKER: “La contribución del derecho justiniano al conjunto de la cultura europea no estribó, pues, en modo alguno en la ‘calidad’ o ‘justicia’ de sus normas e instituciones, sino en la disciplina metódica de un pensamiento jurídico autónomo... en el predominio de la ciencia sobre la vida, y, finalmente, en las reservas de ética jurídica realmente vivida atesoradas en las obras de los grandes juristas romanos...” *Historia...*, op. cit., p. 115. Igualmente VILLEY cuando asegura: “La aportación más duradera de Roma es... por primera vez en la historia, la de haber hecho del derecho una ciencia autónoma, con su método, con su lenguaje, sus conceptos y sus principios generales; su redescubrimiento en la Europa posterior constituyó una de las bases de nuestra civilización. Otra cosa son las soluciones de detalle; vinculadas a las contingencias de la historia social, su duración no podía ser larga”. *Compendio...*, op. cit., pp. 101 y 102.

derecho romano, profundizando, en contrapartida, cada vez más en las formas de la tradición romanista.<sup>34</sup>

Ahora bien, si una de las claves para la comprensión histórica de la tradición jurídica occidental es su arraigo en la tradición romanista, habremos de concentrarnos solamente, según se dijo, en el ámbito del derecho privado.

Efectivamente, el curso de Historia general del derecho se circunscribe al derecho privado, en primer lugar por la necesidad de reducir el inmenso material historiográfico que supone nuestra tradición jurídica a un volumen capaz de ser estudiado con provecho en un curso lectivo anual. Ahora bien, que aunque partamos de una necesidad de delimitación relativamente arbitraria —la corta duración del curso— las razones por las cuales nos quedamos con el derecho privado son mucho menos caprichosas.

El derecho privado constituye la parte más aprovechable de nuestra tradición jurídica para la formación integral del jurista contemporáneo, y ello por varias razones.<sup>35</sup> En primer lugar, pues en torno al derecho privado se incardinan las instituciones más duraderas, permanentes y tradicionales del derecho occidental, cuyo señero arraigo en el derecho quirritario es de sobra conocida. De hecho la influencia más duradera del perfil formal romano en la tradición jurídica occidental, se ha ejercido precisamente en el ámbito del derecho privado.

Pero además, lo privado como lo propio de los particulares en cuanto tales, arraiga como en los ámbitos más perdurables de la vida del hombre, mientras que, en contrapartida, lo público, dada su esencial vocación por la oportunidad y la conveniencia, se encuentra como

<sup>34</sup> Este hecho tan notable incluso ha sido propuesto por el propio WIEACKER como una ley histórica (entiéndase como un índice de generalidad y frecuencia) de acuerdo con la cual "...la ley fundamental de que cada vez se haga más débil efectivamente la supervivencia material al aumentar la distancia entre los nuevos creadores de cultura y la cultura originaria, y, en cambio, se concentre cada vez más y se haga más hondo el influjo de las formas espirituales... Sin esta relación fundamental tampoco puede comprenderse el ritmo de la ciencia jurídica europea, basada en el esclarecimiento cada vez más progresivo de la herencia romana, que aún pervive en el presente siglo". *Historia...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>35</sup> Véase por ejemplo respecto del fecundo tema de los principios jurídicos la extraordinaria exposición que respecto de su elaboración jurisprudencial en el ámbito del derecho privado hace ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Ed. Bosch, 1961.

más sujeto a los avatares propios de las circunstancias políticas, siempre cambiantes y efímeras.<sup>36</sup> Lo privado tiene así como una mayor durabilidad y, por ende, el derecho privado es un derecho más perdurable, cuya evolución, por lo mismo, parece ser como más constante y coherente, a diferencia de lo que muchas veces acontece con el derecho público cuyo desarrollo es más bien episódico y contingente.

Más aún, lo público surge desde el poder, desde las intimididades de las organizaciones políticas y, generalmente, dura lo que éstas. Lo privado se encuentra, en contrapartida, en la relación entre los particulares y, consecuentemente, goza de la estabilidad de éstas.<sup>37</sup>

Finalmente, lo público, al surgir desde el poder, tiende a encontrar su apoyo en el poder mismo; por ello se caracteriza por su mayor verticalidad, por ser algo impuesto, mandado, y por ende su eficacia descansa, preponderantemente, en la fuerza con la que es impuesto, en lo que más adelante denominaremos *potestas*. En contrapartida, como lo privado aparece generalmente al margen del poder, encuentra su

<sup>36</sup> De aquí la importancia dentro del ámbito de la emblemática político-jurídico de las representaciones de la fortuna, del azar, o dentro del ámbito del pensamiento cristiano católico de la Providencia pues, en el caso particular de la Nueva España, como ha apuntado Salvador CÁRDENAS respecto de este clásico tópico: "La precariedad de las instituciones, la fugacidad de los cargos y oficios públicos, la condición provisional de las acciones de gobierno y, en no pocas ocasiones, el ruinoso desorden que se sufría en el virreinato, encontraron en el emblema de la rueda de la fortuna un buen cauce de expresión. "La 'rueda de la fortuna'..."", *op. cit.*, p. 285.

<sup>37</sup> También en este sentido el eminente historiador del derecho PARADISI ha observado: "*Se il diritto è un fatto storico... non si può però tacere che si tratti di un fatto con particolari caratteristiche. Gli istituti che lo compongono mostrano infatti in molti casi un coerenza reciproca ed una vischiosità nel loro sviluppo che contrasta con i mutamenti repentini e con gli urti violenti della storia politica. Quei casi riguardano non il diritto pubblico, che è immediata espressione dello stato, ma invece il diritto privato, che è espressione della società. La storia c'insegna che, sul fondamento di un primitivo costume regolante la semplice vita di una società arcaica, le norme e gli istituti del diritto pubblico si distaccano a poco a poco dal comune contesto normativo, con la stessa rapidità e nella stessa misura che di volta in volta si ricontrano nella formazione e nello sviluppo dello stato. Nel diritto privato, al contrario, la cui determinazione è, com'è naturale, contemporanea a quella del diritto pubblico, gli istituti non soltanto sono in funzione della volontà de una classe politica o di una situazione più o meno contingente, ma delle necessità della vita sociale". De aquí concluye: "Proprio perchè il diritto è l'espressione e quasi la proiezione della società nel suo insieme, di una società che si esprime indipendentemente dallo stato...". PARADISI, Bruno, "Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto", en *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 1, Milán, Giuffrè Editore, Milán, 1972, pp. 28-30.*

apoyo en la misma realidad de las cosas, en el orden existente en la propia relación entre las cosas, caracterizándose por su mayor horizontalidad, por su mayor cercanía con los particulares que lo reconocen como propio, descansando pues su eficacia obligatoria más en su adecuación a la realidad y en su razonabilidad que en la *potestas*.

Dicho lo anterior y recapitulando, podemos decir que el contenido del curso de Historia general del derecho está circunscrito a la tradición jurídica occidental, a la que se aborda, como se dejó sentado anteriormente, desde una perspectiva general que se interesa principalmente por las ideas y los métodos recogidos por los juristas respecto de sus experiencias jurídicas históricas, con una especial atención por el sustrato romanista formal, y limitándose solamente al ámbito propio del derecho privado.

Hechas las anteriores precisiones materiales o de contenido, nos resta tan sólo hacer, muy brevemente, unos someros apuntamientos metodológicos pues todas las "disciplinas de encuentro", como lo es la Historia del derecho, suponen, dada su propia interdisciplinariedad, una cierta ambigüedad metodológica.

En efecto, téngase en cuenta que la historiografía jurídica busca dar una razón histórica del derecho; más exactamente, busca dar una razón histórica del derecho precisamente en cuanto a derecho (no como hecho social, o factor de la producción o instrumento político), por lo que, aunque su perspectiva deba ser la del historiador, debe construirse también, en cierta medida, como perspectiva de jurista.

Más aún, a la anterior ambigüedad metodológica debe agregarse la relativa juventud de esta disciplina científica, que apenas en nuestros días alcanza un nivel de madurez que permite estudiarla con cierta seguridad. En efecto, antes del Renacimiento no existe una historiografía jurídica propiamente dicha y no es sino hasta la fundación de la *Escuela Histórica Alemana*, hacia el primer tercio del siglo XIX, que se inicia su cultivo sobre bases científicas más sólidas. De hecho, no es sino hasta el siglo XIX que la Historia del derecho se ve beneficiada por una importante depuración metodológica y enriquecida merced al aprovechamiento de muchas de las apenas nacientes disciplinas auxiliares de la historia.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Cfr. GARCÍA GALLO, *Manual...*, op. cit., pp. 8 y ss.

Ahora bien, a efectos de exponer lo más sucintamente esta cuestión metodológica y aun a riesgo de simplificar demasiado las cosas, se puede decir que a partir de la división de la Escuela Histórica Alemana en sus dos principales corrientes, la rama romanista y la rama germanista, se produjo también una cierta diferencia epistemológica y metodológica respecto de la forma correcta de emprender el estudio histórico del derecho. Los romanistas reclamaron así, como la más idónea, la perspectiva jurídico-dogmática, mientras que los germanistas reivindicaron en contrapartida, los fueros de una perspectiva más bien histórico-social.<sup>39</sup>

En efecto, los romanistas defendieron que la forma apropiada de abordar el estudio de la Historia del derecho era partiendo de los principios, axiomas, dogmas y conceptos del sistema jurídico contemporáneo, retrotrayéndolos después en el tiempo, siempre con el afán práctico de comprenderlos mejor a partir de la ubicación de sus orígenes y del señalamiento de su ulterior desarrollo.

De esta forma, para los romanistas, el derecho actual debía proyectarse hacia el pasado y explicarse conforme a los esquemas y clasificaciones presentes, agotando su quehacer en la investigación exclusiva de los principios, máximas y dogmas, con absoluto desinterés y consecuente exclusión de las realidades sociales normadas y orientadas por aquéllos.

Esta forma de concebir la Historia del derecho ofrecía, supuestamente, una mayor facilidad para la comprensión del derecho pretérito a partir de los conceptos, nociones e ideas actuales, que por ser los nuestros, nos son también más familiares. Sin embargo, bien visto el asunto, dicha facilidad era tan sólo aparente, pues dichos conceptos, nociones e ideas son realmente, como ya se dijo, un obstáculo que nos impide comprender las instituciones históricas en su originalidad, o sea, dentro del contexto en el cual aparecen. Más aún, según también se dijo, dichas nociones e ideas operan como un auténtico prejuicio, que nubla una adecuada visión, y que muchas veces obs-

<sup>39</sup> Sobre las diferencias epistemológicas y metodológicas de las orientaciones dogmáticas, y de las históricas, sociales o institucionales, es muy sugerente la exposición crítica hecha por BRETONE, *Derecho...*, op. cit., pp. 133-154.

taculiza positivamente la ubicación y comprensión de importantes instituciones jurídicas.<sup>40</sup>

Para la rama germanista, en contrapartida, la Historia del derecho es y debe configurarse, tanto epistemológica cuanto metodológicamente, como una disciplina historiográfica, debiendo servirse por ello de un método preferentemente histórico.

Así concebida, la Historia general del derecho es una disciplina histórica especial, que busca destacar las conexiones entre la sociedad historiada y su derecho, debiendo servirse para ello, como atinadamente sugiere Helmut Coing, de un método capaz de relacionar al derecho, como ordenamiento social que es, con la sociedad a la que inordina y con la cultura a la que pertenece.

Efectivamente, es necesario, en primer lugar, vincular al derecho con la totalidad de la vida social que norma y de la cultura de la cual forma parte. Esto es precisamente lo que Coing denomina como el “método de la concatenación global” (*globale Verknüpfung*).

Ahora bien, dicha concatenación global supone apenas un punto de partida pues, el derecho, como ordenación de la vida social, obedece en su conformación a las necesidades concretas que la propia realidad social le plantea y, para responderle, el derecho se orienta también por referentes culturales igualmente específicos. Y, estas necesidades sociales concretas, estos referentes culturales específicos, no pueden ser observados por el solo método de la concatenación global.

Precisamente por ello, siguiendo Coing aquí la fórmula del “*challenge and response*” propuesta para Toynbee, nos ofrece para complementar el método de la concatenación global el “método de la concatenación especial” (*spezielle Verknüpfung*) por virtud del cual se busca, a partir del binomio “estímulo-respuesta”, una explicación

<sup>40</sup> En este sentido apunta COING: “No se puede partir simplemente del derecho vigente en la actualidad. De hacerlo así se podrían ciertamente comprender en determinada medida partes esenciales de los ordenamientos jurídicos del pasado —en cuanto ellos tuvieran alguna correspondencia con el derecho actual— pero se correría el peligro de no tener en cuenta instituciones desaparecidas que tuvieron un gran significado en épocas pasadas; piénsese por ejemplo, en fenómenos como el derecho feudal, o el derecho de fideicomiso o en el dominio señorial”, *Las tareas...*, op. cit., p. 83.

a los problemas jurídicos concretos, precisamente, en los problemas sociales concretos y en los referentes culturales específicos.<sup>41</sup>

Pues bien, como puede suponerse, parece que esta última corriente epistemológica y metodológica resulta mucho más apropiada para historiar al derecho.<sup>42</sup> Sin embargo, debe hacerse todavía una puntualización final.

<sup>41</sup> Por ello observa COING, respecto de la concatenación global: “El verdadero problema para el historiador del derecho es, por tanto, poder seleccionar de la totalidad de los elementos culturales aquellos que sean relevantes...”, *Las tareas...*, op. cit., pp. 56 y 57. Y el riesgo que se corre es que el historiador “idealista” “caerá en la tentación de consagrarse sobre todo a la investigación de las ideas éticas de la época y a fundamentar sobre ellas su análisis del derecho”, mientras que en contrapartida el “materialista se inclinará por consagrar su atención primordialmente a los hechos económicos, a las relaciones de producción”. De aquí que la ventaja de la concatenación especial estriba en indagar a partir de las fuentes los problemas sociales y los referentes culturales concretos. No resisto transcribir aquí el siguiente ejemplo propuesto por Coing sobre las ventajas de este método: “El siglo XIII vivió una decisiva transformación del derecho procesal en Europa. Allí donde existieron los duelos y los juicios de Dios surgieron pruebas racionales; en el Continente las del derecho romano-canónico, en Inglaterra la intervención del jurado... Si nos preguntamos por los fundamentos de este cambio podríamos remitirnos ante todo al cambio espiritual que significa el *renaissance of the 12th century*; y nos podríamos también remitir al florecimiento de las ciudades y de la clase social de los comerciantes. Esto sería lo que podría señalarse poniendo en práctica la *globale Verknüpfung*, concatenación global. El procedimiento a seguir en la *spezielle Verknüpfung*, concatenación especial, consistiría por el contrario en aclarar, basándonos en las fuentes de la época en particular, quién ha criticado y por qué causas los juicios de Dios. Se tropezaría entonces con la existencia de fuentes en las que se observa que los ciudadanos exigen la abolición de los juicios de Dios y de los duelos: la ciudad de Ypern recibió en 1116 un privilegio en este sentido. Pero nos encontraríamos sobre todo con una fuente, el canon XVIII del Concilio laterano, que prohibió a los sacerdotes asistir a las ordalías... nos encontramos con que teólogos como Juan de Salisbury o Rodolfo Niger rechazan los juicios de Dios desde el punto de vista teológico, porque con ello el hombre tienta a Dios. El problema, por tanto, que el siglo XIII solucionó mediante disposiciones jurídicas había tenido su origen en ideas religiosas. Solamente mediante estas constataciones se ofrece un camino seguro para poner en conexión el cambio jurídico con los factores extrajurídicos...”. *Idem*, pp. 61 y 62.

<sup>42</sup> Además de su mayor plausibilidad, esta es la tradición historiográfica que desde sus principios influyó en los estudios histórico-jurídicos de nuestra Escuela. En efecto, como ha observado DEL ARENAL (ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *La formación del jurista*. Estudio preliminar, edición y notas por DEL ARENAL, Jaime, México, Escuela Libre de Derecho, 1993), la tradición germanista, que fue introducida a la historiografía jurídica española por Eduardo DE HINOJOSA Y NAVEROS, fue transmitida a los fundadores de nuestra Escuela por mediación de Rafael ALTAMIRA Y CREVEA. Curiosamente, es esta misma tradición de la “Escuela de Hinojosa” la que, a partir de las décadas de 1970 y 1980, y gracias en parte al magisterio iberoamericano ejercido por Alfonso GARCÍA-GALLO, la

En efecto, de que la Historia del derecho sea ante todo una asignatura histórica, no se sigue que no deba considerar al derecho, también, como se dijo desde un principio, desde una perspectiva jurídica.<sup>43</sup>

Así, aunque miremos las diferentes experiencias jurídicas históricas desde una perspectiva historiográfica-social-institucional, deberemos también servirnos, como anteriormente propuse, de un concepto precomprensivo del derecho y eventualmente, inclusive, de algún concepto valorativo de lo jurídico.

Más aún, será imposible evaluar el material histórico-jurídico que expongamos, en sí mismo, esto es, en cuanto a las ideas, conceptos, nociones, métodos e instituciones jurídicos propiamente tales, sino es mediante el auxilio de las diferentes ciencias jurídicas especiales o ramas de la jurisprudencia técnica.<sup>44</sup>

De aquí la enorme complejidad metodológica de la ciencia de la Historia del derecho, que exige igualmente un muy raro amaestramiento del florilegio de las diversas ramas del derecho, un dominio de sólidos conocimientos historiográficos y el empleo seguro de las ciencias auxiliares de la historia a las que nos referimos desde un principio.

Dicho todo lo anterior ya estamos en aptitud de aventurar una definición del curso de Historia general del derecho como *“la investigación documental comprensiva de la tradición jurídica occidental, que abordada desde una perspectiva general, estudia la evolución de sus ideas, métodos y conceptos, tomando en cuenta su extracción*

---

que terminó por inclinar los estudios jurídicos en la Escuela Libre de Derecho hacia esta orientación historiográfico-institucional-social, sin renunciar a la riquísima veta romanista que toma sobre todo de la obra de WIEACKER, que propone también una clara orientación institucional.

<sup>43</sup> En efecto, la individualidad científica de la historia del derecho exige la reivindicación de ambas perspectivas y su autonomía respecto de cada una de ellas en particular. Cfr. en este mismo sentido a ROCA TOCO, C. Alberto, “En torno a la historiografía jurídica”, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, t. II, vol. 2, Madrid, Editorial Complutense, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1996.

<sup>44</sup> Como magistralmente ha expuesto BRETONE: “La dogmática actual no sirve tanto para individualizar (y en cierto sentido para predeterminar) los ‘objetos’ de la investigación histórica, sino que más bien puede ser empleada en función heurística y diagnóstica, como instrumento para comprender el pasado jurídico en su nexos subterráneo con la experiencia actual. Más que en el plano temático, opera en el plano metodológico”. BRETONE, *Derecho...*, op. cit., p. 135.

*romanista y circunscribiéndose al ámbito del derecho privado, desde una perspectiva simultáneamente histórica, cultural, social, institucional y jurídica”.*

### III. ALGUNOS ESQUEMAS ORDENADORES

Pues bien, estando claros ya respecto de las anteriores nociones generales y teniendo asimismo una idea más aproximada respecto del contenido y método de la Historia del derecho, se puede entender mejor la necesidad del investigador y del docente de clasificar convenientemente su materia de su estudio.

Efectivamente, como investigación comprensiva que supone la recreación de experiencias jurídicas pretéritas, la historiografía jurídica exige la explicación de los diversos ordenamientos jurídicos que contribuyeron especialmente a la conformación de la tradición jurídica occidental.

Ahora bien, para poder dar una razón satisfactoria de dichos ordenamientos, el historiador debe poder tipificarlos según ciertos esquemas, a partir de los cuales, puedan distinguirse unos de otros conforme a una base objetiva y puedan a su vez compararse para advertir sus similitudes, sus diferencias, sus desarrollos y sus involuciones.

Para tales efectos de clasificación y comparación y con el solo propósito de comprender mejor y explicar más sencillamente los ordenamientos históricos a partir de ciertos tipos, modelos o esquemas, propongo aquí el empleo de ciertas herramientas metodológicas que pretenden, en cuanto tales, facilitar la individualización de las diversas experiencias jurídicas objeto del curso.

Dichos tipos, modelos o esquemas, deben usarse, sin embargo, con circunspección y medida, esto es, buscando precisamente comprender y explicar, asimilar o distinguir los diversos ordenamientos históricos. En otras palabras, deben utilizarse ponderadamente y en un plano estrictamente metodológico pues, si por equivocación se pretendiera aplicarlos en un plano temático, se correría el grave riesgo que hemos pretendido conjurar con nuestra noción precomprensiva del derecho y renunciando a toda definición valorativa, o sea, el riesgo de enjuiciar críticamente determinados ordenamientos jurídicos, en lugar de comprenderlos a la luz de la sociedad dentro de la que surgen y de la cultura a la que pertenecen.

Dicho lo anterior, los esquemas que aquí propongo para ayudar a una mejor comprensión y explicación del curso, son en general —salvo por un par de adiciones propias— aquellos conforme a los cuales éste es expuesto por Jaime del Arenal.

Ahora bien, puesto que dichos esquemas ordenadores provienen —según puede inmediatamente advertirse— de muy diversos ámbitos históricos, filosóficos y técnico jurídicos, se impone a este respecto una mínima digresión preliminar.

En efecto, hablar de la *auctoritas* y la *potestas* supone remontarnos a nuestra tradición romanista; referirnos a la tópica y a la sistemática adentrarnos en los dominios de la filosofía del derecho y, muy específicamente, en las parcelas correspondientes a la metodología y a la argumentación jurídicas; remitirnos a la *interpretatio* y a la *hermeneusis* es aventurarnos en los territorios de la deontología jurídica y más puntualmente de la teoría de la prudencia jurídica; hablar de pluralismo y monismo respecto de las fuentes supone remitirnos a nociones de derecho comparado; y, por último, abordar a la justicia y al orden supone el tratamiento de uno de los temas más espinosos de la filosofía del derecho.

Sin embargo, la enorme diversidad de los anteriores conceptos no debe desconcertarnos en lo absoluto, pues con independencia de la suspicacia inicial que pueda producirnos el caer en la cuenta de su ostensible heterogeneidad, lo que debe realmente importarnos es su extraordinario valor comprensivo.

En efecto, hoy en día las nuevas direcciones metodológicas proponen una nueva epistemología liberada de un cientificismo artificialmente aséptico<sup>45</sup> y, afortunadamente, sus postulados son cada vez más tenidos en cuenta por la historiografía en general y por la historiografía jurídica en particular, permitiéndole al estudioso proceder con menos restricciones y reconociendo inclusive la legitimidad en el empleo de herramientas meramente heurísticas.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Es emblemática a este respecto la exposición de Paul FEYERABEND, cuya tesis es, precisamente, el que “la ciencia es una empresa esencialmente anarquista” y cuyo primer principio o regla es “que el único principio que no inhibe el progreso es: *todo sirve*”. Cfr. su obra *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, trad. Diego Ribes, México, Ed. Rei, 1997.

<sup>46</sup> Por todos, cito textualmente a BREONE, quien a este respecto, apunta: “El historiador, estoy convencido de ello, hace bien en dar un paseo por el campo de las ciencias

Adicionalmente, la forma en la que presento aquí los anteriores esquemas es, precisamente, la de binomios o “diadas ordenadoras”. Esta forma de referirme a ellas debo reconocer que es, en parte, el producto de las lúcidas indicaciones que me hiciera en su tiempo el profesor Sergio Vela Martínez, quien me ayudó también a comprender mejor su profundo valor metodológico, precisamente como parejas de conceptos polares.

Pues bien, en definitiva, a partir de los anteriores esquemas ordenadores, binomios hermenéuticos o diadas comprensivas, y sin menoscabo de que puedan emplearse otros muchos criterios de clasificación y explicación de las experiencias jurídicas históricas, lo que se pretende ante todo es: a) facilitar la comprensión de los ordenamientos históricos, b) unificar ciertos criterios para su comparación diacrónica y c) aportar elementos para una comprensión crítica del sistema jurídico contemporáneo.

Me explico: como se verá enseguida, es mucho más sencillo explicar y comprender en su originalidad y tipicidad propias a los diversos ordenamientos jurídicos históricos, cuando después de conectarlos —global y especialmente— con la sociedad y la cultura a la que pertenecen, los evaluamos y clasificamos, desde las perspectivas jurídicas que nos ofrecen las diadas comprensivas. Desde luego que dicha clasificación tendrá —como cualquier otra— un poco o un mucho de arbitrario, pero es indudablemente más provechoso para el alumno retener, por ejemplo, que la jurisprudencia romana clásica es un ordenamiento jurídico: a) cuya obligatoriedad descansa importantemente en la *auctoritas* del jurista, b) cuya conformación es preponderantemente tópica, c) en cuya elaboración se advierte un prudente equilibrio entre *interpretatio* y *hermeneusis*, d) que respecto de la creación jurídica acusa una sensible pluralidad en sus fuentes y e) que acusa en sus soluciones más la satisfacción de la justicia que la realización de un orden previsible con certidumbre *a priori*.

sociales y en buscar hipótesis, modelos, paradigmas útiles para su trabajo”, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 115. “...antes que en hipótesis o en fórmulas, o en cada uno de los paradigmas, el historiador puede estar interesado en un libre juego de las combinaciones y de las diferencias. En este juego crítico no se oculta ningún eclecticismo. Éste estimula su fantasía, le ofrece instrumentos heurísticos corregibles y modificables, y lo guía para comprender los datos desde uno o más ángulos”. *Idem*, p. 116.

Pero además, el empleo de los anteriores esquemas ordenadores sirve también para propiciar la comparación de los ordenamientos históricos. Efectivamente, la ciencia del derecho comparado exige para la comparación entre los ordenamientos jurídicos contemporáneos de la construcción de ciertos criterios a partir de los cuales pueda realizarse la asimilación o diferenciación sobre bases objetivas.<sup>47</sup> Así también, la historiografía jurídica requiere, para una comprensión profunda del desenvolvimiento —a veces ascendente, otras decadente— de la tradición jurídica occidental, de ciertos criterios conforme a los cuales podamos emprender una comparación segura.

Ahora bien, la comparación que realiza la historiografía jurídica no es ya sincrónica, como la que hace la ciencia del derecho comparado, sino diacrónica, pues lo que se busca es comprender, con profundidad, la manera en que los ordenamientos se interfieren e influyen históricamente, en que abrevan de su tradición para desarrollarse, o se trasplantan a otras latitudes en el tiempo, o reciben injertos de diferentes tradiciones, o de plano rompiendo con toda tradición, proceden de manera enteramente original y propia. Y para esos efectos, la comparación, conforme a ciertas bases jurídicas como las propuestas, es fundamental.

Así, por ejemplo, resulta muchísimo más provechoso, para comprender las diferencias profundas existentes entre el sistema de derecho codificado de la modernidad y la jurisprudencia romana clásica, decir que aquél, a diferencia de éste, es un ordenamiento jurídico: a) cuya obligatoriedad descansa fundamentalmente en la *potestas* del Estado, b) cuya conformación es preponderantemente sistemática, c) en cuya elaboración se advierte un imprudente desequilibrio entre *interpretatio* y *hermeneusis*, con una preponderancia desmedida de la segunda sobre la primera, d) que respecto de la creación jurídica ofrece un ostensible monismo en cuanto a sus fuentes y e) que acusa en sus soluciones más la búsqueda de la realización de un orden general y abstracto donde exista certidumbre *ex ante* respecto del derecho aplicable, aun a costa de sacrificar, en muchas ocasiones, la justicia en el caso concreto.

<sup>47</sup> Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, trad. Juana Bignozzi, Barcelona, Ed. Ariel, 1987.

Por último, el empleo de los esquemas ordenadores propuestos en tanto que binomios heurísticos, permite la tipificación y la comparación sin referencia a “modelos arquetípicos”. En efecto, como ha advertido el profesor Grossi con singular acierto: “Querer proyectar en el presente modelos históricos del pasado es una actitud de máxima presunción... El modelo resulta ser para dicho cuerpo [el histórico de los ordenamientos] un vestido demasiado estrecho o demasiado amplio”.<sup>48</sup>

De aquí precisamente la virtud fundamental de las diadas propuestas: no constituyen ni pretenden ser ningún modelo, sino apenas una guía respecto de ciertas tendencias contradictorias y polares en torno a las cuales puede decirse que han oscilado, a la manera de un péndulo, las diferentes experiencias históricas incardinadas a nuestra tradición jurídica.

De ahí que la comparación a partir de las mismas pueda servir, como sugería en otro contexto Grossi: “no para adquirir un modelo más o para ganar un modelo sustitutivo, sino, en todo caso, para liberarse del modelo oprimente que ofrece el presente revestido, en apariencia, de mundo jurídico perfecto. La historia (y la comparación por lo general) como roce entre momentos profundamente dialécticos, representa una contribución esencial para poder construir libremente un futuro, un verdadero futuro”.<sup>49</sup>

### 1. *Auctoritas* y *potestas*

Sea cual fuere nuestra idea del derecho, su función directriz —acusada por su etimología en prácticamente todas las lenguas romances: *derecho*, *diritto*, *droit*, *direito*— exige la capacidad de mover voluntades, ya sea por su natural razonabilidad, ya sea por su imposición coactiva.

Así pues, esta capacidad de mover voluntades puede alcanzarse ya sea doblegando o persuadiendo; como explica García Pelayo: “El poder somete, la *auctoritas* provoca adhesiones y, por ello, así como

<sup>48</sup> GROSSI, Paolo, “Modelos...”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 69.

el poder se realiza imperativamente, la *auctoritas* ha de ser reconocida por sus seguidores”.<sup>50</sup>

En otras palabras: la cualidad vinculante del derecho puede realizarse, y de hecho se realiza, ya sea convenciendo al intelecto con buenas razones (*auctoritas*) o rindiendo a la voluntad con buena fuerza (*potestas*); de ahí que como ha subrayado el máximo expositor del binomio *auctoritas/potestas*, Álvaro D’Ors, que la *auctoritas*, simbolizada en el derecho romano por el *ius*, pertenezca más bien al orden intelectual, mientras que, en contrapartida, la *potestas*, representada por la *lex*, se ubique mejor en el ámbito de lo volitivo.<sup>51</sup>

Ahora bien, como puede suponerse, este tema de las nociones y relaciones existentes entre la *auctoritas* y la *potestas*, lo encontramos precisamente, como ha visto con razón el profesor Emilio Suñé Llinás, en el espinoso terreno condenado a servir como la “borrosa frontera, que conecta más que separa al derecho de la política”, zona conflictiva si la hay no obstante que, en contrapartida, como “en todas las esferas del conocimiento, son precisamente los nexos interdisciplinarios los puntos de mayor interés”.<sup>52</sup>

Por lo mismo han sido muchas y muy diversas las definiciones que se han propuesto para diferenciar a estos conceptos; así por ejemplo, por *auctoritas* entiende Schulz un cierto “prestigio social” que, en la poética descripción de Mommsen, siendo “más que un consejo y menos que una orden” no se puede eludir decentemente<sup>53</sup> y que por lo mismo, supone, como ha querido ver García de Enterría como un “plus de superioridad moral”. En contrapartida, por *potestas* se ha

<sup>50</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, “Auctoritas”, en *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 139.

<sup>51</sup> Cfr. D’ORS, Álvaro, *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, Madrid, Ateneo de Madrid, colección “Crece o Muere”, 1952, pp. 13-15.

<sup>52</sup> SUÑÉ LLINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (coord.), Madrid, Ed. Civitas, 1989, p. 1343.

<sup>53</sup> SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, trad. Manuel Abelán Velasco, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 187. Esta noción de SCHULZ de la *auctoritas* como “prestigio social” no obstante ser, como se verá inexacta, contribuye a explicar aquellos casos extremos en los que la autoridad no radica en la razonabilidad del consejo sino en el solo prestigio de la persona, y sirve para explicar aquella máxima desconcertante según la cual, la autoridad se tiene por la misma razón (*stat pro ratione auctoritas*), idea ésta que llevó, por ejemplo durante la Edad Media, a la abdicación de la razón en la autoridad.

entendido en general, siguiendo la tradicional noción weberiana, “la probabilidad de imponer la propia voluntad”, “aun contra toda resistencia” que en la modernidad ejerce típicamente el Estado en ejercicio del “monopolio de la función coactiva”,<sup>54</sup> o, más precisamente, en las palabras del profesor Suñé, como un “poder político y, por lo tanto, con vocación organizadora de un conjunto social”, “que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en Constitución”.<sup>55</sup>

Ahora bien, las nociones más acabadas y maduras son, a mi modo de ver las cosas, las propuestas por el propio D’Ors, a partir de sus estudios romanísticos, quien las define muy exactamente: a la *auctoritas* como un “saber socialmente reconocido” y a la *potestas* como un “poder socialmente reconocido”.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 43 y ss.

<sup>55</sup> SUÑÉ, *op. cit.*, p. 1369.

<sup>56</sup> Para no abultar este apartado con citas superfluas, las principales obras en la que puede encontrarse el pensamiento orsiano a este respecto son “Autoridad y potestad”, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid, 1973, *Derecho privado romano, op. cit.*, *Los romanistas...*, *op. cit.*, *Una introducción al estudio del derecho*, 8a. ed., Madrid, Ed. Rialp, 1989, y puede encontrarse con mucho provecho una exposición completa sobre estas nociones de D’ORS en la obra de Rafael DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, especialmente en su capítulo segundo, “Teoría orsiana de la *auctoritas*”. A manera de *excursus* y como dato aprovechable para el alumno más interesado, la palabra *auctoritas*, de orígenes remotos, deriva del sustantivo *auctor* que a su vez procede del verbo *augere* que significa aumentar, pero también apoyar, dar plenitud e incluso santificar. En contrapartida la palabra *potestas* deriva de *potis* cuya raíz indoeuropea da la idea de poder constituido. Las diferencias entre *auctoritas* y *potestas* dentro de nuestra cultura son fundamentalmente latinas, hasta el punto de que el concepto de *auctoritas* no encuentra un correlato exacto dentro de la lengua griega. De hecho, el binomio *auctoritas/potestas* es una de las claves para la comprensión de la Constitución romana, sintetizada por la fórmula *SPQR* (*Senatus Populusque Romanus*) donde el Senado ejercía, como órgano meramente consultivo, la *auctoritas patrum* y el pueblo era depositario de la *maiestas Populi*, a partir de la cual, apoderaba a los magistrados para que ejercieran la *potestas*. Así también, el binomio *auctoritas/potestas* es esencial para comprender la diferencia entre el *ius* y la *lex* romanas. El derecho era obra fundamentalmente de los juristas romanos quienes por medio del *respondere de iure* ejercían su *auctoritas prudentium*; la *lex* en contrapartida, era obra de los magistrados en ejercicio de la *potestas*, a través de sus diversas proyecciones, como por ejemplo el *ius agendi cum populo* para las *leges rogatae* o del *ius edicendi* para los edictos que elaboraban. Finalmente, la diada *auctoritas/potestas* es clave para el entendimiento del procedimiento formulario, cuya bipartición entre la etapa *in iure* y la *apud iudicem*, revela, de un lado, la *potestas* del pretor, que en ejercicio del *ius edicendi*

La teoría orsiana a que nos referimos, parte de la necesaria diferenciación entre la *auctoritas* y la *potestas*, precisamente por el hecho de constituir las mismas como el correlato de las potencias del alma: la inteligencia y la voluntad.

En efecto, para D'Ors, la *auctoritas* tiene una filiación claramente intelectual, donde en contrapartida la *potestas* tiene un origen más bien volitivo, y si bien es cierto que inteligencia y voluntad se encuentran implicadas e interferidas en los diversos actos humanos, es cierto también que pueden y deben distinguirse.

Por saber entiende D'Ors cualquier tipo de conocimiento —ya sea intuitivo, deductivo, científico o de cualquier otro tipo—, mientras que por poder comprende, ante todo, una fuerza (en el sentido de *virtus*, a su vez derivación de *vis*, fuerza ejercida contra alguien), debiéndose, sin embargo, más puntualmente, definir como una fuerza consentida (*vis ac potestas*), pues la fuerza no consentida es violencia, misma que puede ser a su vez natural y lícita o contranatural e ilícita. En una palabra, sólo la fuerza consentida es *potestas* y por ello la *potestas* es poder socialmente reconocido.

Ahora bien, dentro de las definiciones anteriores, la característica común de la *auctoritas* y de la *potestas* es el reconocimiento social, que es elemento constitutivo de ambas, aunque también es un dato meramente de hecho pues, puede reconocerse inclusive una fuerza ilegítima en su origen, por donde el reconocimiento, aun siendo un dato constitutivo de la autoridad y de la potestad, no puede considerarse como el origen de ninguna de éstas, pues ni el saber ni el poder, rectamente entendidos, tienen su origen, sino a lo sumo su confirmación, en el reconocimiento social.

Ahora bien, la clave de toda esta teoría reside en la necesaria separación entre la *auctoritas* y la *potestas*, separación que se encuentra en la Roma Republicana, en el binomio clásico *ius/lex* y en el procedimiento formulario, pero que ulteriormente desaparece, produciéndose a partir del Principado y ulteriormente una confusión entre las mismas. De hecho, esta confusión entre la *auctoritas* y la *potestas*

no fue propia y exclusiva de la Roma Imperial, sino que ha sido una constante que se ha repetido reiteradamente a lo largo de la historia.

De hecho, para D'Ors el simbolismo antiguo de “la mano y los dedos” explica la relación que deben tener autoridad y potestad. La *manus* siempre ha simbolizado, dentro de nuestra cultura, al poder; más exactamente, el puño cerrado ha simbolizado desde tiempo inmemorial la fuerza beligerante, mientras que la mano abierta, normalmente, ha significado la fuerza ya reconocida, o sea, la potestad. En contrapartida, el dedo índice levantado simboliza el saber y dos dedos levantados —el índice y el medio— representan a su vez el saber reconocido, o sea, la autoridad. Pues bien, de este simbolismo concluye D'Ors:

“Este símbolo de la mano capta certeramente lo más profundo de la relación entre autoridad y potestad, en el sentido de que la autoridad supone una renuncia a la potestad: quien quiere levantar los dos dedos en señal de autoridad debe renunciar a levantarlos todos en señal de potestad... Quien levanta todos los dedos y asume la potestad, ése no puede pretender que la autoridad se contiene ya en la potestad, que tiene levantados los dos dedos al tenerlos levantados todos, pues la autoridad no es un atributo de la potestad. Esa pretensión es frecuente en la vida social, y ella es la causa de la confusión entre autoridad y potestad, y de los males que de tal confusión se derivan”.<sup>57</sup>

Esto es así, pues la función de la autoridad como límite de la potestad, no puede ejercerse sino a condición de que exista separación e independencia entre una y otra. En efecto, para limitar a la potestad “autorizando” o “desautorizando” sus actos, la separación y la independencia son indispensables. Esta es la clave, para D'Ors, de la recta filosofía política, donde “pregunta el que puede: responde el que sabe” y, por ende, la potestad manda y gobierna y la autoridad informa y aconseja pues, “el nervio de la *auctoritas* está precisamente en la renuncia del poder”, lo propio de la autoridad es, pues, “saber sin poder”.

Como corolario y para nuestros efectos comprensivos, la anterior oposición entre *auctoritas* y *potestas* nos servirá para tipificar: a)

<sup>57</sup> D'ORS, “Autoridad...”, *op. cit.*, p. 94.

de la *iurisdictio*, daba o negaba acción, y del otro la *auctoritas* del *iudex* privado, a quien se le confiaba por virtud de la *litis contestatio* la evaluación de las pruebas y la judicación del asunto. Cfr. DOMINGO, Rafael, *op. cit.*, pp. 13-44.

aquellos ordenamientos cuya obligatoriedad estuvo mayormente asociada al reconocimiento social de un saber (por ejemplo, el “derecho de juristas” del periodo clásico de la jurisprudencia romana o de la ciencia jurídica bajomedieval), o b) aquellos ordenamientos cuya obligatoriedad estuvo vinculada principalmente al reconocimiento social de un poder (por ejemplo, el derecho legislado en la época de la exégesis), o bien c) aquellos ordenamientos cuya obligatoriedad descansó igualmente en una confusión entre *auctoritas* y *potestas* (por ejemplo, el *ius respondendi ex auctoritate Principis*, durante el principado, las leyes de citas durante el Imperio, o la jurisprudencia del Tribunal Cameral del Imperio —*Reichskammergericht*— que promovió la conformación de la ciencia jurídica alemana moderna).

## 2. Tópica y sistemática

Hacia mediados del siglo XX, muchos autores inauguraron un creciente interés, dentro del ámbito de la jurisprudencia y de la filosofía jurídica, por el método jurídico y, específicamente, por la lógica y la argumentación jurídicas.

Son fundacionales de este periodo la *Lógica jurídica* de Klug, la *Lógica déontica* de H. G. von Wright, la *Nueva retórica* de Chaïm Perelman y la *Tópica y jurisprudencia* de Theodor Viehweg,<sup>58</sup> debiéndose señalar también, como muy influyentes, las obras de uno de los más eminentes pensadores jurídicos mexicanos del siglo pasado, Eduardo García Máynez.<sup>59</sup>

Todas estas obras han buscado resaltar el *modus procedendi* de los razonamientos jurídicos de los juristas y, mediante ellos, han propuesto diferentes métodos y pautas para la interpretación o hermenéutica jurídica, dentro de los cuales, muchos de ellos, por su hondo

<sup>58</sup> Una exposición, meramente introductoria al tema, puede encontrarse en ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>59</sup> Su trilogía *Lógica del juicio jurídico*, *Lógica del concepto jurídico* y *Lógica del raciocinio jurídico*, ha ejercido una enorme influencia, incluso internacionalmente, en esta materia. Como acto de justicia debe aquí mismo reconocerse también la gran influencia internacional que ha ejercido su célebre monografía *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, que ha sido determinante, por ejemplo, en la concepción tridimensional del derecho de Miguel REALE.

calado, han llevado incluso a proponer una reconceptualización del derecho mismo.

En efecto, si el razonamiento jurídico consiste, por ejemplo, en la aplicación vertical lógico-deductiva, de ciertos principios axiomáticos por medio de raciocinios silogísticos necesarios e inexorables, la idea misma del derecho subyacente a esta concepción, será diametralmente opuesta a aquella otra que se forme, implícitamente, quien considere que los razonamientos jurídicos son argumentaciones meramente retóricas, que partiendo de muy diferentes premisas (lógicas, cuasilógicas, pragmáticas, situacionales, jurídicas, etc.) llegan a soluciones plausibles y verosímiles, pero nunca únicas ni necesarias.

En este contexto general, la obra de Viehweg ha servido para poner de relieve, frente al modo de argumentación típicamente moderno, a partir de normas, principios y conceptos generales, abstractos e impersonales, cuya importancia radica en su inarticulación dentro de un sistema cerrado, otro modo de argumentación contrastante, que era el propio de la Antigüedad y de la Edad Media, a partir de casos o mediante ejemplos, que procedía de lo particular a lo particular, dentro de una dinámica esencialmente abierta.

Efectivamente, a partir de la distinción aristotélica dentro del *Organon*, entre los argumentos apodícticos o demostrativos —propios de la lógica apofántica—, que parten de proposiciones verdaderas y buscan arribar a conclusiones irrefutables, y los diversos argumentos dialécticos —propios de la lógica erística—, que parten de proposiciones simplemente verosímiles o plausibles y que llegan a conclusiones razonables aunque no necesarias, Viehweg concluye que la argumentación jurídica pertenece precisamente al ámbito de esta última.

De hecho, tomando en consideración también la *Tópica* de Cicerón, donde se ofrece un catálogo de lugares comunes, tópicos, *loci* o *topoi*, que son como sedes donde se encuentran argumentos o razones para convencer respecto de cosas dudosas, Viehweg encuentra que los razonamientos de los juristas muy frecuentemente parten de los mismos para entretejer sus argumentaciones.

Adicionalmente, Viehweg advierte en sus obras cómo el espíritu racionalista de la modernidad cartesiana repudió este modo de razonar antiguo y medieval sobre lo plausible, sobre lo probable, sobre lo verosímil y lo conveniente, sustituyéndolo por un método que no

confía más que en verdades incontrovertibles y en conclusiones necesarias al modo matemático.

De esta forma, el modo de pensar del jurista contemporáneo quiere ser un modo de pensar racionalista, axiomático, matemático y sistemático, por lo que subvierte la naturaleza misma de las cosas, que nos enseña que en el ámbito de lo jurídico, las soluciones no siempre son necesarias sino dudosas y las argumentaciones apoyan juicios que no son en lo absoluto incontestables sino, solamente, verosímiles, razonables, útiles y plausibles.<sup>60</sup>

Así, Viehweg contrapone un modo de pensar “sistemático”, propio de la modernidad, con un modo de pensar “tópico-aporético”, que era el propio, de acuerdo con su exposición, de la jurisprudencia romana y del *mos italicus*, donde importaba menos la elaboración de reglas y mucho más el descubrimiento de soluciones apropiadas para los casos concretos.<sup>61</sup>

Ahora bien, detrás de este modo de pensar tópico, aporético, problemático y casuístico, se encuentra también, por debajo, una cierta concepción del derecho que, a mi modo de ver las cosas, ha sido expresada de manera insuperable por el jurista romano Marco Antisio

<sup>60</sup> En palabras del propio VIEHWEG: “...a comienzos de la Época Moderna, el énfasis en la sintaxis condujo a las grandes y apreciadas jerarquías de signos de los sistemas jurídicos racionales... La sintactización aislante subrayó el sistema deductivo y, manifiestamente, era adecuada para promover la axiomatización de forma tal que las, aparentemente, asituacionales matemáticas pudieron ser presentadas como un modelo imponente. Pero, en el ámbito jurídico, a diferencia de lo sucedido en el ámbito matemático desarrollado, la axiomatización que se acaba de mencionar [es inviable]... por su referencia situacional uno quedó remitido a un análisis extrasintáctico, en última instancia, situacional y pragmático”. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge M. Seña, 2a. ed., Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p. 178.

<sup>61</sup> Según el propio VIEHWEG: “El punto más importante en el examen de la tónica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema”. Ahora bien: “Todo problema objetivo y concreto provoca un juego de suscitaciones, que se denomina tónica o arte de la invención... Para nuestro fin puede llamarse problema —esta definición basta— a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta”. Y en eso consiste precisamente la tónica, en un modo de pensar abierto que combina un acervo de razones o tónicos, a partir los cuales se conforma el entretejido argumental al servicio de la solución de un problema, pero sobre la base de que los tónicos son repertorios flexibles de razones para la argumentación que no impiden, por el contrario promueven, su empleo elástico, e incluso la apertura para el hallazgo de nuevos tónicos. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Ed. Taurus, 1986, pp. 53 y ss.

Labeón. Este jurista, en el proemio de su libro *Pithanà* (del griego “*to pithanon*” que significa “lo probable”) mismo que, por cierto, lamentablemente no conservamos,<sup>62</sup> nos dice en primer lugar que las reglas son ciertas formulaciones breves sobre las cosas —*regula est, quae rem quae est breviter enerrat*— y que —¡he aquí precisamente su genialidad!—, por ello, el derecho no consiste en reglas ni puede extraerse de las mismas, sino que, encontrándose en la realidad y sus problemas, precede a las reglas y condiciona su formulación: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

Ahora bien, regresando a Viehweg y concluyendo, puede decirse que no obstante las muchas imprecisiones y ambigüedades que presenta su obra, como pionera que fue sobre el tema, tuvo el mérito fundamental de partir del modo de raciocinar histórico de los juristas antiguos y medievales para concluir que el modo de razonar de los juristas contemporáneos no es el único modo de razonamiento jurídico posible.

Más aún, tuvo el mérito de replantear que frente al razonamiento lógico formal, deductivo y silogístico, existe un modo de argumentar, acaso más apegado a la realidad de la jurisprudencia, que no procede de certeza en certeza, de forma *matemático-deductiva-vertical-necesaria*, con la fuerza de una cadena que se integra mediante la concatenación necesaria de sus eslabones y cuya fuerza reside en cada uno de los mismos.

En efecto, el razonamiento *tópico-aporético-problemático-dialéctico-retórico* de la jurisprudencia antigua y medieval, no partía de principios ciertos para llegar a conclusiones necesarias sino, por el contrario, partía de la realidad misma, argumentando horizontalmente a partir de casos similares. De esta forma se concentraba más en las peculiaridades propias del problema y menos en las generalidades propias de los principios axiomáticos, buscando siempre soluciones apropiadas y plausibles a la realidad concreta de cada problema y no soluciones únicas e incontestables para todos los problemas del mismo género y especie, esforzándose siempre por alcanzar la justicia

<sup>62</sup> Sobre esta obra de LABEÓN y la pervivencia de algunas de sus ideas a través de los *libri ad Plautium* de PAULO y del mismo *Digesto*, donde muchos aforismas verosímelmente originarios de LABEÓN son atribuidos a PAULO, véase CANNATA, *Historia...*, op. cit., pp. 61 y ss.

material en cada caso concreto y no la justicia formal para todos los casos posibles. Por ello mismo, más que conformarse como una cadena que concatena férreas certezas, se integra más bien como un entramado argumental, que recurriendo tópicamente a varias “razones plausibles”, constituye una especie como de tejido, donde la fuerza reside en el entramado mismo, con entera independencia de la fragilidad de cada uno de sus hilos argumentales.

En una palabra, las diferencias fundamentales entre la “sistemática” y la “tópica” residen en sus premisas (axiomáticas o verosímiles), en su *modus arguendi* (lógico-deductivo-silogístico o dialéctico-retórico), en sus conclusiones (necesarias o plausibles) y en la misma concepción del derecho que presuponen (sistema de certezas generales, acervo de reglas referido a la realidad concreta).

Por último, a partir de las anteriores diferencias entre tópica y sistemática (premisas, *modus arguendi*, conclusiones, concepción del derecho) pueden, a los efectos comprensivos que he propuesto, tipificarse las experiencias históricas que constituyen el objeto del curso, en a) tópicas (por ejemplo, la jurisprudencia romana clásica, o la ciencia jurídica bajomedieval), b) sistemáticas (como la *Begriffsjurisprudenz* o jurisprudencia de conceptos de la pandectística alemana, o el positivismo legalista formalista) o c) mixtas (por ejemplo, el caso del derecho inglés de los siglos XVI y XVII entre la esclerotización del *common law* y la oxigenación del *equity law*).

### 3. *Interpretatio y hermeneusis*

El dilema entre *interpretatio* y *hermeneusis* lo he tomado de la notabilísima exposición hecha por el profesor Ángel Sánchez de la Torre sobre “La interpretación y la hermenéutica en la estructura de la sentencia judicial”.<sup>63</sup>

Dentro de la misma, el connotado iusfilósofo español explicaba, con motivo de la estructura de la sentencia judicial, como el “hecho

<sup>63</sup> “Interpretación y hermenéutica en la estructura de la sentencia judicial”. Curso correspondiente al Módulo de metodología, lógica e informática jurídica, impartido por el profesor Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, dentro del doctorado en derecho impartido por convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Anáhuac de México, durante los días 26 a 30 de noviembre de 2001 en la ciudad de México.

jurídico” es captado por los jueces mediante un “análisis interpretativo” de los hechos, una “comprensión hermenéutica” de los “mensajes normativos” y una reconducción imperativa de aquéllos según éstos.

Partiendo del significado etimológico de los términos, Sánchez de la Torre recordaba cómo la interpretación (*in-ter-pretatio*) consistía, originariamente, en una mediación llevada a cabo por un tercero (*ter*) entre el *emptor* y el *venditor*, dentro del contrato romano de compraventa (*in*), para proveer a la determinación del precio (*pretium*) de la *res venditae*. Esta “intermediación” vino, posteriormente y por extensión semántica, a significar también cualquier actividad realizada por un tercero respecto de una controversia relativa a ciertos hechos.

La hermenéutica, por su parte, y de acuerdo con la exposición en comento, se encuentra enderezada más que al “análisis de los hechos” a la “captación de un mensaje normativo”. Esto aparece más claramente, también en este caso, cuando nos remontamos al significado etimológico de la palabra, que supone la “develación comprensiva” o *gnosis* (gnvsiV) del “mensaje de los dioses” que es transmitido, precisamente, por su mensajero *Hermes* (ErmhV). Los extremos de la hermenéutica son: la existencia de un mensaje y la capacidad para comprenderlo, lo que también por extensión y en el ámbito de la sentencia judicial supone, dentro del pensamiento de Sánchez de la Torre, la preexistencia de ciertos símbolos jurídicos (normas) y la capacidad cultural para comprenderlos. La hermenéutica jurídica consiste así en la “comprensión cultural de los mensajes normativos”.

Dentro de este orden de ideas, la sentencia judicial se encuentra estructurada para Sánchez de la Torre de la siguiente forma: “análisis interpretativo de los hechos” (*resultandos*), “comprensión hermenéutica de las normas” (*considerandos*), determinación de la licitud o ilicitud de los primeros respecto de las segundas y, finalmente, determinación potestativa de lo justo concreto —*ius suum cuique tribuere*— mediante la adjudicación (*resolutivos*).

Se impone una última explicación antes de iniciar mi propia exposición a partir de las ideas anteriores. Cuando Sánchez de la Torre explica que el “hecho jurídico” debe ser “analizado” mediante la interpretación y “comprendido” a la luz de la *hermeneusis* normativa para determinar así la “licitud o la ilicitud” de los hechos confor-

me a las normas, y poder a partir de la misma adjudicar “lo justo” concreto, nos propone, claramente, un regreso a la noción romana de ciencia del derecho.

En efecto, como se recordará, según la clásica definición de Ulpiano, la jurisprudencia consiste en la “*iusti atque iniusti scientia*” o sea, en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Pero ésta es tan sólo una parte —la más conocida por cierto— de la excelente exposición de Ulpiano, quien puntualiza con todo rigor, que la ciencia del derecho supone: a) un “*aequo ab iniquo separantes*” y b) un “*licito ab illicitum discernentes*”, o sea, a) una separación entre lo equitativo y lo inequitativo y b) un discernimiento entre lo lícito y lo ilícito.

La cuestión es fundamental —como lo ha puesto de relieve en otro lugar el propio Sánchez de la Torre—,<sup>64</sup> pues una cosa es la licitud y otra cosa diferente es la justicia. En efecto, la licitud y la ilicitud son las dimensiones de la tipicidad formal, mientras que la equidad y la iniquidad son las dimensiones materiales de lo justo concreto. Dicho en otras palabras y sin ánimo de abundar en uno de los filones más ricos de la filosofía del derecho: la jurisprudencia como ciencia del derecho, supone ciertas formas (licitud) y ciertos contenidos (equidad), por eso es que, volviendo a la exposición de Sánchez de la Torre, el juez hace dos cosas distintas: en primer lugar tipifica los hechos conforme a la licitud y en segundo lugar adjudica lo que les corresponda conforme a derecho, es decir, conforme a lo justo (derecho = *ius* = *quod iustum est*).

De esta manera se entiende en toda su profundidad la exposición referida, que estructura la sentencia judicial como un análisis interpretativo de los hechos, como una comprensión hermenéutica de las normas, como una tipificación de aquéllos según éstas (dimensión de licitud) y como una adjudicación potestativa (dimensión de la equidad) del derecho para el caso concreto.

La exposición anterior es, a mi modo de ver las cosas, notable por dos razones. La primera, porque nuevamente está presupuesta en ella una noción (completa, tradicional y sugerente) sobre el derecho. La segunda porque es susceptible de servir como fundamento y punto

de partida para la construcción de una teoría completa sobre la prudencia jurídica.

En efecto, las observaciones hechas por el profesor Sánchez de la Torre respecto de la sentencia judicial son, a mi modo de ver las cosas, idóneas para delinear el itinerario general de todo trabajo jurisprudencial. Se trata, en efecto de un conjunto de esclarecimientos perfectamente generalizables al quehacer del jurista, quien arriba a sus soluciones jurídicas, a partir de los problemas sociales concretos (hechos jurídicos) mediante su análisis, su comprensión, su tipificación y su resolución.

Dicho en otras palabras, las coordinadas *interpretatio/hermeneusis* no son solamente nociones idóneas para comprender la estructura de la sentencia judicial, sino mucho más aún, son los referentes obligados para la construcción de una teoría específica sobre una prudencia en particular: la prudencia jurídica.

Efectivamente, al igual que la prudencia general, la prudencia jurídica requiere para formar sus juicios de una inteligencia de las peculiaridades originales, concretas, únicas e irrepetibles de cada caso concreto, que es lo que respecto de la prudencia general se llama *circumspección*. Esta circumspección supone, como análisis de hechos, precisamente de la descomposición o atomización de los mismos, esto es, un dividir los problemas, casi siempre complejos, en sus partes elementales, que es lo que Cicerón recomendaba precisamente, en su *Invención retórica*, como el primer paso para la solución de un problema, dividirlo: *rem universam tribuere in partes*. Pero hay todavía más: en el caso de la prudencia jurídica, esta circumspección que denominamos *interpretatio*, supone un análisis de los hechos objeto de estudio, reconociendo cierta juridicidad subyacente en los mismos, juridicidad que está lúcidamente entrevista en infinidad de lugares comunes, como el que indica que “de los hechos nace el derecho” —*ex factum ius oritur*—, o aquel otro que pone en la boca del magistrado la expresión “dame los hechos y yo te daré el derecho” —*la mihi factum, dabo tibi ius*—, lugares que evidencian, sobre todo, que el derecho se encuentra primera e irrenunciablemente en los hechos, es decir, en la realidad, así sea de manera latente y burocrática.

Ahora bien, así como la prudencia general forma sus juicios mediante la circumspección y la *syndéresis*, la prudencia jurídica no se

<sup>64</sup> SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los principios...*, op. cit.

basta con la sola *interpretatio* para emitir sus decisiones, sino que arraiga también en la *hermeneusis* como captación de mensajes. Pero, dicha captación de mensajes, puesto que está referida a la cultura, debe hacerse precisamente al modo de la comprensión humanística, que como ha dicho entre nosotros con razón Sergio Vela, "no divide, entrelaza" en una "perspectiva absorbente".<sup>65</sup> De esta manera, la división atomizadora y descompositiva de la *interpretatio*, exige una re-unificación re-constructiva por medio de la comprensión hermenéutica.

Sin embargo, la *hermeneusis* no puede referirse sola y exclusivamente a la captación de mensajes normativos como expone Sánchez de la Torre, pues a mi modo de ver las cosas, la cultura y la cultura jurídica, objetos de comprensión hermenéutica, no se agotan en las normas. Antes bien, la realidad cotidiana abunda en ejemplos donde se exige una solución, sin que existan normas a las que acudir o, peor aún, casos en los cuales las normas existentes son enteramente inapropiadas. En estos casos, el jurisprudente debe buscar la solución en otras fuentes jurídicas aunque carezcan de naturaleza normativa, o bien, incluso, en parámetros o referentes culturales que se encuentran fuera de las fuentes formales del derecho, pero que igual exigen comprensión para poder ser tenidos en cuenta. ¿En qué consiste, pues, en dichos casos, la comprensión hermenéutica? A mi modo de ver las cosas, puede consistir nada más que en dos expedientes: o a) en la consideración de los principios, reglas, máximas, o normas si las hubiere, que nos ofrezca el ordenamiento jurídico vigente a través de sus diversas fuentes, o b) en defecto de aquéllas, las pautas y guías generales que ofrecen los bienes y las valoraciones que nos proporciona la cultura jurídica o inclusive la cultura en general.

Ahora bien, si el binomio *interpretatio/hermeneusis* puede servir como eje para la construcción de una noción filosófica del derecho o como bisagra para la elaboración de una teoría de la prudencia jurídica, a nosotros también nos sirve a efectos de explicación, tipificación y comprensión histórica de las experiencias jurídicas.

Efectivamente, como podrá constatar a lo largo de un curso completo, hay momentos históricos en los cuales el jurista se encuentra

<sup>65</sup> VELA, Sergio, *La legiferancia y la prudencia*, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1988, pp. iii y iv.

como volcado sobre la realidad social pero ciego respecto de las reelaboraciones culturales precedentes sobre la misma. Tales son los casos, por ejemplo, de algunas experiencias jurídicas altomedievales, cuya principal virtud es estar orientadas por la realidad proponiendo soluciones acomodadas a sus necesidades concretas (piénsese por antonomasia en el *ius mercatorum*), pero cuyo principal defecto es prescindir del rico acervo de soluciones, ideas y métodos que les habrían servido para evitar errores, vulgarismos y estancamientos. Un caso también emblemático de *interpretatio sin hermeneusis* es el del sociologismo jurídico que, como llamado de escuela a no olvidar que el derecho es ordenamiento social, se olvida que el derecho es también tradición cultural.

Hay también, en contrapartida, otros momentos en los que el jurista se encuentra como de espaldas a la realidad, ocupado solamente en la comprensión de mensajes culturales de contenido jurídico, atento sola y exclusivamente a la exégesis textual, y en que tiende a reducir la rica realidad multifacética del derecho, a solos principios, dogmas o normas. Tal es el caso, por ejemplo, de los glosadores italianos, cuya dependencia textual del *Corpus Iuris Civilis* a veces les impedía optar por soluciones audaces que se acomodaran mejor a su realidad contemporánea; tal es el caso igualmente de la pandectística que, ocupada en la sublimación de conceptos de sabor romanista, se olvida de la realidad social de la Alemania del siglo XIX; tal es también, emblemáticamente, el caso de la exégesis francesa que no se ocupa, según la desgraciada opinión de Bugnet, del derecho civil, sino apenas del *Código de Napoleón*.

Hay finalmente experiencias históricas en las que se advierte un equilibrio, siempre tenso y difícil, entre *interpretatio* y *hermeneusis*. Momentos estelares dentro de nuestra tradición jurídica tales como la jurisprudencia romana clásica o la escuela italiana de los *consiliatores* bajomedievales, lograron esta rara atemperación prudencial entre realidad y cultura, donde esta última es vista como al servicio de aquélla.

De esta forma y con este criterio, podremos tipificar las experiencias jurídicas históricas en: a) preponderantemente interpretativas, b) preponderantemente hermenéuticas, o c) equilibradamente prudenciales.

#### 4. Pluralismo y monismo en las fuentes

Un criterio que puede servirnos también para mejor entender, tipificar y comparar las diversas experiencias jurídicas históricas, es el de la abundancia o la escasez, la pluralidad o el monismo de las fuentes de conocimiento y creación del derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos históricos.<sup>66</sup>

Efectivamente, como ha observado ya Helmut Coing, existe una cierta como "oposición entre [las] concepciones pluralistas y [las] concepciones unitarias del derecho"<sup>67</sup> por cuanto que dichas concepciones son en cierta medida excluyentes y determinan, también en buena medida, la conformación misma de los derechos históricos.

Hace relativamente poco tiempo, el también profesor de Historia general del derecho en nuestra Escuela, Julio Montejano Hilton, dedicó su atención a este tema en una monografía en la que expuso, precisamente, las relaciones entre esta tipología dual (pluralidad y escasez en las fuentes) y las posibilidades de conformar un derecho justo.<sup>68</sup>

En dicha monografía, el profesor Montejano apuntaba como la escasez en las fuentes jurídicas (que él designaba como "vacuidad de fuentes"), suponía para los diferentes operadores jurídicos "pocas alternativas", "pocos recursos" y la misma "petrificación" de los ordenamientos jurídicos históricos.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> La importancia de esta dicotomía ha sido recientemente subrayada por DEL ARENAL en "Las virtudes...", *op. cit.*, p. 11.

<sup>67</sup> *Las tareas...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>68</sup> MONTEJANO HILTON, Julio, *Las fuentes formales del derecho condicionantes de un derecho justo*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1992. Una tipología *sui generis* sobre las fuentes es la propuesta por Sergio VELA, para quien las fuentes del derecho pueden reconducirse en dos tipos fundamentales: aquéllas que provienen de un orden preexistente en las cosas y aquellas otras provenientes del entendimiento práctico del hombre, que apreciando las circunstancias concretas de cada caso, ilustra prudentemente sobre la solución más plausible para el mismo. En palabras del propio VELA: "La ley se debe al 'kosmos', la doctrina y la jurisprudencia, al prudente, la costumbre es el 'nomos primordial' ('nomos agraphos') y los principios generales del derecho, a la jurisprudencia, articulada con la doctrina del notable. En última instancia, son dos, como he dicho, las fuentes jurídicas: el cosmos (y su legiferancia) y la prudencia al estudiar el caso". VELA, Sergio, *La Legiferancia...* *op. cit.*

<sup>69</sup> *Cfr. Idem*, p. 122.

Por eso mismo advertía: "la vacuidad de fuentes es sinónimo de abogados y jueces mediocres"; lo que tiene de muy positivo el que difícilmente puede exigirse de los mismos la deseable excelencia (normalidad es medianía), pero de muy negativo el que los jueces y abogados mediocres sólo pueden trabajar sobre un derecho mediocre también, que es a su vez, sólo medianamente justo.<sup>70</sup>

En contrapartida, "pluralidad es riqueza", "muchas alternativas y recursos" y por ello "al buen juez, la pluralidad de fuentes, contradictorias incluso, lo enriquece; al mal juez, lo confunde". De aquí también que pluralidad de fuentes sea "sinónimo de una alta cultura jurídica".<sup>71</sup>

Dicho de manera un poco más explícita: mientras sea menor el número de fuentes de conocimiento y creación jurídicas, se gana en simplicidad lo que se pierde en diversidad y riqueza, y lo que se aprovecha en términos de certidumbre sobre las soluciones y contenidos jurídicos, se pierde también en términos de flexibilidad y elasticidad para adaptarse a las siempre cambiantes exigencias sociales.

En otras palabras, cuando es menor el número de fuentes, alternativas y recursos, es relativamente más sencillo hallar la solución jurídica preestablecida para el problema social a ser reconducido. Existen, en efecto, pocas soluciones unilaterales que pueden encontrarse en un número limitado de sedes. Esto hace relativamente sencilla la aplicación del derecho a los operadores jurídicos, brindándoles una mayor certidumbre sobre el derecho aplicable (certidumbre que incluso alcanza a los "ciudadanos de a pie") pues, en efecto, pueden saber, *ex ante*, a qué atenerse. Sin embargo, en contrapartida, por la misma sencillez, escasez y unilateralidad, dichas soluciones, las más de las veces son insuficientes (salvo en los casos de sociedades simples y estáticas) para reconducir la complejidad siempre inestable del medio social.

Los ordenamientos en los que se presenta la pluralidad de fuentes ofrecen por el contrario una mayor riqueza y diversidad en sus alternativas y soluciones, aportando de un lado un acervo de soluciones más completo para reconducir los conflictos sociales, pero im-

<sup>70</sup> *Idem*, p. 123.

<sup>71</sup> *Idem*, pp. 123 y 124.

niendo, por el otro, una mucho mayor complejidad en los materiales jurídicos.

Dicha complejidad exige mayores y mejores disposiciones por parte de los operadores jurídicos, pues las muchas alternativas ponderan el buen criterio y obnubilan hasta la perplejidad al deficiente. Más aún: la mayor riqueza, diversidad y complejidad de estos ordenamientos los hace más eficientes para la mejor reconducción de los problemas sociales, incluso de los no resueltos previamente, aunque al precio cierto de ser relativamente difícil, incluso para los operadores jurídicos (y poco menos que imposible para el ciudadano común), el prever *ex ante* dichas soluciones. Por esta razón, su mayor flexibilidad asegura su mejor reconducción del conflicto social, pero al costo irrenunciable de esconder sus virtualidades, tanto del ojo vulgar, cuanto mismamente, en ciertas ocasiones, de la primera mirada del experto, pues sólo la prudencia reflexiva puede servirse sin confusión de la misma.

Por último, puede decirse también que la pluralidad, generalmente, supone una menor jerarquía en cuanto a las fuentes de conocimiento y creación jurídicas. En efecto, dentro de los ordenamientos jurídicos plurales, importa más a los operadores el hallazgo de una solución idónea, para cuya elaboración cuentan con un rico acervo de fuentes. En contrapartida, los ordenamientos escasos de fuentes y sobre todo los monolíticos, al constreñir la búsqueda de los operadores jurídicos a pocas (o incluso a una sola) fuentes, tienden a reducir su actividad a la aplicación de los principios, reglas o normas de la misma a la realidad social de una forma casi vertical, contraria al horizontalismo de quienes, dentro de un ordenamiento plural, buscan en diversas fuentes, para encontrar diversas razones, capaces de servir a la resolución de diversos casos.

En muy resumidas cuentas: escasez (o vacuidad) = pobreza de alternativas y recursos = simplicidad = relativa certidumbre sobre soluciones jurídicas = petrificación = verticalismo monolítico en las soluciones jurídicas = cultura jurídica mediocre = / pluralidad = riqueza de alternativas y recursos = complejidad = relativa incertidumbre sobre los contenidos jurídicos = flexibilidad = horizontalismo proteico de las soluciones jurídicas = alta cultura jurídica.

De esta manera, y a nuestros efectos comprensivos, podemos tipificar las diversas experiencias jurídicas históricas en plurales, esca-

sas y monolíticas. Ejemplo de las primeras son la jurisprudencia romana clásica (*mores maiorum*, senadoconsultos, leyes comiciales, los edictos de los magistrados, las *responsa prudentium*) y, emblemáticamente el derecho bajomedieval (*ius commune* *propria* tales como el *ius canonicum*, el derecho consuetudinario, el derecho estatutario, *ius mercatorum*, el derecho regio, el derecho feudal, etc.). Entre las segundas pueden citarse como típicas las experiencias del derecho romano vulgar (binomio *ius/lex*) y el derecho de la sociedad germano-romana (costumbres germánicas recopiladas y leyes romano bárbaras). Por último, un caso del tercer tipo es el del positivismo legalista, donde la única fuente directa es la Ley del Estado, concediéndose un valor, meramente subordinado y *secundum legem* a otras fuentes tradicionales como la costumbre, y eso, tan sólo porque la ley así se los “atribuye”.

### 5. Justicia y orden o seguridad jurídica

Uno de los temas más intrincados de la jurisprudencia y, por antonomasia, de la filosofía del derecho, es el del esclarecimiento de la naturaleza, alcance y relaciones entre los que se han venido a denominar los “fines del derecho” y que, de acuerdo con la generalidad de la filosofía jurídica hasta la primera mitad del siglo XX eran fundamentalmente tres: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.<sup>72</sup>

Independientemente de que dicho enfoque teleológico de la filosofía del derecho pudiera estar de entrada mal planteado —como desde siempre ha observado un sector de la filosofía del derecho— o de que el dilema entre justicia, seguridad jurídica y bien común fuese un falso dilema —como han sostenido también muchos— lo cierto es que hasta nuestros días, tanto en legos como en letrados, resuena como máxima de sabiduría la desgraciada expresión de Goethe quien afirmara: “prefiero la injusticia al desorden”, sin advertir, como ha observado entre nosotros recientemente el profesor

<sup>72</sup> Véase entre nosotros como muy representativa de este tipo de abordamientos sobre los fines del derecho la exposición que hizo Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Ed. Jus, 1947.

Cárdenas, que “la injusticia es el peor, es el único al cabo, de los desórdenes”.<sup>73</sup>

Sea como fuere y sin que me aventure en estas muy breves reflexiones a este espinosísimo terreno, lo cierto es que tradicionalmente se han opuesto —bien o mal— la justicia y el orden, o si se prefiere la justicia y la seguridad jurídica, como bienes contrapuestos que se excluyen recíprocamente en las decisiones jurídicas concretas.<sup>74</sup>

Así, aseguran conspicuamente algunos sedicentes iuspositivistas: el juzgador no tiene alternativa respecto de su obligación de aplicar la norma legal injusta al caso concreto, pues en caso de querer atemperar sus rigores so pretexto de una valoración subjetiva con base en sus sentimientos sobre la justicia, estaría precipitando el caos, la anarquía, el desorden, y contrariando las acomodaticias pretensiones de certeza a las que aspira para su tranquilidad la cómoda sociedad burguesa. Así también, en contrapartida, afirman los recalcitrantes iusnaturalistas: el juzgador no tiene opción tampoco respecto de su obligación de desaplicar la norma legal injusta al caso concreto, por cuanto que la naturaleza del hombre, universal y eterna, le exige preterir una ley humana contraria a la misma que, más aún, por ser injusta, no debe ser considerada siquiera como ley, sino, meramente, como un disfraz, una apariencia que, en las multicitadas palabras del Aquinatense, más que ley es una corrupción de la misma.

Más allá del falso dilema y de las posiciones de facción o de escuela —ambas equivocadas, por cierto—, el asunto parece tener algún sustrato de verdad, y a dicho sustrato apelo aquí para nuestros efectos heurísticos.

<sup>73</sup> CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México. (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas)”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 26, Escuela Libre de Derecho, México, 2002, p. 131.

<sup>74</sup> Incluso iusfilósofos de la talla de un Gustavo RADBRUCH, cuyo pensamiento tuvo la oportunidad de madurar después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, trataron el tema de una manera decepcionante. En el caso de RADBRUCH, partiendo del reconocimiento del falso dilema no se atrevió sin embargo a decidirse por un extremo o por otro, sino que ofreció más bien ciertos criterios de preferencia ambiguos y oscuros. Véase brevemente la *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, o mejor aún su *Filosofía del derecho*. Granada, Ed. Comares, 1999.

En efecto, es un hecho comprobable el que los diversos ordenamientos jurídicos históricos y las diversas experiencias que respecto de los mismos nos han legado los juristas del pasado, han oscilado, a la manera del péndulo, entre dos concepciones diferentes del derecho, una inclinada más acusadamente hacia su concepción como un “orden justo”, y otra recargada más hacia su diversa concepción como un “orden de seguridad”.

Conviene, para esclarecer la cuestión, precisar los términos. Me refiero en primer lugar al derecho como “orden justo”, por cuanto que el derecho siempre sanciona un cierto orden y, para muchos, este orden se estructura, precisamente, conforme a una cierta medida objetiva de proporción entre personas y cosas<sup>75</sup> o, en la celeberrima definición de Santo Tomás de Aquino, como una “cierta igualdad de proporción entre una cosa externa y una persona extraña”.<sup>76</sup> El derecho como lo justo es, ante todo, un cierto orden consistente en diferentes medidas, que varían según las distintas condiciones de las personas y de acuerdo con las diferentes naturalezas de las cosas y, por virtud de dicha variación de medidas personales y reales, es que en los “órdenes justos” la justicia se realiza siempre en concreto, dándole “a cada quien” (no “a todos”) lo que le corresponde, por cuanto

<sup>75</sup> Parafraseo aquí desde luego la famosa definición de DANTE en *De Monrchia* II, V: “*Ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio quae servata hominum societatem servat et corrupta corrumpit*”. En palabras más explícitas de ARISTÓTELES: “Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. Lo igual requiere, por lo menos, dos cosas. Necesariamente, por tanto, lo justo será un término medio e igual, relativamente a algo y a algunos. En cuanto término medio, lo será de unos extremos (es decir, de lo más y lo menos); en cuanto igual, requerirá de dos términos, y en cuanto justo, lo será para algunos. Por tanto, lo justo requerirá, necesariamente, cuatro términos por lo menos: en efecto, aquellos para quienes es justo tienen que ser dos, y aquello en que se expresa lo justo, las cosas, dos también. Y la desigualdad será la misma en las personas y en las cosas, la misma relación que hay entre estas últimas habrá también entre las primeras: en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales, de lo contrario vienen las disputas y reclamaciones cuando o los que son iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que no son iguales tienen y reciben partes iguales.” Para este pasaje hemos tomado la traducción del Libro V de la *Ética a Nicómaco* o *Nicomaquea* propuesta por SÁNCHEZ DE LA TORRE que, en este punto, nos parece más clara que la de GÓMEZ ROBLEDO que es la que usualmente consultamos. Cfr. “ARISTÓTELES (Ética)” en *Textos y estudios...*, op. cit., p. 29.

<sup>76</sup> *S. Th.* II, IIae, 58, 10.

que la medida de la justicia varía siempre en cada caso y, por ende, no es previsible *ex ante facto* sino solamente *ex post facto*.

En segundo lugar me refiero al derecho como un "orden de seguridad" cuando dicho orden en que el derecho consiste, más que buscar una medida lo más ajustada posible a la diversidad de personas y de casos, se conforma a sí mismo para ordenar a la sociedad de una manera tal que, prescindiéndose de las particularidades propias de cada cual, el orden sea el mismo para todos en todos los casos y los miembros de la comunidad "sepan siempre a qué atenerse" y puedan por ende conocer *ex ante facto* cuál es la forma en la que, conforme a dicho orden, pueden y deben relacionarse.

Parto para la anterior distinción, como puede verse, de tres premisas. La primera, el derecho siempre es un orden. La segunda, lo propio del "orden justo" es la seguridad jurídica de que el orden se realizará en concreto según una medida objetiva que tomará en consideración la individualidad de las personas y la concreción de las cosas. Y, finalmente, la tercera, que en los "órdenes de seguridad" lo fundamental es, más que la seguridad misma, la certidumbre respecto de las reglas del juego, mismas que no son siempre claras dentro del "orden justo"; ahora bien, en contrapartida, la ganancia en certidumbre en los "órdenes de seguridad" se ve necesariamente compensada con la pérdida en flexibilidad para adaptarse al caso concreto.

En el anterior sentido, existen claramente, a lo largo de nuestra tradición jurídica, ordenamientos jurídicos que buscan conformarse más como un "orden justo"; tal es el caso de la jurisprudencia romana clásica, pero sobre todo del derecho canónico, acaso el ordenamiento jurídico más flexible, donde caben tanto el *rigor legis* (aplicación literal y rigurosa de la ley) cuanto la *temperatio legis* (aplicación dulcificada) e inclusive la *relaxatio legis* (desaplicación de la ley al caso concreto).

Igualmente, han habido ordenamientos históricos, dentro de nuestra tradición jurídica, que se han conformado como "órdenes de seguridad"; tal es el caso, por ejemplo, de los derechos germánicos, que se estructuraron como "órdenes de paz" donde las infracciones jurídicas podían llevar a la pérdida de la misma paz y a la consecuente desprotección social del delincuente quien podía ser matado impunemente por cualquiera de los miembros de la *sippe*.

Finalmente, otros ordenamientos históricos han pretendido inarticularse a sí mismos como "órdenes justos con seguridad", tal ha sido el caso de la jurisprudencia romana vulgar del posclásico y tal pudiera ser, en nuestros días, el del derecho comunitario europeo en el ámbito de los derechos humanos, donde existe, de un lado un catálogo de derechos fundamentales que deben ser respetados por los gobiernos de los Estados miembros, pero de otro lado existe también una interpretación liberal y progresiva realizada vía pretoriana por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Pues bien, sin que las presentes notas propedéuticas hayan pretendido agotar un tema de suyo abundante, rico y aprovechable como es el de proveer ciertas definiciones elementales para los conceptos más fundamentales de la Historia del derecho y el de ofrecer ciertos esquemas ordenadores que permitan, sobre bases más científicas y seguras, emprender la exposición, aprendizaje y estudio de la misma, espero que puedan servir como guía para los alumnos que se inician en el estudio de esta disciplina.

Si sirven estos apuntes para aligerar la carga expositiva de los profesores de la asignatura y facilitan a los alumnos la comprensión de los elementos epistemológico-metodológicos del curso, creo que habrán servido a su propósito original.

Como nociones propedéuticas, definiciones generales y esquemas de ordenación, están sujetos a la revisión y adaptación que los permita mejor acomodarse a la materia a cuyo servicio se encuentran destinados. Lo esencial es que abrevien la exposición, ayuden a la comprensión y colaboren con el aprendizaje.

Las nociones y esquemas propuestos son tan sólo algunos de entre los muchos que pudieron haberse elegido y que seleccioné en atención a) tanto a su arraigo en las exposiciones de los profesores de nuestra Escuela cuanto b) en consideración al valor formativo, crítico y liberador que ofrecen al estudiante respecto de la dogmática jurídica contemporánea y del ordenamiento jurídico que la misma ha construido.

Como ha escrito Jorge Adame respecto de la jurisprudencia romana, su estudio interesa al jurista actual para "reivindicar dos liberta-

des: la libertad frente al sistema conceptual, y la libertad frente al poder".<sup>77</sup>

Así también, por antonomasia, la Historia general del derecho puede y debe servir para liberarnos de un presente, mediante la reconquista de un pasado, que nos ayude a construir un mejor futuro. Mejor futuro que, desde la Libre, debiera construirse libre también —como su lema nos propone—, del amiguismo, del poder y de la corrupción: *ius neque inflecti gratia, neque perfigni potentia, neque aduleterari poecunia de. et...*

LAUS DEO

<sup>77</sup> ADAME GODDARD, Jorge, "El derecho romano como jurisprudencia", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 15, Escuela Libre de Derecho, México, 1991, p. 23.

## MANEJO DE LA ECONOMÍA EN EL ESTADO FRANQUISTA: DERECHO, ECONOMÍA Y POLIBUROCRACIA

Jaime REYES ÁLVAREZ

“No se crea, sin embargo, que la ideología que inspiró el Alzamiento de 1936 se creara *ex novo*. Su principal fuente de inspiración se encuentra precisamente en aquella doctrina y realidad tradicionales, que el racionalismo extranjerizante logró eclipsar durante el siglo de las Luces”.  
Jorge Xifras Heras, *El nuevo Estado español*, 1961, p. 201.

“Renovando la tradición católica, de justicia social y alto sentido humano que informó nuestra legislación del imperio, el Estado nacional en cuanto es instrumento totalitario al servicio de la integridad patria, y sindicalista en cuanto representa una reacción contra el capitalismo liberal y el materialismo marxista, emprende la tarea de realizar —con aire militar, constructivo y gravemente religioso— la Revolución que España tiene pendiente y que ha de devolver a los españoles, de una vez para siempre, la Patria, el Pan y la Justicia”.  
*Fuero del trabajo*, preámbulo (9.03.1938).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Totalitarismo, economía, derecho y burocracia*. III. *Estado de la cuestión*. IV. *Derecho, economía y poliburocracia*. V. *Ideas jurídico-políticas en el nuevo Estado*. VI. *Ideas económicas en*

el nuevo Estado. 1. Nuevo Estado, *intervencionismo y derecho privado*. 2. Nuevo Estado, *intervencionismo y derecho público*. 3. Nuevo Estado y nuevo *derecho*. VII. *Política económica del nuevo Estado (1939-1959)*. 1. *Derecho de la economía y poliburocracia en el Instituto Nacional de Industria (1941-1959)*. 2. *Leyes fundamentales de la industrialización autárquica*. VIII. *Derecho financiero, derecho social y poliburocracia*. IX. *A modo de epílogo*.

El propósito de estas líneas es realizar una somera exposición e interpretación de lo que fue el manejo de la economía en el Estado franquista durante la etapa comprendida entre los años 1939 y 1959, con el propósito principal de fijar una perspectiva histórico-jurídica desde la cual se podría abordar en profundidad el tema. En este contexto se proponen algunas hipótesis preliminares, planteando sugerencias metodológicas en relación con el uso de los archivos, bibliotecas y demás material documental que se encuentran en España. Asimismo se realiza una somera revisión de la literatura existente en conexión con el tema.

## I. INTRODUCCIÓN

“El problema de España, decía Pedro Laín Entralgo a fines de la primera mitad del siglo XX, se reduce a solucionar el cómo es que pueden compatibilizarse entre sí tradicionalismo con modernidad, cómo hacer convivir a unos tradicionalistas que se oponen a cualquier modernización de la sociedad, y unos modernistas que rechazan toda permanencia de la tradición en la misma. Y ello pues ambas, aun siendo antagónicas entre sí, han de ser entendidas como parte de una herencia española común y, por tanto, compatibilizables o —al menos— armonizables entre sí para que puedan coexistir”.<sup>1</sup> Y él mismo, lamentando la sangre derramada en la guerra civil (1936-1939), hacía una propuesta de conjunción entre las constantes de ambos polos en conflicto, incluyendo como tales a —entre otras— un sentido católico de la existencia, entendida la religión como una etapa perfeccionada de la vida humana más que como un “martillo de herejes”; con respeto tanto de la libertad como de la unidad polí-

<sup>1</sup> LAÍN ENTRALGO, Pedro, *España como problema*, 1949: 434; 443 ff.

tica y económica del país; de la dignidad y libertad de la persona; con atención oportuna a los problemas de justicia social.

Estas palabras son una buena síntesis del trasfondo que está presente en la historia española en el periodo 1939-1975, al que por cierto no escapa la cuestión del manejo de la economía a través del derecho. Dan cuenta ellas de una de las muchas disfunciones que España ha experimentado en su organización como Estado en el curso de los siglos XIX y XX, que podrían ser resumidas —sin temor a incurrir en una simplificación— como las consecuencias que ha traído al país y a su gente el tránsito desde los cauces de una sociedad tradicional a los de una de carácter moderno.

Este es el marco conceptual que estimamos más adecuado para comprender como un todo la etapa histórica que nos interesa.

Un rasgo de las sociedades europeas modernas —a partir de tres acontecimientos como son la Reforma, la Revolución Francesa y la Revolución Industrial—, es la sustentación de la convivencia social sobre el disenso.

En un ámbito religioso, supone la inexistencia de una uniformidad de creencias que lleva a la tolerancia religiosa y a la neutralidad del Estado en la materia. La Paz de Westfalia (1648) establece la división religiosa de los Estados alemanes y a partir de allí la religión deja de ser en el continente, tanto punto de encuentro como de desencuentro, para afincarse más y más en la esfera de la vida privada, sin volver a ser un motivo central de lucha entre facciones.

En un ámbito político, la tolerancia supone la inexistencia de un consenso en torno al gobierno, que lleva a la competencia y al debate entre partidos. A través de esa competencia, expresada en las elecciones; y del debate, manifestado en la vida de asamblea del parlamento, es que se alcanzan los acuerdos, las “verdades” de la política. Pero siempre suponiendo que esas verdades dependen de la voluntad general y duran tanto cuanto esa voluntad se mantenga inalterable.

En un plano económico, supone la competencia entre factores y agentes de la producción en un régimen de acumulación capitalista, que beneficia a unos en desmedro de otros. El rendimiento (*Leistung*), que maximiza las utilidades en relación con los costos, es el árbitro que decide quién vence en la competencia económica.

El cambio en estos tres aspectos supuso un giro revolucionario en relación con la situación anterior y un trauma para cada una de las sociedades que en su momento lo experimentaron.

Si en los países donde surgieron los elementos de sustentación de la sociedad moderna —Alemania, Francia e Inglaterra, principalmente—, el cambio se manifestó con rasgos violentos, no puede sorprender el desgarramiento que análogo proceso de transformación significó para España. Con la diferencia de que ello aconteció en el siglo XX y, de alguna manera, hemos sido testigos directos de lo sucedido. El dilema entre *tradición* y *modernidad* nos remite, así, a la situación política que España vivió durante esa época y las décadas que inmediatamente le precedieron. Ilustra también de manera directa acerca de las concepciones del Estado, de la economía y del derecho que comenzaron a imponerse en lo que más tarde ha sido denominado el “Estado franquista”,<sup>2</sup> y que en su momento quiso ser un *nuevo Estado*. Sin comprender este contexto histórico no es posible explicarse la serie de desarrollos doctrinarios que aparecen en España en la década de 1930.

## II. TOTALITARISMO, ECONOMÍA, DERECHO Y BUROCRACIA

En esta línea de argumentaciones, es necesario plantearse tres órdenes de cuestiones para enfrentar el tema que nos ocupa. Cada una de ellas forma un núcleo temático que se relaciona estrechamente con

<sup>2</sup> Sobre el concepto “franquismo” se ha discutido acerca de si resulta definidor de algo específico de España, que otros términos no sean capaces de mostrar. En verdad, la expresión pretende aludir a una cierta adhesión de tipo carismática hacia un líder que de análoga manera lo fue, pero no llega más allá en su contenido, resultando desde muchos puntos de vista una simplificación que no dice nada, más que denotar al régimen que tuvo España entre 1939 y 1975. A modo simplemente ejemplar, la utilizan en sentido crítico GARCÍA MANRIQUE; MORODO y VILAR; en uno neutral DE MIGUEL y GONZÁLEZ; y en uno un tanto elogioso FUENTES QUINTANA (*et al.*). GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996; MORODO, Raúl, *Los orígenes ideológicos del franquismo: Acción Española*, Madrid, Alianza, 1985; VILAR, Sergio, *La naturaleza del franquismo*, Barcelona, Ed. Península, 1977a; DE MIGUEL, Armando, *Sociología del franquismo*, Barcelona, Euros, 1975; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel Jesús, *La economía política del franquismo (1940-1970): dirigismo, mercado y planificación*, Madrid, Tecnos, 1979; y FUENTES QUINTANA, Enrique (*et al.*), *La Hacienda en sus ministros. Franquismo y democracia*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, pp. 1-14.

los demás y nos va llevando a esclarecer el papel que ocupó el derecho como instrumento regulador (*Steuerungsinstrument*) en la época. La primera de ellas es la determinación de la naturaleza del Estado franquista para efectos económicos.

Este es un asunto polémico, si se busca fijar algún criterio de clasificación ajustado a la realidad de dicho Estado. Y lo es por diferentes conceptos: el más importante, en lo que nos atañe, porque una determinación cierta de tal carácter del Estado tiene incidencia sobre la justificación y extensión temporal del estudio propuesto.

En este sentido, cabría preguntarse, ¿fue siempre el Estado franquista un Estado totalitario? Y si no fue ese el caso, ¿durante cuánto tiempo lo fue?; y, además, ¿tiene esta delimitación en el tiempo alguna importancia en relación con la economía?

Si se parte de un tipo de definición política del Estado, como es la que han hecho algunos autores, constataremos que existe un cierto consenso en ellos en atribuirle tales rasgos totalitarios al régimen de Franco en sus primeros años, en concreto entre 1939 y 1945. A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial se habría abandonado, ante todo, la retórica totalitaria por parte de los teóricos del *nuevo Estado*, como se reconoce,<sup>3</sup> ante el descrédito mundial en que cayeron el nacionalsocialismo alemán y el fascismo italiano. En cuanto a los rasgos de hecho del régimen, se menciona como un índice de su morigeración y mayor apertura, en lo político, la incorporación de España a Naciones Unidas a mediados de la década de 1950; en lo económico, el giro de orientación de la política económica iniciado con el cambio de gabinete de marzo de 1957, que llevó igualmente a una apertura y liberalización del modelo implantado.<sup>4</sup>

Hasta ahora, de lo que se ha tratado en la mayoría de los análisis politológicos es de fijar condiciones de carácter formal para englobar

<sup>3</sup> DÍAZ; GARCÍA MANRIQUE, MORODO, en DÍAZ; RUIZ MIGUEL; VILAR, entre otros. DÍAZ, Elías, *Intellektuelle unter Franco. Eine Geschichte des spanischen Denkens 1939-1975*, Frankfurt am Main, Vervuert, 1991, 1a. ed. española, 1983; GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *op. cit.*; MORODO, Raúl, *op. cit.*, pp. 95-110; DÍAZ, Elías y RUIZ MIGUEL, Alfonso (eds.), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 1996; y VILAR, Sergio, *Dictature militaire et fascisme en Espagne*, París, 1977.

<sup>4</sup> Con lo que, desde esta perspectiva, habría que establecer una de las dos etapas, 1939-1945 o bien 1939-1957/1959, como base de periodificación. Volveremos sobre esto en el punto IV.

dentro de un mismo tipo a realidades estatales muy diversas,<sup>5</sup> lo que ha llevado a grados de generalización que dificultan de modo considerable la comprensión de lo que fue en realidad el Estado franquista.<sup>6</sup>

La literatura sobre el totalitarismo es abundantísima y no nos corresponde aquí hacer una revisión de lo que a través de ella se ha producido y que —de una u otra manera— afecta a España. En este punto cabría más bien preguntarse si, ante la imposibilidad de establecer el carácter totalitario del Estado español, ello impide o no realizar un análisis en lo que podría ser situado, *v.gr.*, en la categoría de un régimen autoritario.<sup>7</sup> Somos, en principio, partidarios de una respuesta negativa. Tal alternativa nos lleva al análisis del Estado español dentro de lo que fueron sus propios conceptos y supuestos económicos. Lo que nos da ocasión para sugerir el abordamiento de la idea de Estado sostenida por las principales vertientes doctrinarias que sustentaron al régimen que se impuso después de la guerra civil, y de lo cual se desgajan en forma natural los aspectos económico y jurídico que le acompañaron. En efecto, por lo menos la política económica que se aplicó inmediatamente después del fin de la Guerra Civil es —en su inspiración de fondo— el correlato de las ideas políticas que se impusieron también en ese tiempo, como más adelante se verá.

El establecimiento de lo que fue el Estado español desde 1939 en adelante, más que en sus instituciones fundamentales en el pensamiento de sus ideólogos y titulares del poder, tiene relevancia para

<sup>5</sup> Como el franquista español, el nacionalsocialista alemán, el fascista italiano y el comunista soviético, entre otros.

<sup>6</sup> ARENDT; FRIEDRICH; BRZEZINSKI. Atendiendo a los criterios de estos autores, en los Estados de este tipo, la política, la economía y la sociedad son manejadas completamente por el Estado a través del partido. Y dos cosas que el franquismo no poseyó durante su predominio fueron un Estado fuerte y un solo partido que monopolizara el control del poder. ARENDT, Hannah, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Frankfurt am Main, 1955; FRIEDRICH, C. J., y BRZEZINSKI, Z., *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Cambridge, 1956.

<sup>7</sup> Es la clasificación que propone LINZ, Juan J., "An authoritarian regime: Spain", en ALLARDT, Erik, y LITTUNEN, Yrjö (ed.), *Cleavages, ideologies and party systems*, Helsinki, 1964; "From Falange to Movimiento Organización: the spanish single party and the Franco Regime, 1936-1968", en HUNTINGTON, Samuel P., y MOORE, Clement H. (ed.), *Authoritarian politics in modern society*, Nueva York-Londres, 1970; "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en GREENSTEIN, Fred I., y POLSBY, Nelson W. (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3, pp. 175-411.

esclarecer qué uso se hizo entonces del derecho. Y qué concepción del mismo prevaleció. A nuestro juicio, existe correspondencia entre la teoría del Estado que se pretende imponer al finalizar la Guerra Civil, y la filosofía del derecho predominante en la misma época. Un aspecto a esclarecer es si —y cómo— esta correspondencia alcanza hasta las normas concretas.

Otro núcleo de cuestiones a plantearse es el del origen de la decisión política del Estado en favor de un cierto modelo económico. Es esta una pregunta sobre la política económica; de cómo es que entonces se optó —*v.gr.*, en una primera etapa— por un modelo autárquico e industrializador que se extendió por veinte años (1939-1959) y que dio lugar a instituciones y normas que influyen en el desenvolvimiento de la economía española hasta el día de hoy.<sup>8</sup>

Se sabe que los grupos franquistas —en particular la *Falange Española*— se hicieron receptores entusiastas de las recetas y modelos del fascismo italiano, en concreto del manejo estatal de la economía para fines de industrialización autárquica, con un régimen de planificación bastante centralizado. Pero se sabe igualmente que las soluciones, tanto la italiana como la alemana, fueron a su vez una respuesta al colapso que experimentó el capitalismo en su versión liberal a fines de la década de 1920 en Europa y en los Estados Unidos. Luego, cabría plantearse hasta qué punto la adopción de tales experiencias extranjeras obedeció a una afinidad y conexión ideológica con los modelos copiados, así como en qué medida el pragmatismo y la coincidencia en el diagnóstico y el remedio para el caso español fueron decisivos para elegir el que finalmente se impuso.

En la historia española ha existido una cierta recurrencia en las soluciones que se han planteado y puesto en práctica en materia económica para resolver coyunturas críticas, lo que dificulta la evaluación de lo que hemos mencionado. Sin perjuicio de lo oportuno que pudieron ser en los primeros años del franquismo, la autarquía y la industrialización han sido, al mismo tiempo, antiguas aspiraciones e ideas de un sector de la sociedad y de la élite política hispana.<sup>9</sup> El

<sup>8</sup> Nos limitamos a esta fase del Estado franquista por las razones que se indican más adelante. *Vid.* II.1.

<sup>9</sup> FRAILE BALBÍN, Pedro, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid, Fundación Argentaria, 1998.

*autarquismo económico* de las primeras dos décadas del *nuevo Estado* se enraíza en el pensamiento y actitudes de un sector relevante de la sociedad que desea conservar el *hecho diferencial* hispano. En esta idea puede haberse escondido un afán más profundo, de permanecer inmune a los desarrollos sociales y políticos que se producían en otros lugares de Europa, a los cuales habría sido imposible sustraerse si España se hubiese relacionado integralmente con las demás naciones del continente y, de alguna manera, hubiese dependido de ellas. Una reacción, en el fondo y para decirlo en una palabra, *antimodernista*. Pero, lo más notable, la misma élite que defiende lo español, usufructúa los beneficios de un modelo que desestimula la competencia con el exterior, protegiendo y subsidiando a un cierto sector de la economía —que esa minoría domina— a costa de los demás.

La industrialización que tuvo lugar en algunos países europeos en el siglo XIX, no alcanzó en España el dinamismo visto en sus vecinos.<sup>10</sup> Por otra parte, el desmembramiento territorial experimentado por la pérdida de las últimas colonias hacia fines del siglo XIX, de lo que una vez había sido un imperio político de alcance mundial, con toda su carga de frustración y humillación nacional, llevó a buscar la imposición de soluciones de tipo endógeno a lo que ya no podía ser obtenido mediante la conquista exterior. La autarquía misma es una expresión económica del nacionalismo español, si no la más genuina; por tanto, una idea tan antigua como lo es aquél. Y en este último concepto es que se unen el pensamiento político y el pensamiento económico en las dos primeras décadas del régimen franquista.<sup>11</sup> Si bien las ideas de las corrientes que integraron el franquismo mostraron variedad y una perceptible evolución, en el terreno económico

<sup>10</sup> Este es un tema polémico, en el cual influye mucho el punto de referencia respecto del cual se juzga al país. Una visión "pesimista" a este respecto la representa el estudio de NADAL, paradigmático en demostrar el atraso económico industrial de España y la carencia de una dimensión social en el mismo. NADAL, Jordi, *El fracaso de la revolución industrial en España, 1814-1913*, Ariel, Barcelona, 1975. Un enfoque más optimista se aprecia en la literatura de nueva historia económica española (NHE), especialmente desde 1975 en adelante. Por todos, MARTÍN ACEÑA, Pablo, y COMÍN, Francisco, *I.N.I., cincuenta años de industrialización en España*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

<sup>11</sup> Sobre el nacionalismo y su influencia en la doctrina de la *Falange Española* y las JONS concentra su atención CHUECA. Partiendo de este concepto, desarrolla su análisis crítico de lo que denominó "el fascismo de la FET-JONS". CHUECA, Ricardo, *El fascismo en los comienzos del régimen de Franco. Un estudio sobre FET-JONS*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1983, pp. 17-75.

las soluciones planteadas por aquéllas —específicamente por la *Falange Española*—, parecen haber sido de menor elaboración, más escasas, estables o persistentes en el tiempo e, incluso, tardías; en cuanto con ellas se pretendió desarrollar sobre la marcha una justificación ideológica alternativa que diera trasfondo y contenido a las medidas de política económica. Aquí aparece, a nuestro juicio, un problema de competencia técnica de las élites dominantes, que bien podría explicar la falencia que anotamos.<sup>12</sup> Un tercer orden de cuestiones a plantearse es el de determinar el papel que jugó el derecho en el manejo de la economía española. Aquí optamos por proponer planos diferentes de análisis: el primero de ellos consiste en detenerse a determinar la concepción que de aquél se tuvo en los comienzos del régimen franquista, determinando si hubo aspectos doctrinarios referidos directamente a tal actividad del Estado. El segundo se concentra en establecer la correspondencia entre estas elaboraciones doctrinarias y las relativas al Estado, sobre todo en su dimensión económica, así como con las normas jurídicas concretas que se dictaron en la materia, buscando esclarecer de qué manera las ideas sobre el Estado afectaron la puesta en boga de las que tuvieron por objeto el derecho. El siguiente plano de análisis nos conduce a plantearnos qué hemos de entender por el derecho regulador de la economía para los efectos de nuestro análisis. Es una cuestión respecto de la cual, y dadas las características de la sociedad española, hacemos la opción de tener por tal no sólo a las normas en sí mismas sino también a la decisión política que está en su origen, y a la aplicación

<sup>12</sup> Un caso de esta carencia de soluciones propias u originales es, *v.gr.*, el origen del *Instituto Nacional de Industria* (INI), motor principal de la industrialización autárquica que experimentó España, cuyo decreto de creación fue la copia del que en 1933 había dado origen en Italia al *Instituto de Reconstruzione* (IRI). Éste, a su vez, había sido la respuesta del régimen de Mussolini al colapso bancario que había sufrido Italia en los comienzos de la década de 1930, proponiendo una política económica fuertemente dirigida desde el Estado con el fin de superar —en lo inmediato— la quiebra de la banca, pero —en lo mediano— modificar las bases de sustentación de la economía italiana, trasladándolas desde el entonces poco confiable sector financiero, al sector industrial. ¿Cuánto de esta decisión obedeció al convencimiento fascista de Juan Antonio Suanzes, autor intelectual de la idea de crear el INI y su primer director, y cuánto de pragmatismo, por tratarse de una solución que había demostrado a lo largo de siete años —el INI se fundó en 1941— ser adecuada para resolver los males producidos por la crisis del capitalismo liberal, de los cuales la mayoría, desde comunistas a liberales, pasando por católicos, estaba entonces convencida?

concreta del mismo que sigue a la promulgación de las leyes;<sup>13</sup> lo que nos conduce al análisis del medio social donde el derecho se concibe, elabora y aplica, en este caso a la élite político-burocrática española, pues sus características y formas de comportamiento influyen en la formulación y aplicación del derecho, esclareciendo igualmente los derroteros de su evolución en el tiempo, más allá de los condicionamientos teóricos o ideológicos. Un estudio del derecho regulador de la economía será, así, en parte, un estudio de quienes lo elaboraron y estuvieron detrás de su aplicación.

*Marco temporal.* En la medida que se parte de la idea franquista de Estado totalitario, se resuelve de manera fluida la cuestión de la periodicidad de las etapas de conducción de la economía. Y ello en el sentido de que ésta queda en cierta medida entregada a las reglas de lógica interna de la política económica aplicada, es decir, sujeta a los cambios que desde el gobierno se hicieron en las diversas épocas, pues en todas ellas siempre está como marco determinante común la intervención del Estado en importantes áreas de la actividad.

En este sentido se distinguen claramente dos etapas: 1939-1959 y 1959-1970/1975, correspondiente la primera a la fase de *industrialización autárquica* impulsada desde el Estado; y la segunda a la fase de liberalización de la economía —no menos dirigida por el Estado—, con apertura al comercio exterior, y abandono de la industrialización. Se pueden analizar ambas conjuntamente, o bien cada una en forma separada. A cada una corresponde un conjunto de normas jurídicas específicas; unas instituciones reguladoras de la economía diferentes; y —lo más importante— titulares de cargos o miembros

<sup>13</sup> ROBLES: Su "teoría de la decisión jurídica" y su concepción del derecho "como texto" —expresión que abarca los tres momentos de la norma jurídica mencionados arriba— la consideramos particularmente adecuada para observar el desarrollo jurídico-económico durante el Estado franquista. Ella nos permite incorporar aquellos factores subjetivos relacionados con la burocracia y su comportamiento en relación con el derecho, y que forman parte de la historia de éste, que son especialmente aptos para esclarecer el alcance y sentido de determinadas leyes y conjuntos de leyes, lo cual no sería posible si sólo nos circunscribiéramos a un análisis meramente dogmático de los textos jurídicos. Dice Robles al respecto: "la teoría de la decisión jurídica se centra en el tema de la producción o generación de todo orden jurídico. Su preocupación no es ya de carácter estático... sino dinámico o diacrónico; estudia el derecho en su generación a través de los procesos de decisión". ROBLES, Gregorio, *El derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría comunicacional del derecho*, Civitas, Madrid, 1998, p. 99.

de la élite gobernante con características diversas. Y, presumimos, a cada una de estas épocas podría corresponder una idea y función del derecho diferentes. Podría ser establecida una subdivisión para cada una de estas etapas, si se quiere hacer un análisis más concentrado. Por ejemplo, para la primera, atendiendo a los quinquenios de evaluación establecidos por el INI en su función "industrializadora".<sup>14</sup> Para la segunda, a la periodicidad propuesta por los *Planes de Desarrollo* de la década 1960-1970. Otra posible división temporal, que podría abarcar todo el régimen franquista, sería factible si se atiende como factor central a la política sindical, que exhibe constantes a lo largo de los casi cuarenta años de gobierno. Sin embargo, consideramos que la elección de esta variable, comprensiva de un periodo tan largo, aparte de no ser suficientemente representativa del manejo de la economía, podría quitar profundidad al análisis, atendidos su carácter parcial y amplitud en el tiempo. Podemos agregar que, dependiendo de si asumimos la definición política de Estado totalitario —siempre la que los propios teóricos franquistas dieron—, o la dimensión económica del mismo concepto, se modificará el marco temporal a analizar.

Tal vez el criterio más acertado para discernir las etapas de la política económica española sea la duración de la política de autarquía que inspiró la acción estatal en los primeros tiempos. En cuanto ésta es una opción dependiente de la ideología, cuanto ella rija será el tiempo en que el manejo de la economía se habrá dado en el marco de un régimen totalitario.

*Algunas hipótesis.* El modelo económico implantado por el *nuevo Estado* en sus primeros años se sitúa en la tradición de las tendencias intervencionistas que se inauguran a comienzos de la década de 1930 en Europa. Esto desde una mirada más o menos superficial e inmediata en el tiempo; es decir, si se ven aquellos factores o hechos que obedecen a una asimilación, o simple copia, de experiencias extranjeras, como v.gr., la fundación del *Instituto Nacional de Industria* (INI) según el modelo del *Instituto de Reconstruzione Italiano* (IRI). Sin embargo, si se observa con mayor detención, puede advertirse

<sup>14</sup> Así tendríamos tres cortes temporales, a elegir: 1941-1946; 1946-1951; 1951-1956/1957.

que la "solución" intervencionista guarda correspondencia con su historia económica, en la cual se reitera una tendencia controladora, desde la mitad del siglo XIX. Es posible plantearse que la intervención del Estado no haya sido sino un recurso más en favor de la recuperación de "lo español" en que estaban empeñadas algunas élites tras la Guerra Civil. El país no reunía las condiciones de desarrollo económico o de evolución social como para que en 1939 se estimara que había hecho crisis el capitalismo liberal y había que intervenir la economía. No había tenido lugar allí una verdadera revolución industrial y, en consecuencia, un auge capitalista. De lo expuesto es posible sugerir algunas hipótesis, a verificar.

1. El derecho como norma positiva fue influenciado y, más aún, determinado en su elaboración, contenido y aplicación, por un modo de comportamiento social e individual caracterizado por las vinculaciones e influencias personales de los líderes en los puestos clave de la administración; por su ascendiente social, más que por mecanismos institucionales reguladores de la formación de la ley, objetivos o impersonales, dependientes de una forma de negociación legislativo-parlamentaria. Tal modo de actuación ha sido caracterizado como una simbiosis al interior de la administración, en el plano de las personas, en la que se da una superposición (*Überlappung*) e imbricación recíproca (*Vernetzung*) entre titulares de cargos políticos y burocráticos, que influyen en la formulación y aplicación de las normas jurídico-económicas.<sup>15</sup> Este comportamiento de los actores relevantes en el campo económico produjo una elaboración y aplicación del derecho *sui generis* en relación con este ámbito.<sup>16</sup>

2. La circunstancia de que el derecho, en su elaboración y puesta en vigencia, haya quedado entregado a una serie de actores o grupos que operaron a veces con dispersión pero, sobre todo, mediante cri-

<sup>15</sup> GUNTHER, Richard, "Ökonomische Planung in einem autoritären System", en WALDMANN, Peter (ed.), *Sozialer Wandel und Herrschaft im Spanien Francos*, Internationale Gegenwart, Paderborn-München-Wien-Zürich, Schöningh, pp. 319-322; ALBA, Carlos R., "Bürokratie und Politik. Hohe Beamte im Franco-Regime (1938-1975)", en WALDMANN, Peter (ed.), *op. cit.*, p. 213.

<sup>16</sup> Y ya no tan *sui generis*, si llegamos a la conclusión de que no nos encontramos frente a un *Estado totalitario*, al modo que se entiende por tal.

terios que guardaron correspondencia más con una *mentalidad* que con criterios ideológicos, preestablecidos o programados de modo más o menos uniforme, se explica en la no existencia de un monopolio de un partido respecto del Estado y la sociedad, sino en un esquema de dominación *monocrático* que incluso no permite la formación de una maquinaria partidista que pueda eclipsar su predominio dentro del Estado.

El estudio nos ha de llevar a analizar no sólo las instituciones políticas, jurídicas o económicas, o la ideología, sino que —sobre todo— la(s) élite(s) y, entre éstas, a la élite política y la burocrática, que son las que mayor incidencia tienen sobre la formulación y aplicación del derecho, sin perjuicio de otras.

3. Las características de la burocracia y su *modus operandi* determinaron en gran medida las modalidades adoptadas por la política económica del Estado. No se trató aquí de un intento planificador-indicativo que haya obedecido a unas pautas, tanto sectoriales como globales, altamente tecnificadas. Antes bien, la composición, forma de generación y comportamiento de la burocracia llevó a que se adoptaran las decisiones en función de criterios más cercanos a los *imaginarios* sociales que a una ideología dominante. Para evaluar la política de industrialización se ha hablado de una *autarquía cuartelera*<sup>17</sup> en la asignación de recursos y determinación de prioridades de la conducción económica, en la cual habrían predominado criterios técnicos tan rudimentarios como el aumento cuantitativo de la producción de bienes físicos y el pleno empleo, sin atender a otras variables de la actividad económica.<sup>18</sup> Y, más que todo lo anterior, una "lógica corporativa", defensora de intereses personales y/o de grupo, que se antepuso a otras consideraciones de tipo técnico. Todo ello obedecería a las constantes históricas que en el seno de la sociedad española

<sup>17</sup> TUSSEL, Javier, "La autarquía cuartelera. Las ideas económicas de Franco a partir de un documento inédito", en *Historia*, año X, núm. 115, 1985, Madrid, Información y revistas, p. 43.

<sup>18</sup> Decía el ministro de Industria y Comercio en 1943: "... existe una consigna de la más alta y autorizada jerarquía del país, del propio Caudillo, que obliga a poner todos los medios hábiles para aumentar la producción (...) Sobre esta idea rectora, sobre esta orden inapelable se ha organizado toda la política de ordenación industrial". CARCELLER, Demetrio; *Boletín Oficial de las Cortes* (BOC): 2 de diciembre de 1943, núm. 28, p. 433; cit. MARTÍN ACEÑA, Pablo, y COMÍN, Francisco, *op. cit.*, p. 68.

y que es necesario atender, junto a variables como la ideológica o la externa; esta última ejerció en los comienzos de la década de 1950 un influjo directo en el cambio de orientaciones de la política interna.

4. Dadas las características de esta burocracia, no suficientemente consolidada en sus mecanismos de generación y funcionamiento según los criterios con los que actualmente podría entenderse como tal; pero existente, operante y eficaz en su medida; se justifica y hace necesario el estudio prosopográfico<sup>19</sup> complementario para llegar a conclusiones acerca de su actuación y gravitación en la formulación del derecho.

5. En este orden de ideas habrá que preguntarse por los intereses que motivan a la burocracia o, en particular, a sus titulares individualmente considerados. Pues sólo, y en la medida que aquellos se separan de los declarados como del Estado, puede ésta ganar en significado. El punto clave aquí es cómo y para qué —y cuán lejos— se va de los aspectos meramente formales, presentes en la factura de la legislación, a los reales o de fondo, de las motivaciones.

Se sabe, por ejemplo, que una serie de iniciativas legales de gran importancia dependieron casi exclusivamente de personas que tuvieron la oportunidad de concebir, hacer dictar y aplicar normas jurídicas, sin otro contrapeso que el que pudiera oponerles el propio Jefe del Estado, de quien poseían plena confianza.<sup>20</sup>

6. Si el derecho estuvo al servicio de una determinada idea del Estado; o se sabía qué papel debía cumplir en el *nuevo Estado*, como realizador de los fines de éste, ¿cuál fue esa idea o filosofía del derecho?; o si hubo más de una, ¿cuáles fueron ellas?

Una vez establecidos los parámetros de esa idea del derecho, habrá que revisar su concreción en el plano económico y, dentro de él, en algún campo específico, para constatar su realización o no, en un lapso determinado. Se trata de establecer qué función cumple el de-

<sup>19</sup> Es una tendencia que parece extenderse en la actual historiografía española. Un ejemplo de ello es el volumen compilatorio de FUENTES QUINTANA, referido específicamente a ministros de Hacienda del Estado franquista. FUENTES QUINTANA, Enrique (*et al.*), *op. cit.*

<sup>20</sup> ZELINSKY, Ulrich, "Spaniens wirtschaftspolitische Wende von 1959: Vorgeschichte, Determinanten, Durchsetzungsstrategie", en WALDMANN, Peter (ed.), *Sozialer Wandel und Herrschaft im Spanien Francos*, Internationale Gegenwart, Paderborn-München-Wien-Zürich, Schöningh, 1984, pp. 279-304.

recho en el manejo de la economía del país, un poco más allá de si ejerció una función de legitimación formal o de mero instrumento para activar a la burocracia encargada de aplicarlo.

7. La presencia de escuelas o tendencias filosófico-jurídicas *iusnaturalistas* influyó tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, en cuya rama administrativo-económica se ubican las normas que nos interesan. Garantizaron —por una parte— una cierta permanencia de los códigos clásicos en el orden del *nuevo Estado* y sirvieron —por la otra— de "límite interno" a la acción del Estado, en la medida que mediante la imposición/aceptación general de tales doctrinas se impidió que la floración del derecho público terminara por eliminar virtualmente la esfera del derecho privado.

8. En relación con el punto anterior, cabría abordar aquellos puntos limítrofes de la legislación intervencionista y observar cómo se resolvieron los conflictos de valores y de intereses que se presentaron, teniendo en cuenta la posible vigencia de tales límites internos. Es necesario observar, para ello, el desarrollo doctrinal y normativo experimentado en las ramas del derecho administrativo y del derecho social.

9. Lo que de totalitario tuvo el Estado franquista en lo ideológico, sirvió como marco que le dio coherencia a la actividad interventora estatal, pero las líneas fundamentales de su economía política arrancan de orígenes más antiguos, más amplios que los de la formulación corporativa y totalitaria del Estado. Por lo que habría que indagar acerca de las fuentes y arraigo de ciertas ideas como las de *autarquía*, *industrialización*, *intervención estatal*, entre otras, que presiden y caracterizan el manejo de la economía en esta época.

### III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

No existen estudios acerca del manejo de la economía a través del derecho bajo el Estado franquista, desde una perspectiva histórico-jurídica como la que proponemos. Los trabajos disponibles abordan la política económica y la conducción gubernativo-económica del franquismo, principalmente desde ópticas politológicas, sociológicas, históricas, histórico-económicas, sin adentrarse en la dirección que proponemos.

1. En una aproximación de carácter general, Arango<sup>21</sup> plantea una perspectiva histórica para analizar la economía española, haciéndose cargo de una carencia de la historiografía contemporánea, a saber, su falta de globalización y pobreza en cuanto a proporcionar visiones de conjunto. A su juicio, la historia económica del país adolece de una verdadera "esquizofrenia", que es necesario superar. Por un lado, se habla del tiempo de la pérdida de las últimas colonias y el fracaso del reformismo republicano; por el otro, de la época del franquismo y del posfranquismo, en dirección al desarrollo y modernización del país. Pretende poner énfasis, más que en los cambios, en las constantes de la historia económica, para lo cual propone la hipótesis de que la industrialización contemporánea del país hunde sus raíces en el siglo pasado, cuestión que con algunos matices suscribimos. Un panorama novísimo de la evolución económica española es el enfoque de la nueva historia económica (NHE) que ofrece Tortella Casares.<sup>22</sup> Entendida la economía como clave de conocimiento y comprensión de la historia contemporánea, el autor se reconoce en este aspecto influido por las líneas metodológicas de Ramos Oliveira, Raymond Carr y Jaime Vicens Vives. Incluye —aparte de la visión de conjunto— un análisis respecto de los sectores principales: agricultura, industria, transporte y comercio, dinero y banca. Evalúa el rendimiento de la política económica impuesta en los siglos XIX y XX. En lo que a los factores involucrados se refiere, se ocupa del papel del Estado en cuanto factor empresarial. Interpretando la realidad histórico-económica del país, sostiene que su perspectiva busca ser una herramienta técnica para comprender la historia en su conjunto. Un análisis teórico del *corporativismo* realiza Mayer-Tasch,<sup>23</sup> dedicándose a exponer dos expresiones del mismo, como fueron el italiano y el español. Realiza una comparación entre los fundamentos doctrinarios de aquél con sus manifestaciones históricas, estableciendo el parentesco entre éstas en una dimensión teórica.

<sup>21</sup> ARANGO, Joaquín (et al.), *La economía española en el siglo XX. Una perspectiva histórica*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 7.

<sup>22</sup> TORTELLA CASARES, Gabriel, *El desarrollo de la España contemporánea: historia económica de los siglos XIX y XX*, Madrid, Alianza, 1994.

<sup>23</sup> MAYER-TASCH, Peter Cornelius, *Korporativismus und autoritarismus. Eine Studie zur Theorie und Praxis des berufsständischen Rechts- und Staatsidee*, Frankfurt, Athenäum-Verlag, 1971.

Bourderon<sup>24</sup> ofrece un enfoque politológico marxista de los elementos ideológicos característicos del *fascismo*, confrontándolos con sus rasgos organizativos, de práctica política, medios y estilos de acción. Establece el comienzo del mismo hacia el fin de la Primera Guerra Mundial, sosteniendo que se instaló en el poder en los diferentes países en un contexto de crisis, no sólo política, sino de dimensiones más amplias —económica, social e ideológica—. Incluye entre tales países a España. Para él impulsan el *fascismo* los miembros de la *burguesía monopolista* y la propiedad agrícola asustada por los movimientos de los obreros agrícolas, lo que resulta especialmente evidente en el caso español<sup>25</sup> sin proponer realmente ninguna estrategia de reestructuración del sistema económico. Para el autor parece ser válida sólo una modificación del mismo que ponga fin al capitalismo. En favor de su perspectiva clasista deja un tanto de lado los elementos de identidad propios de cada país.

Roldán y García<sup>26</sup> ofrecen un estudio panorámico del desarrollo capitalista español en la época contemporánea, preferentemente en las primeras décadas del siglo, centrado en los factores internacionales. Un breve lapso, "marcado todo él por la influencia —actual o diferida— de la Primera Guerra Mundial en todos los ámbitos de la vida colectiva del país, [y que] presenta una entidad y trascendencia capitales en la conformación de la estructura económica española de toda la primera mitad del siglo XX".<sup>27</sup>

2. En cuanto a los aspectos ideológicos del Estado franquista, la literatura producida para intentar comprenderlos es abundante. Uno de los más completos trabajos acerca de la actividad intelectual española desde el fin de la guerra civil hasta nuestros días, es el de Díaz.<sup>28</sup> Realiza una verdadera radiografía de la evolución doctrinaria del régimen franquista, desde el *nacionalsindicalismo* al *nacionalcatolicismo*, su decadencia y fin. Constituye punto de referencia de otros autores, que al igual que él estudian el franquismo desde una perspectiva socialista.

<sup>24</sup> BOURDERON, Roger, *Le fascisme, ideologie et pratiques. (Essai d'analyse comparée)*, París, Narcea, 1979.

<sup>25</sup> BOURDERON, Roger, *op. cit.*, p. 216.

<sup>26</sup> ROLDÁN, Santiago, y GARCÍA DELGADO, José Luis (et al.), *La formación de la sociedad capitalista en España*, 2 vols., Madrid, 1973.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>28</sup> DÍAZ, Elías, *op. cit.*

Chueca<sup>29</sup> aborda los fundamentos ideológicos de la Falange en las primeras fases del *nuevo Estado*, especialmente la doctrina nacionalsindicalista, sus efectos prácticos; además, los conceptos económicos de una serie de representantes de la misma tendencia. Confirma que el *nuevo Estado* mantiene y amplía las estructuras capitalistas existentes hasta antes de la Guerra Civil, así como la falta de una concepción teórica acabada en las cuestiones económicas, debido en buena parte al deficiente grado de preparación de quienes habrían tenido que proponer los planes económicos en el *nuevo Estado*. Acentúa el énfasis en el *nacionalismo español* como sustento y trasfondo de la ideología nacionalsindicalista. Destaca con perspectiva crítica, el papel "modernizador" de conceptos corporativos jugado por la ideología falangista. Recientemente han aparecido los trabajos de García Manrique<sup>30</sup> y Fraile;<sup>31</sup> el primero dedicado a la filosofía de los derechos humanos durante el Estado franquista; el segundo, a los antecedentes históricos de las ideas económicas contemporáneas españolas. El primero establece la conexión entre ideas políticas y jurídicas durante aquella época, su estrecha correspondencia mutua, la cual no sólo se da en el plano especulativo, sino también en el de los teóricos que expusieron en los temas, tanto de Teoría del Estado como de filosofía del derecho. Fraile, por su parte, expone el desarrollo de un entramado de argumentos tendientes a legitimar la anulación de la competencia, atendiendo a la retroalimentación entre prensa, foros políticos, órganos profesionales, ámbitos académicos y medios eclesiásticos, que terminó haciendo posible el sistema económico que rigió durante buena parte del Estado franquista.

3. Acerca de la intervención administrativa en la economía el estudio más completo para el periodo que nos interesa es el de Baena del Alcázar.<sup>32</sup> Se trata de un enfoque de corte jurídico-administrativo, que muestra la anatomía de las normas administrativo-económicas del Estado, pero sin entrar a cuestionar su legitimidad, eficacia o justificación política. Se aboca a la planificación española, al fenómeno planificador en sí y su significación desde el punto de vista

<sup>29</sup> CHUECA, Ricardo, *op. cit.*

<sup>30</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *op. cit.*

<sup>31</sup> FRAILE BALBÍN, Pedro, *op. cit.*

<sup>32</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, Tecnos, 1966.

jurídico. Objeto principal del autor es, sin embargo, el *Plan de Desarrollo* de 1963 (Ley de 28 de diciembre de 1963), culminación del proceso planificador español, a cuya descripción se ocupa buena parte de esta obra.

4. Kruse<sup>33</sup> ofrece uno de los primeros estudios que se ocupan de la política económica del Estado franquista. Atendiendo de preferencia a las regulaciones jurídico-laborales (contrato de trabajo, seguridad social), pone énfasis en las dificultades que para la recuperación económica implica el estado de aislamiento internacional en que España se encontraba todavía a comienzos de la década de 1950.

Una novedad en la literatura hasta entonces publicada fue el estudio de Hergel<sup>34</sup> sobre las funciones del *Instituto Nacional de Colonización* y del *Instituto Nacional de Industria*. Realiza una evaluación del rendimiento de ambos y un balance global en función de los efectos del intervencionismo estatal en el crecimiento económico. Se trata de una obra histórico-política, en la cual se muestran los métodos y objetivos de la política económica de la posguerra civil, divididos en medidas generales y específicas de la política de producción; se observa la política de industrialización a la luz de su adecuación a las condiciones de la economía española, para después concentrarse en la discrepancia entre la efectiva política de industrialización y la estructura de limitadas posibilidades del país. Se plantea finalmente si cabe una posibilidad de adaptación de ambos factores. Una exposición que muestra el desarrollo legislativo de la política de industrialización autárquica es la de Körber.<sup>35</sup> Representa la tesis de que concepción política y política económica están vinculadas recíprocamente, preguntándose si el régimen de Franco poseyó una concepción del orden político al tomar el poder, o bien la fue haciendo a lo largo de los primeros años de gobierno. Para el autor, el intervencionismo del Estado supone injerencias puntuales en el proceso

<sup>33</sup> KRUSE, Albrecht, *Die sozialpolitischen und wirtschaftlichen Probleme in der syndikalistischen Wirtschaftsordnung Spaniens*, Frankfurt am Main, 1954.

<sup>34</sup> HERGEL, Horst-Hans, *Zwei Jahrzehnte Industrialisierungspolitik 1939-1959 in Spanien. Auswirkungen des staatlichen Wirtschaftsinterventionismus auf das Wirtschaftswachstum*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1963.

<sup>35</sup> KÖRBER, Karl-Otto, *Ordnungspolitische Probleme der spanischen Wirtschaftspolitik. Vom Bürgerkrieg bis zum ersten Entwicklungsplan (1936-1964)*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1965.

económico, con carencia de un plan sistemático, tendiéndose a lo que se ha denominado "política económica de la irracionalidad". A partir de estos supuestos pretende mostrar, referido al caso español, la discrepancia entre los objetivos de política económica y las posibilidades de su realización. De especial interés es la cuestión de si España puede en lo absoluto realizar un orden económico que se pueda demostrar racional, pero al mismo tiempo adecuado tanto a las condiciones sociológicas del país, así como a las características de su economía.

4. En la literatura histórico-económica contemporánea, uno de los clásicos españoles es Perpiñá Crau. Su trabajo más citado, reeditado y usado como libro de texto en las universidades,<sup>36</sup> convirtió en su momento a su autor en uno de los precursores de los estudios económicos en el país. Es una reflexión sobre las causas de la ausencia de desarrollo, centrada en el concepto de *infraestructura económica*.

La recuperación de la posguerra es tratada también por él,<sup>37</sup> evaluando las diversas medidas de política económica en su justificación netamente técnica y coyuntural. Se plantea el problema de si la economía de un país puede ser entendida como una mutación o como una evolución de su estructura y composición, concentrándose en el caso español y su inserción europea. Vuelve a su antiguo concepto de *estructura económica* para darse respuestas.<sup>38</sup> Según él, las posibilidades de crecimiento de una economía dependen directamente de su infraestructura, si bien tal factor entra en juego con otros diversos, como son, *v.gr.*, los dependientes de las relaciones económicas internacionales. Una serie de trabajos sobre el periodo 1957-1970 publica Estapé<sup>39</sup> en un volumen, en el que se describen y valoran las medidas de política económica aplicadas en función del crecimiento. El balance de Estapé —considerado al igual que el anterior como uno de los maestros de la historia económica española— es positivo en general, atendiendo a los índices de crecimiento alcanzados. Se

<sup>36</sup> PERPIÑÁ CRAU, Román, *De economía hispana. Infraestructura. Historia*, Barcelona, 1972, 1a. ed., 1945.

<sup>37</sup> PERPIÑÁ CRAU, Román, *Entwicklungsprobleme einer Mehrtypenwirtschaft. Die Wirtschaftsaufbau Spanien 1935-1967*, Kiel, Universidad de Kiel (1968).

<sup>38</sup> Lo define como el resumen del total de los potenciales o efectivos recursos naturales en un determinado sector, espacio, cantidad y calidad, en su orden relativo y propio.

<sup>39</sup> ESTAPÉ, Fabián, *Ensayos sobre la economía española*, Barcelona, Ariel, 1972.

trata de un partidario de la planificación indicativa, tanto por razones económicas como político-administrativas.

Ros i Hombravella publica años más tarde<sup>40</sup> una serie de estudios y conferencias de los economistas e historiadores económicos más reputados en la España de la época, centrada sobre todo en la reorientación experimentada en la década de 1960. Tiene mérito por los análisis sectoriales, con evaluaciones técnicas de los planes aplicados en la reestructuración. Destacan los aportes de Ullastres<sup>41</sup> y Fuentes Quintana;<sup>42</sup> el primero con responsabilidades gubernativas directas en el cambio liberalizador de 1959. Más adelante volverá a ocuparse directamente de la política económica del periodo,<sup>43</sup> especialmente del desarrollo de la reforma económica 1959-1964, sin la cual —a su juicio— sería prácticamente imposible entender el argumento económico de la década de 1960. Evalúa la acción pública sobre la economía, desde la dimensión económica misma, buscando ofrecer una explicación del periodo. Se trata, sin embargo, de una visión general que no desciende a detalles fácticos muy profundos o sectoriales. Por ello mismo, busca llenar un vacío de tales tratamientos generales del periodo 1960-1973. Contiene una "crítica interna desde la perspectiva de un capitalismo dinámico al que el franquismo parecía abrirse paso en 1959".<sup>44</sup>

Una nueva ola de estudios, de carácter preferentemente empírico, se inaugura con el de Donges<sup>45</sup> publicado poco después de la muerte de Franco. Elaborado sobre las teorías tradicionales del crecimiento, del comercio internacional y del bienestar, se ocupa de la política de industrialización autárquica y de sus efectos sobre la economía globalmente considerada, intentando ofrecer además una visión prospectiva del desarrollo industrial del país a la luz de las diversas fases que ve en dicho proceso. Saca a relucir las causas que han actuado en la aplicación de una política de sustitución de importacio-

<sup>40</sup> ROS I HOMBRABELLA, Jacint, *Trece economistas españoles ante la economía española*, Barcelona, Oikos-Tau, 1975.

<sup>41</sup> "El Plan de Estabilización de la economía española".

<sup>42</sup> "Factores estratégicos del desarrollo económico español".

<sup>43</sup> ROS I HOMBRABELLA, *Política económica española (1959-1973)*, Barcelona, Blume, 1979.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>45</sup> DONGES, Jürgen B., *La industrialización de España. Políticas, logros, perspectivas*, Barcelona, Oikos-Tau, 1976.

nes, los estrangulamientos económicos a que puede conducir y la forma de cómo se puede salir de éstos.<sup>46</sup> Procura esclarecer cuáles han sido las fases de industrialización por las que ha pasado España; cómo han repercutido las distintas estrategias industrializantes sobre el crecimiento del sector manufacturero y la estructura del sistema productivo; y cómo ha servido el desarrollo industrial de base para una orientación del mismo hacia las exportaciones.

Un estudio tributario de las categorías desarrollistas y dependientes de la década de 1960 es el de Braña, Buesa y Molero.<sup>47</sup> Intentan una explicación propia —abandonando la de la teoría de la hacienda pública neoclásica— del cambio tecnológico en el proceso de desarrollo capitalista español, buscando esclarecer los mecanismos mediante los que la acumulación y reproducción de la economía española se integra en la división internacional del trabajo; y, por otra parte, qué papel juega el Estado en la configuración del proceso de especialización productiva adoptado.

Gunther<sup>48</sup> analiza desde una perspectiva politológica la gestación de la política económica durante el régimen franquista, atendiendo al modo como se produce el proceso de toma de decisiones dentro de él. Su tesis principal sostiene que el alto grado de concentración del poder decisorio aclara en buena medida por qué los criterios personales fueron tan importantes en la determinación de las prioridades de política económica del régimen. Destaca la importancia de los vínculos personales y de la reciprocidad en las relaciones sociales, en el manejo del poder y en la adopción de decisiones económicas.

Zelinsky<sup>49</sup> aborda el cambio de la política económica experimentado en 1959, desde la industrialización a la liberalización, exponiendo las condiciones en que se hallaba la economía al momento de decidirse dicho cambio, los elementos que determinaron la modificación del rumbo, y la arquitectura del mismo, con especial atención a los núcleos de donde provinieron los nuevos titulares de los cargos político-económicos y su gravitación en la orientación de las nuevas decisiones que se adoptaron. Especialmente se atiende al papel ju-

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>47</sup> BRAÑA, Javier; BUESA, Mikel; MOLERO, José, *El Estado y el cambio tecnológico en la industrialización tardía. Un análisis del caso español*, Madrid, FCE, 1984.

<sup>48</sup> GUNTHER, Richard, *op. cit.*, 1984.

<sup>49</sup> ZELINSKY, Ulrich, *op. cit.*

gado por las universidades, las revistas económicas y sus mecanismos de cooptación de nuevos líderes. Carreras<sup>50</sup> realiza un estudio comparativo, en el concierto europeo, de la industrialización. Ha sido uno de los primeros en sostener que la industrialización autárquica hispana no fue la única opción de política económica disponible durante la Segunda Guerra Mundial, en lo cual concordamos; si bien estimamos que quizás ésa parecía ser la única posible entonces, atendiendo las características de la sociedad española y de las élites gobernantes.

En una línea también crítica de la autarquía e industrialización se sitúan los trabajos ofrecidos en su volumen por García Delgado (*et al.*);<sup>51</sup> en especial son dignos de mención los de Carreras, Catalán y González Portilla. Tesis fundamental que se extrae de ellos es la de que “el franquismo intentó inicialmente implantar un modelo de industrialización autárquica sin que esa fuera la única opción de desarrollo industrial factible durante la Segunda Guerra Mundial”.<sup>52</sup>

Una aproximación cuantitativa a la industrialización ha realizado nuevamente Carreras,<sup>53</sup> mostrando cómo las estadísticas económicas habrían sido muy superiores en calidad de lo que hasta entonces se había dicho. Tal vez —dice— empeoraron sólo a fines del siglo XIX y durante la autarquía. Denuncia la carencia de estudios de esta naturaleza, respecto de la primera parte del siglo XX, hasta 1958.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> CARRERAS, Albert, “Depresión económica y cambio estructural durante el decenio bélico (1936-1945)”, en GARCÍA DELGADO, José Luis (ed.), *El primer franquismo. España durante la segunda guerra mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1989, pp. 3-34.

<sup>51</sup> GARCÍA DELGADO, José Luis, *op. cit.*

<sup>52</sup> CATALÁN, Jordi, “Autarquía y desarrollo de la industria de fábrica durante la segunda guerra mundial. Un enfoque comparativo”, en GARCÍA DELGADO, José Luis, *op. cit.*

<sup>53</sup> CARRERAS, Albert, *Industrialización española: estudios de historia cuantitativa*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990.

<sup>54</sup> Ofrece una interpretación alternativa del desarrollo económico español: “la España liberal, es decir, la formada durante los años de la Primera Guerra Carlista, y que duró con sus más y sus menos hasta la Guerra Civil, proporcionó una creciente prosperidad a los ciudadanos españoles. Hemos tendido a subestimar sus realizaciones y sus hombres... Pese a toda la inestabilidad política, los asuntos materiales tendieron a progresar con regularidad, y la Europa avanzada, aunque a menudo corriera más de prisa, nunca pareció inalcanzable. La Guerra Civil arrancó de cuajo todas las raíces del desarrollo español... La industrialización y el crecimiento económico de la España contemporánea no hundieron sus raíces en los despachos del INI y en los sueños de autarquía de algunos, sino en los burgueses decimonónicos ansiosos de enriquecerse, en los políticos y funcionarios liberales que querían modernizar (‘europeizar’) el país, en los proletarios que pugnaban por mejorar su nivel de vida, en los profesionales que soñaban con formarse en el extranjero...”

La más completa historia del *Instituto Nacional de Industria* hasta la fecha es la de Comín y Aceña.<sup>55</sup> Para ellos, la empresa pública española no es una excepción en Europa y así debe ser considerada. Sin embargo, la gran diferencia de la industrialización española en relación con las de otros países europeos estuvo representada por su dilatada duración, hasta la década de 1960, y por el hecho de que se fomentó la creación de industrias excluyéndolas de la competencia exterior. Muestra los efectos de la política de autarquía aun en nuestros días. También busca probar que el INI no fue imprescindible para alcanzar la industrialización, que se habría logrado igualmente de otras maneras:

El INI es hijo de un proyecto político autárquico adoptado al final de la guerra civil para impulsar la reconstrucción y la industrialización del país. Lo que llevó al Estado a convertirse en un gran empresario público fue el convencimiento de la insuficiencia de la iniciativa privada y del mercado para promover una rápida industrialización. A la creación del INI contribuyó poderosamente la idea de que era necesario asignar al Estado un significativo protagonismo económico.<sup>56</sup>

Por su parte, Martínez Mesa<sup>57</sup> se refiere al *Consejo de Economía Nacional* (CEN) y su actuación en los años que van de 1940 a 1945, sus recomendaciones al gobierno. Ha quedado este organismo un poco fuera de nuestra atención debido a su escasa influencia en la producción de normas jurídico-económicas. Actuó en verdad como una caja de resonancia de las ideas propagadas desde el poder. Con un enfoque netamente histórico, tras una aproximación inicial a las primeras formulaciones corporativistas desarrolladas con más o menos éxito entre 1924 y 1939, todas ellas con el común objetivo de auspiciar un clima propicio entre los diferentes agentes económicos sobre la base del desarrollo integral del país, el estudio se centra en

Todos ellos, estigmatizados por la visión autárquica y antiliberal, fueron los verdaderos responsables del progreso económico de España, lo han vuelto a ser en tiempos recientes y lo vuelven a ser ahora". CARRERAS, Albert, *Industrialización española: estudios de historia cuantitativa*, op. cit., pp. 18-19.

<sup>55</sup> MARTÍN ACEÑA, Pablo, y COMÍN, Francisco, op. cit.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>57</sup> MARTÍNEZ MESA, Francisco José, *Control económico y Estado franquista: el Consejo de Economía Nacional (1940-1945)*, Madrid, Universidad Nacional, 1996.

su formalización institucional más acabada y duradera, el CEN, claramente inspirado —según el autor— en los planteamientos de los países del Eje. Concluye que fueron las proclamas “productivistas” y autárquicas derivadas de un demagógico y rancio nacionalismo económico y los no tan publicitados postulados de racionalización, las que primaron en el discurso de los consejeros durante el lapso estudiado. En Fuentes Quintana (*et al.*)<sup>58</sup> se halla un conjunto de estudios sobre la hacienda española desde el fin de la Guerra Civil y hasta nuestros días, desde una perspectiva prosopográfica. Se examina la gestión de los ministros de Hacienda durante el periodo, estableciéndose vinculaciones entre sus personalidades, ideas económicas y resultados de gestión. Se sitúa en una línea cercana a lo que proponemos como enfoque para analizar el manejo de la economía durante el franquismo, pues pone de relieve la influencia de las personas por sobre consideraciones ideológicas o sociológicas en la determinación del rumbo de la política económica.

5. Sobre la burocracia bajo el franquismo, en especial sobre el proceso de “burocratización” de España en la época, destaca el trabajo de Moya,<sup>59</sup> tributario de la sociología de la burocracia de Max Weber. Para el autor, en “el proceso de racionalización burocrática en España”, el personalismo de la burocracia influiría en sus formas de actuación. Se reproduce “el contexto social familiar con su específico particularismo en el marco de la propia burocracia pública”.<sup>60</sup>

Alba<sup>61</sup> estudia la estructura del aparato estatal franquista —origen de la burocracia española actual— partiendo del análisis de la burocracia en su origen, volumen y sus relaciones con la política. Sobre los mecanismos de cooptación y funcionamiento de la burocracia española, destaca los elementos de superposición de cargos y de establecimiento de una red entre políticos, burócratas y empresarios, como nota característica durante el periodo 1939-1975.

6. En lo referente al papel de los grupos de interés, Tamames pretende mostrar la realidad de la concentración del poder económico y de las influencias políticas en España. A ello dedica tres de sus tra-

<sup>58</sup> FUENTES QUINTANA, Enrique (*et al.*), op. cit.

<sup>59</sup> MOYA, Carlos, *Burocracia y sociedad industrial*, Madrid, Edicusa, 1972.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>61</sup> ALBA, Carlos R., op. cit.

bajos más importantes desde la década de 1960,<sup>62</sup> referidos a los monopolios y grupos de interés económicos. Acredita la acumulación de cargos y la interrelación entre grupos políticos y económicos bajo el franquismo. Para él, “el estudio de la oligarquía financiera en España no tiene más sentido que en el marco del sistema de capitalismo monopolista de Estado en que se halla inserta, y en la consideración de su permanente propósito de frenar el desarrollo de la democracia, con el fin bien claro de mantener sus instrumentos de dominación al máximo de rendimiento posible”.<sup>63</sup>

Un clásico del estudio de los grupos de interés en el Estado franquista constituye el trabajo de De Miguel.<sup>64</sup> Publicado en una etapa muy próxima al fin del régimen, encubre en un lenguaje moderado una profunda crítica a las estructuras de poder y relaciones entre grupos de interés en España, si bien no tan radical como la de Tamames. Dado lo completo de la exposición, resulta referencia obligada para comprender la arquitectura del poder en España hasta la década de 1960. Por su parte, y referido a una etapa anterior, Cabrera<sup>65</sup> muestra la organización y actividad de las fuerzas económicas, de la burguesía industrial, comercial y agrícola, institucionalizada en grupos de presión y asociaciones patronales durante dicha época. Su trabajo reviste interés pues de esta etapa emergen los antecedentes de la política “industrializadora” del *nuevo Estado*. Es uno de los pocos que se concentra en este sector de la sociedad. Para la autora:

“la consolidación del sindicalismo obrero, los primeros conflictos laborales y la presencia de la cuestión social en la vida política, presionando al Estado para que abandonara su neutralidad y legislara en favor de las clases desposeídas, hicieron necesaria la formación de asociaciones burguesas cuya finalidad era terciar en asuntos de orden sociolaboral. Comenzaron a aparecer así, en los núcleos urbanos más conflictivos, las asociaciones patronales, creadas muchas de ellas por los mismos grupos de presión ya existentes”... “Así pues, en abril de 1931 [inicio de la Segunda República]

<sup>62</sup> TAMAMES, Ramón, *La lucha contra los monopolios*, Madrid, 1961; *Los monopolios en España*, Madrid, Tecnos, 1970; *La oligarquía financiera en España*, Barcelona, Planeta, 1977.

<sup>63</sup> TAMAMES, Ramón, *La oligarquía financiera en España*, op. cit., p. 28.

<sup>64</sup> DE MIGUEL, Armando, op. cit.

<sup>65</sup> CABRERA, Mercedes, *La patronal ante la Segunda República. Organizaciones y estrategia (1931-1936)*, Madrid, Siglo XXI, 1983.

prácticamente la totalidad de los sectores de la economía española contaban con entidades encargadas de defender sus intereses frente a la política económica, y de salvaguardarlos ante la clase obrera”.<sup>66</sup>

Una exposición —centrada en los textos jurídicos— de lo que fue el movimiento sindical en el Estado franquista, con especial atención a la normativa reguladora de los sindicatos y de las relaciones laborales, realiza Bernecker.<sup>67</sup> Constata que los intentos desde el poder de configurar un movimiento sindical único no fructificaron y que, más aún, en aquellos sectores en los cuales el dominio del Estado no pudo hacerse o mantenerse omnipresente, el pluralismo afloró o se acentuó, de lo cual el movimiento sindical representa una clara manifestación. Su trabajo es una historia jurídica del movimiento sindical desde el fin de la Guerra Civil y hasta nuestros días.

Por último, una de las más recientes contribuciones sobre el papel de los grupos de presión durante el Estado franquista es la de Fraile.<sup>68</sup> Según él, la industrialización en España estuvo al servicio de la protección de ciertos grupos de presión. Plantea hipótesis complementarias para explicar las causas del retraso de la industrialización española.<sup>69</sup> Defiende el que “una buscada limitación de la oferta por parte de los empresarios... redujo el ámbito de actuación y frenó la capacidad de crecimiento de la industria”... Tal reducción “fue procurada mediante la restricción de la competencia por vía de la protección”.<sup>70</sup> Expone la relación que en este contexto se dio entre empresarios y Estado.

7. Una rama de la historia que ha experimentado notables avances en España en las últimas décadas y que ofrece una útil ayuda a quien estudia aspectos económicos de la historia es la *cliometría* o *Nueva Historia Económica* (NHE). Con origen norteamericano en la primera mitad del siglo XX, el espaldarazo definitivo de la NHE en

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.

<sup>67</sup> BERNECKER, Walter L., *Gewerkschaftsbewegung und Staatsyndikalismus in Spanien*, Frankfurt am Main, Campus, 1985.

<sup>68</sup> FRAILE BALBÍN, Pedro, *Industrialización y grupos de presión. La economía política de la protección en España (1900-1950)*, Madrid, Alianza, 1991.

<sup>69</sup> La típica explicación sería que el pobre rendimiento del sector agrícola, predominante en la primera mitad del siglo XX, habría afectado el “promedio” del total; lo cual el autor busca aclarar.

<sup>70</sup> FRAILE BALBÍN, Pedro, op. cit., p. 20.

España tuvo lugar en 1983, con el *Primer Seminario de Historia Cuantitativa*.<sup>71</sup> Los estudios de NHE más cercanos a nuestras preocupaciones son los de González,<sup>72</sup> si bien el primero a que nos referimos tiene ya más de veinte años de antigüedad. Se trata de una historia económica del periodo 1939-1959, valiosa por su contribución a la reconstrucción de una época respecto de la cual no siempre se han hallado informaciones ajustadas a la realidad. El segundo de ellos<sup>73</sup> busca estudiar la lógica económica de los cambios experimentados por la política económica franquista en el lapso señalado y su relación con las distintas formas de organizar la economía adoptadas por él. Ofrece un panorama completo del periodo 1940-1970, pero se concentra especialmente en el que va desde 1959 en adelante. Sus preguntas iniciales fueron el averiguar cómo se habían producido las decisiones y los cambios económicos durante el franquismo y qué influencia habían tenido en ellos las ideas de los economistas. En ese sentido apunta un poco en nuestra dirección, pero siempre dentro de un marco económico; pone acento en el proceso de decisiones políticas, atendiendo a dos tipos de factores, los internos y los de política internacional.

#### IV. DERECHO, ECONOMÍA Y POLIBUROCRACIA

El manejo de la economía realizado en la fase de industrialización autárquica ofrece dos aspectos dignos de observación: por una parte, una coherencia más o menos estrecha entre las ideas políticas, jurídicas y económicas que se imponen al final de la Guerra Civil; y, por la otra, una puesta en práctica de tales ideas, cuya efectividad depende —más de que de estructuras e instituciones— de personas que, individualmente consideradas, ejercen una influencia decisiva en sus áreas de acción. El quiebre entre ideología y realidad está representado por el hecho de que, estando llamados —por la primera— el *Sindicato Nacional* y las *Confederaciones Nacionalesindicalistas*, a determinar los rumbos de la economía, ello quedó finalmente entregado a entes

<sup>71</sup> Patrocinado por el Centro Ortega y Gasset y el Instituto de Economía de Mercado.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel Jesús, "La historia económica de España en el periodo 1939-1959. Una interpretación", en *Moneda y Crédito*, 143, diciembre 1977, pp. 3-106.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel Jesús, *La economía política del franquismo (1940-1970): dirigismo, mercado y planificación*, op. cit.

burocráticos creados expresamente al efecto, dependientes incluso exclusivamente del Jefe del Estado. Y, dentro de éstos, a sus titulares, cuya identidad y gravitación personal resultó —como veremos— determinante en la elaboración de las normas jurídicas.

#### V. IDEAS JURÍDICO-POLÍTICAS EN EL NUEVO ESTADO

Al comienzo de nuestras lecturas nos hacíamos una pregunta previa a la entrada al tema que nos ocupa. Ella era sobre la naturaleza *totalitaria* del Estado franquista. El análisis de las fuentes ideológicas de la época nos ha hecho llegar a una posición hermenéutica que consideramos es la más apropiada para comprender su naturaleza e importancia. Sin embargo, antes de continuar, se hace necesario hacer la salvedad de que, en este punto, no nos encontramos frente a un conjunto monolítico de ideas, proveniente de una fuente indiscutida y de contornos precisos, el cual se halla en poder de una organización partidista, llamada a administrarlo.

El *Movimiento Nacional* que combatió a la *República*, como se sabe, estuvo integrado por diversos grupos: la *Falange Española*, el *Tradicionalismo*, los *Monárquicos de Renovación Española* y la *Asociación Nacional de Propagandistas*; todos los cuales se reunieron en torno a un conglomerado unitario, la FET-JONS en 1937. Factores aglutinantes de este heterogéneo sector fueron las fuerzas armadas y el propio *Caudillo* Franco.<sup>74</sup> La *Falange Española*, por sí misma y antes de tal fecha, no había tenido mayor relevancia en la política del país; ganó en importancia debido al apoyo que recibió durante la Guerra Civil de parte de Alemania y de Italia. Es precisamente la circunstancia de este soporte exterior lo que la hizo relevante,<sup>75</sup> al punto de terminar por darle su sello ideológico al *nuevo Estado* surgido del conflicto bélico interno.

El *Estado totalitario* en el pensamiento de los teóricos falangistas de fines de la década de 1930 es, en una dimensión netamente económica, un Estado "superador" de la tensión que se ve entonces entre el *Estado liberal* —que tuvo auge tras la Revolución Francesa— y el *Estado comunista*, que también busca abolir las diferencias que

<sup>74</sup> DÍAZ, Elías, *Intellektuelle unter Franco...* op. cit., p. 38.

<sup>75</sup> BRENAN, Gerald, *El laberinto español*, Madrid, Globus, 1984, p. 20.

produce el capitalismo liberal, pero suprimiendo a este mismo y absorbiendo toda manifestación de la sociedad en el Estado. Por tanto, ahogando la libertad del hombre. En lo que al *Estado liberal* se refiere, le achacan una falta de "tensión espiritual", lo que le habría llevado a una despreocupación por los problemas económicos y sociales. Expresión jurídica de ello sería la regulación de éstos a través sólo del Código Penal y del Código de Comercio, permaneciendo indiferente a los resultados que tales regulaciones arrojan. En una crítica al sindicalismo comunista, objetan la organización de las personas en entes "supraestatales" para defender sus intereses; lo que devela las tendencias nacionalistas de la *Falange*.

El capitalismo habría pasado, en consecuencia, de ser un hecho económico a ser un hecho social, por lo que se justificaba a su respecto la intervención del Estado, para ir en beneficio directo de la nación, unidad colectiva que no es la simple suma de individuos, sino una comunidad con un destino superior, único y válido para todos los integrantes de la misma. Esta sería la "tensión ideal" que se buscaba, en la cual sólo la concertación de voluntades en el trabajo y la producción eran las llamadas a conseguir derribar el *Estado liberal*, la injusticia y las desigualdades.<sup>76</sup> Es, por tanto, aquella convicción del fracaso del liberalismo económico y la fase dinámica del capitalismo la que les hace sostener que ahora serán los intereses individuales los que deberán someterse a los públicos, para alcanzar la justicia.<sup>77</sup> En definitiva, una economía subordinada a la política. El Estado que proponen a cambio es uno que denominan *sindical* o *nacionalsindicalista*, pues el sindicato sería para ellos la forma de representación que más se acercaría a un ideal de identificación popular y de justicia social. En el caso del sindicato, se trata de un órgano de representación de intereses de la mayoría, es decir, de los trabajadores. Un componente fundamental de la ideología falangista es su carácter nacionalista, que se plantea en forma alternativa a la existencia de una sociedad plural de clases, en cuanto la nación aglutina en un ideal común a los que, por diversos motivos, podrían ser distintos. Y, por cierto, se opone al internacionalismo proletario. "España tiene un modo natural de democracia —se dice— suscepi-

<sup>76</sup> GAY DE MONTELLA, R., *El fuero del trabajo y el sistema del Estado sindical-corporativo*, Valladolid, Santaren, 1939, pp. 9-80.

ble de desenvolvimientos más amplios, sin desnaturalizarse. Un modo original. Uno más entre la veintena de tipos de democracia que ha registrado la historia y han elucubrado los proyectistas políticos hasta nuestros azarosos días".<sup>78</sup> El Estado es *totalitario* en esta época, precisamente en cuanto no permanece impasible ante las injusticias que produce el imperio sin contrapeso del capitalismo, como hace el *Estado liberal*; sino que busca intervenir en todos aquellos ámbitos de la actividad económica en los que se requiera restablecer la justicia social, pero sólo en aquellos. Y siempre partiendo del respeto absoluto a la propiedad e iniciativa particulares. Este planteamiento se parece mucho al concepto que hoy se maneja de *rol subsidiario del Estado*; tal vez sólo más acentuado, en cuanto se manifiesta en un marco de intervención y no en uno de mercado, como en la actualidad, pero de un tono muy parecido a éste. El totalitarismo falangista tiene un sello paternalista, justiciero y misional, en muy buena parte reivindicativo de lo que fue el ideal de Estado y de gobierno de la monarquía absoluta durante la época de los *Austrias*. Se pretende rescatar para el Estado —como si se quisiera "resucitar" a la institución monárquica—, el imperativo de impartir justicia, de dar a cada uno lo que le corresponde, como misión primordial, pues las fuerzas libres del mercado en el capitalismo liberal y la representación política surgida de la *voluntad general*, con su automatismo la primera y su falta de eficacia la segunda, no han sido capaces de terminar con las desigualdades reales que ha traído la igualdad teórica de los hombres.<sup>79</sup>

Lo que hoy se conoce y define como un Estado "interventor" o "intervencionista", era entonces —antes de la Segunda Guerra Mundial y aun antes del fin de la Guerra Civil española—, un Estado *totalitario*. Ahora bien, el Estado era —además— un Estado *corporativo*. Se definió como tal en cuanto su carácter *nacionalsindicalista*. Para los teóricos de la Falange la forma corporativa por antonoma-

<sup>77</sup> Ella se expresa en la seguridad en el trabajo; equidad en el salario; tenencia de vivienda decorosa; posibilidad de desenvolvimiento. GAY DE MONTELLA, R., *op. cit.*, p. 78.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ OLIVEROS, W., *España, el pueblo más antiabsolutista del mundo*, Arriba, 1945, cit. CHUECA, Ricardo, *op. cit.*, p. 13.

<sup>79</sup> En el capitalismo todos los factores de la producción —capital, trabajo y materias primas— se sitúan en un plano de igualdad teórica sin considerar que por lo general el factor "trabajo" es más débil que el factor "capital". En la democracia representativa hay una sociedad de individuos que en virtud de un pacto social enajena su soberanía y designa a sus legítimos y únicos representantes, quienes son los que gobiernan.

sia, capaz de realizar aquella concertación social de intereses necesaria para alcanzar la justicia y el bien común general, era el *Sindicato Vertical*: un conjunto de agrupaciones intermedias, ordenadas según ramas o áreas de la producción, e integradas por “representantes”, definidos globalmente como “productores”,<sup>80</sup> todos los cuales quedaban sujetos a una coordinación del Estado, al cual convergían. Pero a diferencia del corporativismo fascista de Italia, el sindicato vertical no debería ser absorbido por el Estado, pasando a formar parte de éste, ni ser una organización de clase, sino que la instancia estatal habría de situarse sólo en la cúspide de una *pirámide de la representación*, para hacer cumplir lo acordado en la instancia de concertación sindical.

Corporación del Estado encargada de hacer realidad la concertación y la justicia en las relaciones sociales, estaba llamada a ser la *Magistratura del Trabajo*. El sindicalismo nacional español que plantean los teóricos falangistas, es uno que denominan “solidario y emprendedor”. Lo primero en cuanto pretende funcionar sobre la idea de una coordinación y armonía entre los factores humanos de la producción (capital y trabajo); lo segundo en cuanto a él pertenecen actores diversos, agrupados por área de producción, y a los que se suma el Estado, como receptor de los acuerdos logrados y ejecutor de los mismos en función de los fines que éste se ha dado para sí, en este caso la justicia social.<sup>81</sup>

En la década de 1940 se ofrecían tres alternativas políticas en Europa: la *democracia liberal*; el *comunismo soviético* y el *Estado corporativo totalitario*. El conflicto entre ellos se había producido, de hecho, durante la República y la Guerra Civil. Luego, al triunfar el bando *Nacional* en la contienda armada, la crítica se concentrará en el comunismo y en la democracia liberal. Algunos representantes de esta línea doctrinaria son Juan Beneyto y su *El nuevo Estado español*; Francisco Javier Conde y su *Introducción al derecho político actual*, así como su *Teoría y sistema de las formas políticas*; Manuel

<sup>80</sup> En la doctrina nacionalsindicalista se denominan así los integrantes del sindicato, en cuanto participan en el proceso económico de la producción. De esta manera, se busca abolir la lucha de clases que surge en ese ámbito entre trabajadores y empresarios, diferenciados entre sí en atención a las funciones e intereses que representan dentro de la empresa.

<sup>81</sup> Queda abierto, por cierto, el establecer qué se entiende por tal justicia social y quién está facultado para definirla.

Fraga Iribarne y *La crisis del Estado*; Carlos Ruiz del Castillo y *Lo vivo y lo muerto en la idea liberal*; Luis Sánchez Agesta y su *Cara y cruz del liberalismo*. Pero no sólo éstos son dignos de mención. Una pléyade de publicistas y autores jurídicos de la época contribuyeron a profundizar y a difundir este núcleo de ideas que se sitúa como marco legitimador de las actuaciones del régimen que se impondrá tras la Guerra Civil. Sin pretender agotar la nómina, pero sí puntualizando que cada uno de ellos justifica un análisis en detalle, de su persona, trayectoria, y de sus obras, destacan —además de los ya citados— entre los principales de las décadas de 1940 y 1950 José Castán Tobeñas; Federico Castejón; José Corts Grau; Venancio Diego Carro; Francisco Elías de Tejada; Antonio Fernández Galiano; Alfonso García Valdecasas; Luis Legaz Lacambra; Antonio Luna; Eloy Montero; José Pemartín; Joaquín Ruiz-Giménez; Luis del Valle Pascual.

Algunos<sup>82</sup> aprecian una morigeración de las críticas al liberalismo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial; una transformación de la definición del régimen político como una *democracia orgánica*; y el abandono de la nomenclatura precedente del totalitarismo, que efectivamente desaparece del lenguaje oficial, así como una acentuación de los fundamentos católicos del régimen. Punto de inflexión jurídico en este sentido es la promulgación de un catálogo de derechos humanos nacional, denominado *Fuero de los españoles*.<sup>83</sup>

Tanto la filosofía política como la filosofía jurídica, producida bajo el *nuevo Estado*, se da en un contexto de pensamiento católico, lo que —entre otras cosas—, permite distinguirla del pensamiento político y jurídico del fascismo italiano. En el planteamiento de los teóricos del franquismo está —en aquellos que no son sin más nacionalsindicalistas, y que son mayoría— el trasfondo católico de valores, que les hace remitirse a ciertos principios éticos que se sitúan por encima del Estado y que impiden, en su concepto, que una sobrevaloración de la entidad y roles de éste terminen por absorber a la persona, a la que debe servir. No siempre se encuentra presente esta consideración en los autores que analizan los conceptos del *nuevo Estado*.

<sup>82</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *op. cit.*, p. 46. En un sentido análogo se pronuncia TUÑÓN DE LARA, Manuel; BIESCAS, José Antonio, *España bajo la dictadura franquista (1939-1975)*, 1977, p. 467.

<sup>83</sup> En el mes de julio de 1945.

## VI. IDEAS ECONÓMICAS EN EL NUEVO ESTADO

La base del pensamiento económico que se impone al finalizar la Guerra Civil se inscribe en la concepción corporativista, que se quiere adaptar a la realidad del propio país.

En el artículo 10. de los Estatutos de FET-JONS se propugna “establecer un régimen de economía superadora de los intereses del individuo, de grupo y de clase”, adelantándose que la *Falange* “creará y mantendrá las organizaciones sindicales aptas para encuadrar el trabajo y la producción y reparto de bienes”.

En el Capítulo XIII del *Fuero del Trabajo* se desarrollan estas bases fundamentales, declarándose que “todos los factores de la economía serán encuadrados por ramas de la producción o servicios, en sindicatos verticales”, definiendo a éstos como una “corporación de derecho público que se constituye por la integración, en un organismo unitario, de todos los elementos que consagran sus actividades al cumplimiento del proceso económico, dentro de un determinado servicio o rama de la producción, ordenado jerárquicamente bajo la dirección del Estado”. En su carácter de instrumento estatal, se les faculta para “intervenir por intermedio en la reglamentación, vigilancia y cumplimiento de las condiciones de trabajo”.

Luego, en el preámbulo de la ley de 3 de mayo de 1940 que establece las Comisiones Reguladoras de la Producción, y que fueron suprimidas al constituirse cada sindicato nacional, se prescribió:

El propósito del Estado no es perseverar en una política de injerencia puramente administrativa, sino que, por el contrario, es aspiración que habrá de lograr realización tan pronto como sea posible, la organización sindical de los productores, para que a ellos y no a organismos burocráticos de creación artificial, correspondan las funciones representativas de información y de colaboración con el Estado en orden al conocimiento y decisión de los problemas que afectan a la economía nacional.

Aquí es donde se produce la separación entre las disposiciones programáticas y el manejo *de facto* de la economía, que se aprecia con carácter “monocrático” —sujeto únicamente a la voluntad del Jefe del Estado y sus agentes directos— y dependiente, precisamente, de organismos burocráticos creados para tales fines.

Finalmente, la *Ley de Bases de la Organización Sindical*, de 6 de diciembre de 1940 establece un sistema que se articula en las *Centrales Nacionalsindicalistas* y los *Sindicatos Nacionales*, nuevamente bajo la suprema dirección del Estado. De acuerdo con el artículo 16 de la ley, corresponde a las *Centrales* establecer la disciplina social de los productores, dictando para tal efecto las correspondientes normas; asimismo asumir la representación de sus afiliados, buscar la conciliación en los conflictos laborales individuales; una adecuada distribución de la mano de obra y colaborar en el buen funcionamiento de las instituciones de colocación, previsión, crédito y análogas, entre otras.

En virtud del artículo 18, es tarea del *Sindicato Nacional* proponer al gobierno las normas que tiendan al fomento de la producción y a mantener la disciplina en la misma; así como las destinadas a conservación y distribución de los productos, regulación de los precios, dictado de reglamentos, el mejoramiento de la organización de la producción y demás.

La diferencia mayor con el sistema corporativo italiano, con el cual presenta el español las mayores semejanzas, es —como se ha dicho— la de no entender a los sindicatos como organizaciones de clase, ya que se trata en el caso del *sindicalismo nacional* de instrumentos de “colaboración” y no de lucha o enfrentamiento.

El derecho corporativo destinado a desarrollarse a partir de estas ideas no pretendía una suplantación del derecho mercantil sino el desarrollo de nuevas ramas del derecho público, como fueron el derecho administrativo-económico y el derecho social. Diversas declaraciones programáticas del *Fuero del Trabajo* permiten llegar a tal conclusión.<sup>84</sup>

Se establece, en consecuencia, una cierta autonomía de lo privado respecto de lo público o social, si bien la fijación de la línea divisoria entre ambos terrenos quedará siempre entregada a la voluntad omnímoda del Estado, el cual se define como *garante* del interés social. Como ha sido señalado, “las relaciones privadas que el comercio

<sup>84</sup> Vgr., dos de ellas: “Cap. XI, 6o. El Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la nación”. ... “Cap. XII, 1o. El Estado reconocerá la propiedad privada como medio lícito para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales”.

engendra pueden desenvolverse normalmente, dentro de los límites de justicia social e interés nacional que fija el Estado. Y también el derecho que regula estas relaciones conservará su imperio".<sup>85</sup>

No se creyó nunca en una *socialización* del derecho, pues siempre se consideró la necesidad de conservar ajeno a regulaciones estatales los aspectos de la actividad que afectaban aquellas facultades personalísimas. Pero estas ideas no son nuevas. Es más, su origen y trayectoria ha sido pesquisado incluso con precisión. Se sitúa aquél en una ideología de carácter historicista como es el *Nacionalismo*, a la que se recurrió para superar la crisis política y económica de fines del siglo XIX. Uno de los efectos que ella produjo sobre la economía fue un proteccionismo integral, que desembocó en el siglo XX en la política económica de la Dictadura de Primo de Rivera y, finalmente, a partir de la Guerra Civil y hasta 1959, en un modelo de desarrollo autárquico.

Otro de los efectos de tal ideología fue el abandono, ya en las postrimerías del siglo XIX, de la vigencia del mercado libre al interior del país. Así lo apunta Velarde Fuertes, cuando expone:

Los conservadores y los militares; los movimientos de las clases medias, que, con el antecedente de las presiones de las Cámaras de Comercio a partir de 1898, desde Maura, a través de Primo de Rivera y de Gil Robles llegan a Franco; los altos financieros y dirigentes de las grandes empresas; los dueños de empresas pequeñas y medias; los populismos que nacen a partir del regeneracionismo y que afloran tanto en organizaciones republicanas y socialistas como en movimientos y partidos autoritarios y nacionalistas —Renovación Española, JONS, Falange Española, Partido Nacionalista Español, Comunión Tradicionalista, las gentes de la revista *Acción Española*— y, por supuesto, que enlazan con la doctrina social de la Iglesia... justificaban doctrinalmente esa huida del mercado.<sup>86</sup>

La Gran Depresión, unida a la difusión de doctrinas políticas de corte nacionalista y autoritario, llevó a aceptar como solución válida para la época el proteccionismo industrializante organizado dentro de un esquema corporativo.

<sup>85</sup> LANGLE RUBIO, Emilio, "La autonomía del derecho mercantil", en *RGLJ*, núm. 171, 1942, Madrid, p. 615.

<sup>86</sup> VELARDE FUERTES (1998:16-17), en FRAILE BALBÍN, Pedro, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, op. cit.

## 1. Nuevo Estado, intervencionismo y derecho privado

La intervención del Estado en la economía estuvo siempre considerada con dos modalidades: su transitoriedad y su carácter excepcional; las que tuvieron un efecto directo sobre el desenvolvimiento del derecho privado.

Ambas modalidades de la intervención pueden reconducirse a la ideología económica expuesta y explicarse en el carácter "cualitativo" del Estado totalitario español,<sup>87</sup> el cual se puso como límites materiales de su acción aquellos principios del derecho natural expresados en la filosofía del derecho que durante el franquismo dominó.<sup>88</sup> Ellos le impidieron inmiscuirse de tal modo que pudiera terminar liquidando el derecho privado y absorbiendo en sí mismo a la persona, entendida ésta con los atributos cristianos de la personalidad; con libertad —que le dota de iniciativa individual en materia económica— y propiedad —que no puede ser completamente abrogada por el Estado en sus afanes económicos—.

De este modo se aprecia cómo en medio de una florida legislación administrativo-económica, que se extiende a las más diversas actividades, se mantiene invariable en sus aspectos esenciales y más clásicos el derecho privado, en concreto el derecho civil, el cual no resulta reformado a pesar de los intentos, *v.gr.*, de llevarlo hacia una formulación *nacionalsindicalista*.<sup>89</sup>

La solidez de las instituciones jurídico-privadas se ve reforzada en el caso español si se tiene presente que en virtud de concordatos con la *Santa Sede*, el Estado reguló una serie de instituciones, como las relativas a la familia y a los derechos de la personalidad, según las correspondientes normas del derecho canónico, con lo que la posibi-

<sup>87</sup> En terminología de C. SCHMITT.

<sup>88</sup> Piénsese que ello no ocurre, *v.gr.*, en el Estado *nacionalsocialista* alemán, donde incluso en virtud de tal falta de límites el régimen simplemente arrasó con las instituciones y normas que se opusieron a sus planes y, en donde no pudo terminar con ellas, creó una institución o regulación paralela, el *Estado doble* (Doppelstaat) a que se ha referido FRAENKL.

<sup>89</sup> *V.gr.*, el *Código Civil de Franco*, que postula todavía a mediados de la década de 1960 MARÍN PÉREZ, con el fin de "superar" la "concepción capitalista" del aún subsistente. MARÍN PÉREZ, Pascual, "El derecho privado del porvenir", en *Sindicalismo y derecho*, Madrid, Organización Sindical Española, 1965, pp. 9-37.

lidad de una intromisión del Estado en sensibles aspectos de la vida privada quedó prácticamente excluida.

Incluso más, fundados en el mismo trasfondo católico de valores, es que se desarrollan en España una serie de ramas del derecho social, como son el derecho de la seguridad social y el derecho del trabajo, en los cuales el Estado pone ciertas condiciones mínimas, tendientes a garantizar la dignidad de la actividad laboral y de las prestaciones asistenciales.<sup>90</sup> No está, claro, detrás de estas iniciativas la concepción de los derechos humanos proveniente de la Revolución francesa, sino la *iusnaturalista neoescolástica*, cuya tradición busca ser renovada en esta época.

La doctrina *nacionalsindicalista* recibió, no sólo la influencia del *fascismo* italiano, que es evidente, sino —algo más importante aún— la del *corporativismo* católico, que tuvo mayor receptividad todavía en los círculos hispanos que el primero. Por eso es que no puede hablarse, sin más, respecto del *nuevo Estado*, de un *Estado fascista*. Los propios Manuel Azaña y Luis Araquistáin, representantes de la república y del pensamiento socialista, concordaron al decir que España no podría tener jamás —precisamente por su identidad católica— un *Estado fascista*. Al respecto, e inequívocamente, las palabras del primero:

“Hay o puede haber en España todos los fascistas que se quiera. Pero un régimen fascista no lo habrá. Si triunfara un movimiento de fuerza contra la República, recaeríamos en una dictadura militar y eclesiástica de tipo español tradicional. Por muchas consignas que traduzcan y muchos motes que se pongan. Sables, casullas, desfiles militares y homenajes a la Virgen del Pilar. Por ese lado, el país no da otra cosa”. Azaña, Manuel, *Obras completas*, t. IV, p. 813, 6 octubre 1933.<sup>91</sup>

Tampoco la intervención estatal usó sólo de la actividad monopolística o de las empresas exclusivamente suyas, sino que estableció modalidades de empresas mixtas, en las cuales se hace realidad esta esfera que permanece intocada en favor de los particulares.

<sup>90</sup> Vgr., la Ley de Pensiones Fijas, de 1 de septiembre de 1939, y en el nuevo Código del Trabajo.

<sup>91</sup> Cit. DE MIGUEL, Armando, *op. cit.*, p. 21.

En este contexto se entiende también la identidad de este Estado interventor con la tradición española, su correspondencia y armonía con las ideas políticas y jurídicas representativas de dicha tradición. La respuesta busca ser una cristiana, tradicional, pero también con algún sello “moderno”, aunque en el ámbito económico no sea más que un detalle semántico, un envoltorio nuevo para ideas antiguas.

La supeditación del derecho por la política estuvo limitada por las doctrinas *ius* filosóficas que tan fuerte arraigo tenían en un sector dominante del país y el cual mantuvieron.

## 2. *Nuevo Estado*, intervencionismo y derecho público

La respuesta totalitaria a la previa neutralidad del Estado en materias económicas y sociales da lugar a un florecimiento legislativo abundante de normas, a la vez que —en virtud de esta misma legislación nueva— hace obsoleta la clásica distinción de las ramas del derecho en públicas y privadas.

La profusión de legislación reguladora de las relaciones económicas que trae la nueva concepción del Estado repercute en las concepciones doctrinarias que sobre el derecho se tienen, en particular sobre la del derecho público. Indirectamente, sobre la polémica principal, cuál es la distinción entre derecho público y derecho privado.

Esta clasificación, fruto precisamente de la era del Estado liberal, fijó una diferenciación destinada a mantener incólume la autonomía individual y, con ella, la preeminencia del contrato en las relaciones jurídicas; en definitiva, elevándolo a la categoría de ley suprema de las relaciones sociales. Surgen, dentro del derecho público, nuevas ramas como el derecho administrativo-económico y el derecho social, que son los que contienen las normas de la intervención del Estado en la economía: una regula la actuación del Estado y los particulares en sus relaciones recíprocas en el proceso de producción; otra, propiamente social, los vínculos entre empresa y sus trabajadores en el mismo ámbito, y cuya manifestación más importante es el derecho del trabajo.

La nueva concepción totalitaria da nacimiento a una nueva rama del derecho llamada a servir de instrumento regulador de todas aquellas situaciones jurídicas en las que las personas se encuentran en el mundo contemporáneo; entorno social impregnado de los condicio-

namientos de la economía industrial, "economizado" podría decirse, el cual va dejando rápidamente atrás al derecho en sus expresiones clásicas.

El denominado "derecho social" buscará regular las nuevas relaciones económicas en las que la igualdad teórica de los hombres carece de vigencia, para dejarse ver la desigualdad de hecho entre ellos, sobre todo en las relaciones emanadas de las condiciones de la producción, como son las del contrato de trabajo, condiciones generales de gestión de la empresa, carácter y funcionamiento de la misma y demás. El derecho social vendrá, así, a ser en España la respuesta jurídica frente a la Revolución Industrial.

De tal modo el derecho público penetra en las demás ramas del derecho, en especial en el derecho civil, el derecho del trabajo y el derecho comercial. "Objetiva" de alguna manera las relaciones inter-subjetivas de intereses, extrayendo elementos importantes de éstas de la libre voluntad de las partes, para someterlas a una normativa de origen estatal. Dice Pérez Botija, adhiriendo a la interpretación que del derecho social hace la *Teoría de la institución* de Hauriou:

"Varios son los métodos, procedimientos o sistemas, a través de los cuales se opera esa conversión de zonas del derecho civil o mercantil al derecho administrativo"..., siendo cinco "los fenómenos que actúan de convertidores: institucionalización del contrato laboral; institucionalización de la empresa en cuanto comunidad de trabajo; institucionalización del reglamento de régimen interior; desarrollo de la legislación general protectora del trabajo; nacimiento y auge de las reglamentaciones nacionales de trabajo u ordenanzas profesionales".<sup>92</sup>

El derecho social en España es desarrollado con un contenido cristiano tradicional, es decir, se busca con él alcanzar una *justicia social* católica que el *nuevo Estado* se ha propuesto como misión central de su existencia. Luño Peña lo define precisamente en este sentido, al que adhieren la mayoría de los juristas hispanos de su tiempo, al sostener que tiene por objeto la realización de ciertos aspectos de la política social, de la que no es más que su expresión jurídica o cristalización

<sup>92</sup> PÉREZ BOTIJA, Eugenio, "Contrato de trabajo y derecho público. (Notas a la ley de 26 de enero de 1944)", en *RGLJ*, 175, 1944, Madrid, p. 602.

legislativa, siendo un "derecho integrado por un conjunto de normas y leyes con el fin de proteger a los económicamente débiles".<sup>93</sup>

Esta dimensión de la acción estatal recuerda el ideal de gobierno de la época de la monarquía absoluta, ahora en su versión *Ilustrada*, en que el Estado —encarnado por el monarca y las oficinas por él creadas—, amplía sus competencias hacia la prosperidad y felicidad públicas, acorde con los cambios experimentados con motivo de la *Ilustración*, pero sin perder por ello el componente confesional que le había caracterizado, reflejo del historial religioso propio de España. Las elaboraciones doctrinarias de los juristas españoles respecto del derecho social buscan desentrañar o identificar en él esta dimensión justiciera, para lo cual se desarrollan líneas de pensamiento acordes con el *iusnaturalismo neoescolástico* en vigencia, sobre todo en los comienzos del *nuevo Estado*, dándole coherencia a la justificación doctrinaria de esta nueva rama del derecho con la idea corporativa y totalitaria del Estado. Dice al respecto un magistrado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*:

... Todo el contenido del Fuero del Trabajo, que traza las líneas fundamentales del programa político y social del nuevo Estado, no es sino el desenvolvimiento de la idea de la subordinación de lo económico a una política inspirada en una concepción cristiana de la vida y en el sentido de la unidad española en el tiempo y en el espacio.<sup>94</sup>

Y agrega otro:

... la transformación actual del derecho civil [en dirección hacia un derecho social] ha sido un producto, no sólo del régimen político democrático, como Ripert supone, sino de causas sociales e históricas muy complejas que la hacen irremediable [se refiere a la Revolución Industrial]. Por otra parte, dicha transformación está presidida, o influida, cuando menos, por un espíritu de humanidad y por una tendencia espiritualista que como el mismo profesor francés reconoció en una obra anterior, no hace más que recoger los principios morales de la cristiandad.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> LUÑO PEÑA, Enrique, "El derecho social", en *RDP*, IV, Madrid, 1935, p. 301.

<sup>94</sup> DE HINOJOSA, Juan, "La magistratura del trabajo en el nuevo estado", en *RGLJ*, núm. 169, Madrid, 1941, p. 229.

<sup>95</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, "El derecho social. En torno a los diversos criterios de definición y valoración de esta nueva categoría jurídica", en *RGLJ*, 169, Madrid, 1941, p.

### 3. Nuevo Estado y nuevo derecho

Muchos, si no la mayoría de los autores, pretendieron entender estas nuevas ramas del derecho, en especial la del derecho social, en un sentido que se ha denominado *teleológico* o *funcional*, adaptable a las ideas católicas tradicionales que primaban en la época.

Se entendió, además, que se rompía con él la tradición liberal, pero para reinaugurar o reestablecer una tradición anterior. Para ello se hablaba de España como *maestra del derecho social*,<sup>96</sup> aludiendo a la etapa del Estado misional español, en el cual se dictó con profusión toda una serie de normas protectoras de menesterosos, especialmente importante en las posesiones ultramarinas de la Corona.

Castán intenta en los primeros años del *nuevo Estado* un panorama de la doctrina jurídica del país en la materia. Destacan, entre los autores que incluye, López Núñez, para quien están contenidas en el derecho social "todas las normas con que el Estado realiza su función de tutela sobre los débiles en las relaciones del derecho y en la pugna de los intereses distintos para evitar que padezca la justicia integral";<sup>97</sup> De Quirós, quien distinguiéndolo del llamado *derecho obrero*, lo define como "la serie de disposiciones legales, aun discontinua e inorgánica, encaminadas a precaver y resolver los antagonismos sociales; y, por otra, a mejorar las condiciones de existencia, presentes y futuras, de las clases sociales necesitadas, y de los débiles en general, elevándolos a una condición superior, más en armonía con la civilización presente";<sup>98</sup> y García Oviedo, quien lo estima de modo todavía más amplio cuando dice que "el derecho social debe tratar el problema de la vivienda económica y de las ins-

534. A lo que el profesor y jurista CASTÁN TOBEÑAS se refería era a aquella obra de RIPERT, en la que exponía: "Cuando el derecho fortifica el deber de asistencia entre los cónyuges, autoriza la investigación de la paternidad natural, organiza la protección de la infancia, prohíbe el contrato inhumano, refrena la especulación, aumenta la responsabilidad, no tolera el enriquecimiento injusto, proscribido el abuso de los derechos, protege al obrero contra la explotación del patrón, asegura el descanso semanal, lucha contra la licencia de las costumbres, trata de asegurar la justicia en la repartición del impuesto, realiza los fines de la moral cristiana". RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 30.

<sup>96</sup> DE HINOJOSA, Juan, *op. cit.*, pp. 203-237.

<sup>97</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pp. 524-525.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 525.

tituciones de ahorro y de asistencia mutua, y aun de la política de abastos..."<sup>99</sup>

### VII. POLÍTICA ECONÓMICA DEL NUEVO ESTADO (1939-1959)

Los primeros estudios destinados a fijar la política de industrialización se llevaron a cabo en el ministerio de Industria, cuando Juan Antonio Suanzes ocupaba dicha cartera, entre enero de 1938 y agosto de 1939. El programa en que esos estudios se reflejaron guarda una estrecha semejanza con los que se diseñó para el INI dos años más tarde, lo que ha hecho presumir que detrás de ambos se encuentra la misma persona, esto es, Suanzes.<sup>100</sup>

España experimentaba desde comienzos de siglo un moderado proceso de industrialización, cuyo mayor freno lo tuvo en la Guerra Civil, más incluso que en la crisis de fines de 1920. La política de industrialización de la posguerra civil marca, en este sentido, la recuperación de una continuidad, a pesar de lo que el discurso oficial de la época quiso hacer creer. Lo que se acentúa a partir de la creación del INI es el grado y amplitud de la intervención que el Estado ejerce para estimular el crecimiento industrial, fundado en que el grado de postración económica del país es absoluto, no habiendo podido la sola iniciativa particular terminar con él y llevar a España al nivel de los demás países industrializados de Europa. La formulación misma de las leyes, imprecisa en ciertos conceptos, abre paso a una intervención amplia y omnimoda, que llega a afectar virtualmente a todos los sectores, y que da cuenta de cómo en este Instituto se quintaesenciaron una serie de tópicos e ideas sobre el problema económico que venían desde décadas anteriores, así como la concentración en la toma de decisiones y elaboración de normas en muy pocas personas, en quienes residió entonces el verdadero poder político y jurídico. Las *Notas en relación con la creación y desenvolvimiento del Instituto Nacional de Industria* representan la "doctrina" del Instituto y fijan los principios que informan su actuación. Fueron igualmente elaboradas por Suanzes y contienen fielmente aplicadas al campo de actividades del nuevo Instituto, las ideas económicas

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> MARTÍN ACEÑA, Pablo, COMÍN, Francisco, *op. cit.*, p. 74.

del *nuevo Estado*. Quieren ellas profundizar en los amplios conceptos contenidos en la ley fundacional del organismo, de 25 de septiembre de 1941, que fijan el marco de sus actuaciones. En este sentido, se expresa que el Instituto ha de ser “el enlace estatal entre la forma característica e ineludible de la sociedad anónima y la entidad de derecho público”.<sup>101</sup> Su misión fundamental, “la de desarrollar activamente ciertas ramas de la riqueza potencial del país, bajo las directrices del gobierno”, lo que en el terreno industrial ha de traducirse en “iniciativas, realizaciones y actuaciones que producirán una vivificación de toda la economía y una remoción de los obstáculos tradicionales que han impedido su eficaz e indispensable desarrollo”.<sup>102</sup>

Sobre los límites de la intervención del Estado se aclara que “el INI no podrá representar nunca el menor peligro para el ahorro nacional”, y que “las sanas iniciativas, individuales o colectivas, no resultarán coartadas, sino, por el contrario, estimuladas y apoyadas”.<sup>103</sup>

Suanzes pretendió realizar un desarrollo industrial totalitario. “El criterio fundamental que orientó las actuaciones del Instituto fue técnico y de índole cuantitativa: el aumento de la producción bruta; se trataba de producir mucho y de todo, con objeto de eliminar los desequilibrios de la balanza de pagos y alcanzar la mayor autosuficiencia posible”.<sup>104</sup>

### 1. Derecho de la economía y poliburocracia en el Instituto Nacional de Industria (1941-1959)

La novedad de la creación de este Instituto fue su facultad de crear nuevas empresas, aparte de poder asociarse con las existentes, lo que le permitió constituirse en el corto plazo en un *holding* de empresas públicas industriales. Sus mayores dificultades las experimentó a causa de la estrechez de recursos de inversión, que en los años de la guerra mundial escasearon dramáticamente. Pero con ello, no tuvo el INI sino la misma situación que impidió al sector privado un mayor dinamismo en la materia, el cual no podría entonces ser achacado simplemente a una abulia empresarial.

<sup>101</sup> Instituto Nacional de Industria (1941:8), e.a. “Notas”.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>104</sup> MARTÍN ACEÑA, Pablo, COMÍN, Francisco, *op. cit.*, p. 105.

Es en la creación y funcionamiento del *Instituto Nacional de Industria* que se expresa el manejo de la economía a través del derecho en el Estado totalitario franquista con las características que hemos anotado. La voluntad intervencionista estatal se expresó de manera genuina y acabada en este organismo que, si bien fue tomado de un modelo extranjero, como se ha dicho, recoge en la declaración de sus fines y en sus actuaciones mismas, la tradición española en este terreno. Pero en esta ocasión lo hace con un propósito nuevo, como será la industrialización.

Otro objetivo de política económica que se le encomienda al INI es el de propender a que la industria que se desarrolle bajo su impulso, logre un grado elevado de autarquía, que le permita abastecer el mercado interno y recibir de él los suministros para operar en cuanto tal. Derecho y burocracia se relacionan estrechamente en el INI, más que cualquier otro par de conceptos. El derecho es elaborado en los organismos de estudio internos, los *Consejos Técnicos Consultivos*, supervisados directamente por su presidente, quien será el autor directo o inmediato de las leyes que regularán la actividad industrial, de las cuales dará cuenta sólo ante el Jefe del Estado y en cuya formulación —y aplicación— tomarán parte aquellos funcionarios de su confianza que se encuentran integrando las oficinas de estudio del Instituto. Suanzes “centraliza las decisiones que conciernen hasta el punto más alejado del complejo industrial que dirige”.<sup>105</sup>

Los propósitos están claros, las facultades se han otorgado, y es ahora la acción con plenos poderes de Juan Antonio Suanzes y de sus asesores la que imprimirá su contenido y sentido a gran parte del derecho de la economía. El INI, al momento de su creación, significó una novedad en cuanto ente estatal: se trató de una corporación de derecho público a la que se le otorgó —aparte de una personalidad— un patrimonio propio, dotándosela de un funcionamiento gestor parecido al de una empresa privada, con organismos gerenciales de amplias facultades y autonomía, para obtener de ella una burocracia eficiente. Poseía amplias atribuciones, las cuales no siempre se pusieron en práctica sin provocar resistencias, pues afectaron directa-

<sup>105</sup> SCHWARTZ, Pedro, GONZÁLEZ, Manuel Jesús, *Una historia del Instituto Nacional de Industria (1941-1976)*, Madrid, 1978, p. 44.

mente los ámbitos de la iniciativa privada, llegando a despertar, a veces, el temor de una creciente estatización o socialización del país.

El INI debió definir, ante todo, los programas destinados a provocar el surgimiento industrial, poniéndolos después por obra. Su amplitud de acción fue enorme y se acredita cuando se constata cómo ella se justificó en el que se le facultaba para emprender

cuantas iniciativas de interés nacional no aborde el ahorro privado, bien porque la magnitud de la actividad requiera inversiones muy cuantiosas, ya porque la rentabilidad del capital que haya de emplearse esté sujeta a incertidumbre durante más largo plazo del que pueden soportar las economías privadas, o porque la índole y destino de las fabricaciones como las que en mayor o menor grado afectan a la defensa nacional, demande que el Estado retenga su control.<sup>106</sup>

Con ello que se sustrajo en cada caso de la libre competencia, la actividad en cuestión, para pasar a ser regulada y controlada desde el Estado. Un tipo de intervención del INI que no significó la sustracción de la iniciativa emprendedora del ámbito particular, fue la de fomento de ciertas actividades dejándolas siempre en manos privadas. Ello llevó a un tipo de relación del INI con las empresas del sector industrial que no partió de acciones estatales, sino incluso de requerimientos de los propios particulares al INI, para que éste hiciera suyos los intereses privados y les diera apoyo financiero o jurídico.

La actuación del INI en la industria se entendió, nominalmente al menos, como esencialmente transitoria. Si bien no se fijaron plazos en este sentido, se entendió siempre que el Estado —y en este caso el INI— intervenía para restablecer un equilibrio o fomentar un sector deprimido que se estimaba relevante, y que se retiraría de donde había puesto sus manos una vez que se hubiesen alcanzado los objetivos propuestos.

En cuanto a los criterios de los cuales se sirvió el INI para medir su rendimiento, destaca la preferencia por el incremento cuantitativo de las producciones sectoriales y la aspiración a alcanzar en ellas, ante todo, el pleno empleo; en todo lo cual no es difícil extraer las implicaciones y finalidades políticas perseguidas.

<sup>106</sup> S/A (INI) (1946:8).

Al momento de su creación, elaboró el INI un *Programa de Actividades*, agrupadas de modo sistemático, que orientó su acción, sobre todo en los primeros años de gestión. El campo de intervención estatal planeado era muy amplio.<sup>107</sup> Debido a las dificultades, sobre todo de orden financiero, estableció un cierto orden de prioridades para llevar a cabo su tarea. De este modo se fomentó el desarrollo de la producción agrícola, que era a la sazón la base de las exportaciones españolas y, por tanto, la fuente de divisas que se necesitaba para emprender la industrialización planteada.

Así, impulsa decididamente la fabricación de fertilizantes; la producción de tractores y elementos de transporte automóvil; la de combustibles y lubricantes indispensables para su empleo; el incremento de la energía eléctrica que permita disponer de la necesaria para la electrificación del campo; la revalorización de los productos agrícolas mediante su aprovechamiento para la obtención de fibras, combustibles, lubricantes y carburantes y otros productos químicos, y los transportes marítimos para el necesario intercambio de nuestras producciones.<sup>108</sup>

El Instituto se propuso igualmente conseguir la disminución de las importaciones industriales, lo que representó el aspecto principal de la política de sustitución de importaciones del gobierno.

El propósito de alcanzar la autarquía es, sin embargo, relativo —o se ha de “relativizar”—, pues ella sólo se postula en cuanto no entorpezca los vínculos económicos que España mantiene con otros

<sup>107</sup> El primer grupo comprendió las producciones básicas relativas a las investigaciones mineras de todo tipo y al incremento de la producción de combustibles, hierros, aceros y toda clase de metales industriales; un segundo grupo fijaba ciertas producciones específicas, entre las cuales destacaron la de combustibles líquidos y lubricantes y sus industrias conexas; la de fertilizantes; productos químicos (entre ellos la fabricación de pólvoras y explosivos de guerra); la elaboración de celulosa; de fibras artificiales y de caucho. Un tercer grupo fue el que consideró como actividades de interés general el aumento de la producción y distribución de energía eléctrica, así como el incremento de la marina mercante. El cuarto grupo incluyó a todas las industrias denominadas de *transformación mecánica*, dejando dentro de este rubro las vinculadas a las de motores y transportes automóviles y las de aumento de producción de material eléctrico. El quinto grupo lo integraron aquellas industrias de transformación de aplicación característicamente militar y que produjeran los elementos de que no disponían los diversos ejércitos españoles. El sexto grupo lo formaron las industrias de comunicaciones y transportes, incluyendo en ellas a las líneas aéreas.

<sup>108</sup> S/A (INI) (1946:9).

países; pero sí se reitera que se quiere elevar el nivel industrial del país y su independencia económica.

El órgano superior del INI es el *Consejo de Administración*. En él están representados la mayoría de los entes interesados en el tema de la industrialización del país.<sup>109</sup> “Del Consejo, señalaba Suanzes, han de emanar todas las iniciativas, las instrucciones y las decisiones. Ello permite establecer las líneas de conexión con él, de las funciones técnicas y de Gerencia en que se apoya la Organización”.<sup>110</sup> Sin embargo, dado el carácter “presidencialista” del INI en su organización, la persona de Suanzes, su presidente, cobró a este respecto una gravitación mucho mayor aún. Él integraba todos los organismos de estudio y decisión del Instituto, y poseía además un voto de calidad, “suspensivo” y “dirimente”. “De hecho, el presidente del INI (su personalidad y su poder político) junto con la política industrial del gobierno y los condicionantes económicos exteriores, son las fuerzas que han moldeado la historia del organismo desde sus orígenes a la actualidad”.<sup>111</sup> Los *Consejos Técnicos* fueron la instancia elaboradora de estudios, proyectos y resoluciones que luego saldrían del INI para poner en práctica la política industrial.

El estudio de los aspectos técnicos, jurídicos y económicos de los proyectos en los que participa el Instituto y las asesorías que éste presta al exterior, se realizan por los *Consejos Técnicos*, especiales para cada rama de actividad, y siempre bajo la superintendencia del presidente del Instituto.

“Finalmente, para el desarrollo o fomento de las actividades de interés nacional, el Instituto procede a la creación de empresas del tipo de sociedades anónimas, con personalidad jurídica privada, o a la participación en otras existentes”.<sup>112</sup>

Cuerpos documentales fundamentales del INI son: 1) su *Ley Fundacional* de 25 de septiembre de 1941; 2) sus *Notas en relación con la creación y desenvolvimiento del INI*, de 9 de enero de 1942; 3) su *Reglamento* de 22 de enero de 1942.

<sup>109</sup> Lo integran representantes del ministerio de Industria, de Ejército, Marina y Aire; del Alto Estado Mayor; del ministerio de Obras Públicas y del ministerio de Hacienda.

<sup>110</sup> *Notas* (1941:18).

<sup>111</sup> MARTÍN ACEÑA, Pablo, COMÍN, Francisco, *op. cit.*, p. 97.

<sup>112</sup> S/A (INI) (1946:9).

## 2. Leyes fundamentales de la industrialización autárquica

La normativa fundamental de la industrialización se encuentra contenida en el *Decreto* de 8 de septiembre de 1939 sobre instalación de nuevas industrias y ampliación de las existentes; *Ley* de 24 de octubre de 1939 de *Protección y Fomento de la Industria*; *Ley* de 24 de noviembre de 1939 que estableció la *Ordenación y defensa de la industria*; el *Decreto* de 10 de febrero de 1940 que concedió una serie de *Auxilios para la implantación y desarrollo de las industrias declaradas de interés nacional*; y la *Ley* de 3 de mayo de 1940 que constituyó las *Comisiones Reguladoras de la Producción*.

Las dos normas reguladoras más representativas son la de octubre de 1939, que interviene la producción, estimulando la ampliación o creación de nuevas ramas industriales, y a partir de la cual emana un caudal importante de legislación administrativo-económica. Para tal fin concedió beneficios y garantías diversos, expresando también que cuando las necesidades de la defensa del país o de su economía así lo requirieran, el Estado podría declarar la industria en cuestión como de *interés nacional*. Y la de noviembre de 1939, que clasificó las industrias en cuatro grupos (Defensa Nacional; Industrias Auxiliares para la Defensa; Básicas para la Economía Nacional y otras diversas);<sup>113</sup> “al mismo tiempo, determinaba unas normas generales de intervención del Estado para la ordenación industrial y regulaba rígidamente la práctica totalidad de las actividades industriales”,<sup>114</sup> resumiendo ambas los dos rasgos que definieron la política económica de las dos primeras décadas del Estado franquista: intervencionismo *industrializador* y autarquía.

## VIII. DERECHO FINANCIERO, DERECHO SOCIAL Y POLIBUROCRACIA

Dentro de un marco ideológico como el descrito, con intervención subsidiaria del Estado, industrialización autárquica y respeto por la propiedad e iniciativa privadas, las normas dictadas y las políticas seguidas discurrieron por un cauce relativamente amplio en cuanto a sus orientaciones, en el cual se aprecian discordancias respecto de

<sup>113</sup> MARTÍN ACEÑA, Pablo, COMÍN, Francisco, *op. cit.*, p. 75.

<sup>114</sup> Ministerio de Industria (1942:11ss.).

los principios proclamados, cuando no contradicciones, explicables no pocas veces en las ideas personales de los titulares de los cargos, más que en razones de orden doctrinario. Ilustrativas en este sentido son las respectivas obras legislativas dadas bajo los ministros de Hacienda del régimen, cuya competencia técnica y conocimiento del ramo, muchas veces preexistentes a la toma de posesión de sus cargos, es el tronco común de sus realizaciones en la administración.

A modo ejemplar, nos referiremos a la labor legislativa de los dos ministros más importantes del periodo elegido.

1. José Larraz. Es el primer ministro de Hacienda después del fin de la Guerra Civil. Ocupa el cargo entre 1939 y 1941. Ilustre intelectual, jurista, profesor universitario, experto en materias económicas, empresario, encarna en sí aquellas notas de vinculación social y funcionaria, así como de acumulación de cargos y calidades, de la que denominamos *poliburocracia* española. Es el primero de muchos que, a lo largo de los años transitarán desde los cargos técnicos a los políticos, y viceversa pasando por los empresariales. Becario de la *Junta de Ampliación de Estudios* (1927-1928) en Bélgica, se interesó allí por estudiar la política agrícola. Su capacitación en el área proviene, pues, de fecha y origen muy anterior a las constelaciones políticas que dieron lugar al régimen franquista. En 1935 publica *El ordenamiento triguero en España*, inspirador de la posterior fundación, bajo su ministerio, de la *Corporación Nacional del Trigo* (1941).

Tres medidas de política económica pueden ser destacadas bajo su ministerio: su *Informe sobre la financiación de la Guerra Civil*, conteniendo las medidas necesarias para superar los problemas generados por dicho conflicto;<sup>115</sup> su política financiera, elaborada para el tránsito al tiempo de paz; y la reforma del sistema tributario.<sup>116</sup> Se agregan a ellas la *Ley de Desbloqueo*,<sup>117</sup> destinada a hacer convertibles las operaciones financieras realizadas durante la Guerra Civil en una unidad monetaria única; la *Ley de Reforma Tributaria*,<sup>118</sup> escrita de principio a fin por el ministro.<sup>119</sup> Otro cargo de relevancia

<sup>115</sup> B.O.E. (*Boletín Oficial del Estado*), 4.08.1940.

<sup>116</sup> De 16 de diciembre de 1940.

<sup>117</sup> De 7 de diciembre de 1939.

<sup>118</sup> De 16 de diciembre de 1940.

<sup>119</sup> FUENTES QUINTANA, Enrique, *op. cit.*, p. 6.

dentro de sus actuaciones en el gobierno fue el de Director del *Servicio Nacional de Banca, Moneda y Crédito*, que ocupó en 1938.

*Joaquín Benjumea Burín*. Gran propietario agrícola de Sevilla; de profesión ingeniero, fue compañero cercano de Franco en la Guerra Civil; de ascendencia noble, católico tradicionalista, si bien se integró a la *Falange* y ocupó un puesto mediano en 1937,<sup>120</sup> al unificarse las fuerzas combatientes del lado *Nacional*. Es testigo y afectado directo del conflicto que la reforma del derecho de propiedad causó durante la República, lo que le lleva a situarse en una posición adversaria a la nacionalización de las tierras, tal como incluso estaba dispuesto en los puntos programáticos de la *Falange*. Luchó del lado *Nacional* en la guerra, posición a la que el asesinato de su hijo a manos de *republicanos* le arrastró de manera irreversible.

Dos tareas reflejan fielmente su desempeño en el ministerio: la fundación del *Instituto Nacional de Colonización* y la devolución a sus antiguos propietarios de los terrenos expropiados durante la *República*.

Como ministro de Agricultura ejerce entre los años 1939-1940. Su política privilegia la gestión originada en la iniciativa privada, sin pretender —no como sucede con el INI— la organización de la agricultura como una empresa pública.

Con fecha 18 de octubre de 1939 funda el *Instituto Nacional de Colonización* (INC), según el modelo de un antiguo proyecto suyo, fruto de sus experiencias agrícolas en Sevilla. La *Ley de Grandes Zonas Regables*, de 26 de diciembre de 1939, será el cuerpo legal que enmarcará las actuaciones del INC. Algunas de las normas que se dictan en el marco de las operaciones del Instituto son la *Ley de Colonización y Repoblación Interior*, de 25 de noviembre de 1940 y las leyes declarativas de *Zonas de Interés Local* y de *Creación del Patrimonio Forestal*.

Durante el mismo lapso que ejerce en Agricultura, lo hace como ministro del Trabajo. De su gestión en dicha cartera proviene la *Ley de Pensiones Fijas*, dictada el 1 de septiembre de 1939 y que establece en la materia un régimen de reparto, según sus propios criterios. La *Magistratura del Trabajo* se crea igualmente bajo su

<sup>120</sup> Formó parte de la *Junta Técnica* de la Falange.

ministerio,<sup>121</sup> así como las *Reglamentaciones* del ramo,<sup>122</sup> y la *Ley de Descanso Dominical*.<sup>123</sup>

Como ministro de Hacienda oficia durante diez años, entre 1941 y 1951, dándose en esta época una confrontación de ideas y estilos de gestión con el Presidente del INI y ministro de Industria (1945-1951), Suanzes. Punto de discrepancia es la preferencia de Benjumea por la iniciativa privada, a diferencia del intervencionismo estatal que anima al jefe del INI en el ámbito de la industria, lo que les lleva a disputas en materias de asignaciones presupuestarias.

Una de sus primeras actuaciones será la aplicación de la *Ley de Reforma Tributaria*, aprobada por Larraz en 1940; y la promulgación de una nueva *Ley de Impuestos*,<sup>124</sup> con contenidos misceláneos y que constituye un primer intento de mejorar la recaudación fiscal y de sanear las finanzas públicas, que se hallan a la sazón en la bancarrota.

Otra de las reformas, que afectará a la administración misma, es la contenida en la *Ley de Unificación de Organismos Autónomos*,<sup>125</sup> destinada a conseguir la uniformidad de los regímenes contables de las empresas públicas.

La *Ley de Explotación del Monopolio del Tabaco*,<sup>126</sup> constituyó una decisión divergente de la tendencia que en aquella época mostraba la política económica del Estado, al establecer el sistema de concesiones a particulares en vez de fijar la explotación directa por el Estado, al modo del INI. Por su parte, la *Ley sobre Distribución del Petróleo*,<sup>127</sup> reorganizó el monopolio vigente, pero dejándolo siempre en manos de la compañía (CAMPESA) que había dispuesto de él en el pasado. En virtud de la *Ley de Rescate de la Compañía Telefónica*,<sup>128</sup> se nacionalizó dicha empresa —mediante la compra a la norteamericana ITT (*International Telephon & Telegraph*)—, aunque sin estatizarla. Nuevamente se impondrá el sello del ministro en la concreción de esta iniciativa legal.

<sup>121</sup> Ley de 17 de octubre de 1940.

<sup>122</sup> Decreto de 29 de marzo de 1941.

<sup>123</sup> Ley de 13 de julio de 1940.

<sup>124</sup> Ley de 26 de septiembre de 1941.

<sup>125</sup> Ley de 13 de marzo de 1943.

<sup>126</sup> Ley de 18 de marzo de 1944.

<sup>127</sup> Ley de 17 de julio de 1947.

<sup>128</sup> Ley de 14 de mayo de 1945.

De su gestión proviene igualmente la *Ley sobre Acuñación de un Nuevo Sistema Monetario*,<sup>129</sup> que constituye el comienzo de la era de la *peseta* como unidad monetaria del país. Por último, la *Ley de Ordenación Bancaria*,<sup>130</sup> otorga un conjunto de nuevas facultades al Banco de España en lo referente a la política financiera, pero sin llegar a su estatización. Se restablece el *Consejo Superior Bancario*; se crea el *Registro de Bancos y Banqueros* y se concede al referido Banco de España el privilegio de emisión.

#### IX. A MODO DE EPÍLOGO

De lo que se ha tratado con el enfoque, las hipótesis y la interpretación propuestas en este estudio, es de contribuir a desentrañar el trasfondo que existe en el manejo de la economía española bajo el Estado franquista, cual es a nuestro juicio —por una parte— modernizar el país de acuerdo con las directrices *industrializantes* que se encuentran en boga en la época, pero manteniendo o defendiendo —por la otra— aquello que se considera por las élites dominantes la *identidad cultural* de España; lo que en no pocos aspectos y ocasiones se identifica con el acervo de intereses que representan aquellos sectores y élites dominantes.

El estudio en profundidad que con estas líneas se sugiere ha de partir, sobre todo, por indagar en las fuentes de donde emanó efectivamente el derecho de la economía. Dada la opción tomada, de centrar el análisis en la fase de industrialización autárquica de los años 1939-1959, la investigación habrá de dirigirse preferentemente hacia el estudio de los documentos contenidos en los diversos archivos que se conservan en la hoy denominada *Sociedad Española de Participaciones Industriales* (SEPI), en los cuales se puede reconstruir la historia de las diversas leyes y normas que integraron dicha política de industrialización autárquica.

Respecto de los aspectos financieros y de Hacienda involucrados con el manejo económico y en un papel de respaldo general a los archivos de la SEPI, deberá igualmente indagarse en el *Archivo del*

<sup>129</sup> Ley de 18 de diciembre de 1946.

<sup>130</sup> Ley de 31 de diciembre de 1946.

*Banco de España* y en el *Instituto de Estudios Fiscales*, que contienen información técnica, legislativa y jurisprudencial relacionada con la política de industrialización.

Para el aspecto *prosopográfico*, habrá que complementar los estudios que ya existen sobre personajes clave del gobierno y la administración española, con pesquisas directas, entrevistas y demás, para lo cual habrá que diseñar más adelante un plan específico.

En un plano subordinado se sitúa el análisis de textos de gobierno, documentos ideológicos y doctrinarios del franquismo, estadísticas económicas y demás, con el fin de esclarecer la correspondencia entre ideología y realidad, principios políticos y textos jurídicos, planes y realizaciones concretas.

Los conceptos de *justicia social* y *concertación de intereses* permitirán hacer el tránsito desde el plano de las declaraciones y principios ideológicos formulados en los documentos, hacia las realizaciones concretas que se fueron dando a lo largo de los años. Es precisamente en el campo del manejo de la economía donde tales conceptos se dejan poner a prueba. En torno a ellos es que puede mostrarse en beneficio de quiénes redundó el manejo de la economía y cómo se manifestaron las relaciones de interés entre grupos y personas durante la época franquista.

## FUNDAMENTACIÓN BÍBLICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La fundamentación de los derechos humanos*. III. *Las narraciones sobre la creación*. 1. *Narraciones sin pretensiones científicas*. 2. *A partir de la liberación*. A. *El surgimiento de un pueblo*. B. *El sistema tribal y el proyecto de sociedad alternativa*. 3. *El lugar privilegiado del ser humano*. 4. *Unidad del género humano*. 5. *"A imagen de Dios los creó"*. 6. *Humanizar la historia*. 7. *Universalidad de la dignidad*. 8. *La dignidad propia en la dignidad del otro*. IV. *Los derechos humanos como derechos del pobre*. V. *Conclusión*.

A Carlos González González, fms,  
en solidaridad en los momentos difíciles.

### I. INTRODUCCIÓN

En varios de sus trabajos, Jesús Antonio de la Torre Rangel ha defendido la existencia de una tradición hispanoamericana de los derechos humanos,<sup>1</sup> diferente a la concepción moderna nacida de la Ilustración y de la independencia de los Estados Unidos. La tradición hispanoamericana considera los derechos humanos como derechos del ser humano individual y colectivo, poniendo mayor énfasis en la restitución de su dignidad a las víctimas, a los pobres, a "los últimos de este mundo"; por su parte, la tradición moderna considera los dere-

<sup>1</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1991; y *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1998.

chos humanos como derechos del individuo, poniendo mayor énfasis en la libertad individual y en una igualdad abstracta que no toma en cuenta las diferencias de hecho.

La tradición hispanoamericana de los derechos humanos tiene sus orígenes en la praxis y en el pensamiento de los primeros misioneros españoles en América, principalmente fray Bartolomé de las Casas, fray Alonso de la Veracruz y fray Antonio de Montesinos, los cuales, a su vez, basaron sus reflexiones en los teólogos españoles del siglo XVI. Por su confesión religiosa, estos misioneros fundamentaron su acción en la fe cristiana, la cual tiene sus raíces en la fe bíblica.

Ya en nuestro tiempo se encuentran varios casos que actualizan la praxis de los primeros misioneros latinoamericanos. Caben resaltar los casos de la defensa por los derechos humanos que realizó Óscar Arnulfo Romero, arzobispo de El Salvador y asesinado por fuerzas paramilitares en 1979; la pastoral indígena de Samuel Ruiz en la diócesis de San Cristóbal de las Casas; o la denuncia que realizó monseñor Gerardi en Guatemala y que le costó la vida.

Los anteriores ejemplos, y muchos otros que enlistar sería imposible, nos dejan patente que la fe bíblica no es ajena a la lucha y defensa por los derechos humanos. Si fuese ajena no habría fundamento alguno para que personas como fray Bartolomé de las Casas o monseñor Romero tuvieran como parte de su praxis cristiana la defensa de los derechos humanos.

A través de diversos textos bíblicos encontramos elementos para construir una tradición bíblica de los derechos humanos;<sup>2</sup> en este trabajo queremos tan sólo presentar lo que sería una fundamentación de estos derechos desde el pensamiento bíblico.

## II. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fundamentar los derechos humanos es una tarea propia de la filosofía. Al responder la pregunta sobre el origen de estos derechos, la filosofía jurídica ha dado distintas posiciones que suelen clasificarse en dos grandes grupos: el iuspositivismo y el iusnaturalismo. En el

<sup>2</sup> Cfr. ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Que fluya la justicia. Justicia y derechos humanos en los textos bíblicos*, UASLP-CRT-CEDH, San Luis Potosí, 2003.

primero se concentran los enfoques que en diferentes grados afirman que los derechos humanos, para ser auténticos derechos y no meras prescripciones morales o de buena voluntad, deben estar reconocidos por el Estado a través de su facultad legislativa. Por su parte, el iusnaturalismo introduce un elemento extrajurídico al afirmar que los derechos humanos son derivados lógicos de la naturaleza humana; es decir, se comprenden los derechos humanos como derechos naturales.

Ambas posiciones reciben duras críticas. Contra el iuspositivismo se argumenta que, si bien en sentido metodológico tiene la virtud de otorgar protección coercitiva a los derechos humanos que han sido legislados en algún instrumento, sea de carácter nacional o internacional, en su faceta ideológica tiene como consecuencia dejar en indefensión a los sujetos cuando el poder político despositiviza los derechos humanos. Por otro lado, al iusnaturalismo se le critica por su inoperancia práctica —pues deja a los derechos humanos en simples derechos morales, sin protección coercitiva—, y porque el concepto de “naturaleza” es un tanto ambiguo y que, en su concepción clásica, no corresponde a la realidad humana que muestra diferentes facetas en distintas culturas y en diversas épocas.

Sin soslayar la trascendencia de la discusión, se debe reconocer que ambas posiciones coinciden en la importancia que tienen los seres humanos. El iusnaturalismo reconoce que por “naturaleza”, los seres humanos tienen dignidad, y por tanto existen los derechos humanos que el Estado debe *reconocer, respetar y fomentar*. El iuspositivismo acepta que el Estado debe *otorgar* a las personas, en virtud de su dignidad, ciertos derechos fundamentales e inviolables, y hacerlos *respetar* a través del reconocimiento que de ellos se haga en la Constitución nacional o en algún instrumento internacional. En sentido contrario, llama la atención cómo en ninguna de las dos corrientes se argumenta que los demás seres de la naturaleza deberían tener los *mismos* derechos que el ser humano. Es decir, ya sea basándose en la facultad legislativa del Estado, en las necesidades básicas, en los principios morales o en la naturaleza, la filosofía jurídica ha otorgado al ser humano un lugar especial entre los demás seres.

Si es la voluntad del legislador la que establece los derechos humanos, ¿qué la motiva para otorgar tales derechos? Si los derechos humanos son consecuencia de la naturaleza humana, ¿qué hace dife-

rente a esta última de la naturaleza de los demás seres? Si los derechos humanos deben atender las necesidades básicas de los seres humanos, ¿por qué debe existir tal preocupación si los seres humanos no son más que un tipo de "simio" que corrió con suerte en algún momento de la evolución? Una respuesta general a estas preguntas se encuentra en la noción de "dignidad". Es decir, el ser humano cuenta con ciertos derechos fundamentales en virtud de su dignidad.

Ahora bien, ¿qué se descubre en los textos bíblicos respecto a la dignidad del ser humano, al lugar que ocupa en la naturaleza, y a la fundamentación de sus derechos básicos?

### III. LAS NARRACIONES SOBRE LA CREACIÓN

Dos textos privilegiados sobre la dignidad humana son las narraciones sobre la creación del mundo que se encuentran en el libro del Génesis. La primera<sup>3</sup> narra la creación del mundo finalizando con la creación del ser humano. Se le atribuye a la tradición sacerdotal, la cual nació durante el destierro del antiguo Israel en Babilonia (587-538 a. C.). Su objetivo fue releer la historia pasada para descubrir en ella una respuesta a las cuestiones surgidas de esta situación<sup>4</sup> que significaba el fracaso del proyecto generado de la liberación de Egipto. Por su lado, la segunda narración<sup>5</sup> abarca la creación del ser humano y su vida en el paraíso. Se le atribuye a la tradición yavista, la cual comenzó en la época del rey Salomón (965-931 a. C.) y continuó con sus primeros sucesores en el reino de Judá.

Estas narraciones tienen sus orígenes en tradiciones orales del pueblo hebreo y en narraciones más antiguas de los pueblos circunvecinos. Ciertamente, entre estas narraciones y los textos del Génesis se encuentran diversos elementos en común, pero son recreados por los autores bíblicos para que sobre la base del contraste se comprenda mejor el mensaje de la teología que se pretende comunicar.

<sup>3</sup> Se encuentra en Gn 1-2, 4a.

<sup>4</sup> CHARPENTIER, Etienne, *Para leer el Antiguo Testamento*, Verbo Divino, Estella, 1991, p. 91.

<sup>5</sup> Se encuentra en Gn 2, 4b-25.

### 1. Narraciones sin pretensiones científicas

Es importante, antes de abordar la perspectiva antropológica que se encuentra en estos textos, dejar en claro que no persiguen ningún conocimiento de tipo científico sobre el inicio del universo o la aparición del ser humano en la Tierra. Ciertamente, durante mucho tiempo así fueron leídos, lo que provocó un distanciamiento entre teología y ciencia que bien pudo haberse evitado. Además, el contagio con el historicismo del siglo XIX hizo que muchos teólogos defendieran una lectura historicista de la Biblia, la cual distanciaba mucho en sus resultados con el mensaje auténtico de los textos bíblicos.

El avance de las ciencias exegéticas ha cambiado la lectura de estos textos,<sup>6</sup> y ahora se les otorga un carácter de narraciones sapienciales más que históricas. El conocimiento de las cosmogonías de los pueblos vecinos al antiguo Israel ayudó a los exegetas a caer en la cuenta de que los autores del Génesis no pretendían ser originales en lo referente a los materiales empleados en sus relatos, pues tanto ellos como sus destinatarios lo sabían perfectamente. En cambio, la originalidad se refería a otro nivel: los autores pretendían realizar un puente entre todas aquellas creencias populares y la fe en YHWH.<sup>7</sup>

Con una lectura de estas dos narraciones es perceptible la imposibilidad de leerlas en forma continua, pues entre ellas hay múltiples diferencias y discrepancias. A los autores bíblicos poco les interesaba el aspecto científico de la creación y la objetividad de la descripción del modo. No buscaban realizar un reportaje sobre los primeros días del universo. De lo contrario, ningún recopilador sensato hubiera colocado, una a continuación de otra, dos versiones tan discordantes. La pretensión no era científica sino religiosa y filosófica, y esto lo sabía el recopilador que colocó en primer lugar la narración más reciente,<sup>8</sup> pues es un relato propiamente cosmogónico, mien-

<sup>6</sup> Cfr. RUIZ DE LA PEÑA, Juan L., *Teología de la Creación*, Sal Terrae, Santander, 1988, pp. 21-62.

<sup>7</sup> Las cuatro consonantes que en hebreo se usan para referirse a Dios; su pronunciación más probable es "Yavé".

<sup>8</sup> Entre la primera narración y la segunda existe una diferencia de aproximadamente cuatro siglos.

tras que el segundo —aunque cronológicamente apareció primero—, tiene una perspectiva más antropológica.

Este tipo de lectura del Génesis no pretende ser una escapatoria a los enfrentamientos que tuvo la teología con la ciencia. Sin duda, mientras las disciplinas exegéticas no estuvieron lo suficientemente desarrolladas no había forma de mostrar el auténtico sentido de los textos bíblicos. Sin embargo, ahora la situación ha cambiado, y la exégesis proporciona datos (como los arriba mencionados y muchos más) que descartan toda pretensión de historicidad de las narraciones en cuestión. Sea a favor o en contra de lo dicho en el Génesis, cualquier intención de otorgarle valor científico es una aberración. Tan fuera de lugar son las críticas que se le hacen basándose en la teoría de la evolución, como las pretensiones de encontrar en él algunas afirmaciones evolutivas. Simplemente, se vuelve a repetir, las narraciones de la creación se valen de las tradiciones de los pueblos vecinos, de los elementos y figuras literarias de la época, para comunicar un mensaje y un pensamiento que no pretenden competir con la investigación científica sobre el inicio del universo y la aparición del ser humano sobre la Tierra.

## 2. A partir de la liberación

La experiencia fundante de la fe bíblica es la liberación de Egipto y la puesta en marcha del proyecto de construir una sociedad alternativa. Esta experiencia es conocida como la Alianza entre YHWH y el antiguo pueblo de Israel, y es el acontecimiento que marca toda la Biblia y que constituye la base para leer los textos bíblicos, incluyendo las dos narraciones de la creación: “Las ‘cláusulas’ de la alianza son las bases para construir una nueva sociedad. Muestran en qué sentido se tiene que transformar la historia. (...) Se trata de construir una nueva organización social donde no haya servidumbre como en Egipto”.<sup>9</sup>

Antes de continuar con el análisis de los textos de la creación, se abordará brevemente dicha experiencia de liberación.

<sup>9</sup> NOGUEZ, Armando, *Palabra de vida, liberación de la letra que mata*, CAM, México, 1992, pp. 88-89.

### A. El surgimiento de un pueblo

¿Cómo surgió el pueblo de Israel? Una lectura fundamentalista del texto de Josué sostendría que Israel estaba formado por doce tribus descendientes del patriarca Jacob. Siendo esclavo en Egipto, fue liberado por YHWH a través de Moisés para luego atravesar el desierto, llegar a la tierra que le había sido prometida, invadir las ciudades cananeas, tomarlas y exterminarlas una por una hasta que llegó a ser el único dueño. Sin embargo, los estudios arqueológicos, históricos y exegéticos no confirman esta visión.

El nacimiento del pueblo de Israel se desarrolló en el siglo XIII a. C. Los textos bíblicos que narran estos inicios fueron escritos siglos después, tal vez entre el X y VI a. C., llegando a tener su redacción final durante el siglo V. Como toda labor hermenéutica, los textos están profundamente influidos por la época en que se realizó la redacción o la relectura.<sup>10</sup> Sin embargo, antes del texto está la tradición oral, el recuerdo de los grupos sociales que van transmitiendo los momentos más significativos de su historia. En este sentido, aun cuando los libros fueron redactados siglos después, y que la intención de los autores no fue asentar los hechos tal cual ocurrieron, sino interpretarlos según las necesidades de su época con el fin de realizar una teología, los exégetas han comprobado que dichos libros están impregnados por la tradición oral y que en ellos se puede encontrar el sentido y el espíritu originales.

Existen diversas hipótesis sobre la formación del pueblo hebreo.<sup>11</sup> Una de las más aceptadas es la “teoría de la insurrección campesina”,<sup>12</sup> la cual sostiene que entre los siglos XIII y XII a. C. el imperio egipcio comenzó a debilitarse, perdiendo el dominio que había ejer-

<sup>10</sup> Los acontecimientos y los textos normativos contenidos en el libro del Éxodo son el resultado de antiguas tradiciones y de un largo proceso redaccional. La edición final de este libro recibió su forma definitiva en el exilio y posexilio, hecha por los escritores sacerdotales, siendo sus destinatarios la comunidad del final del exilio en Babilonia y el comienzo de la restauración durante el dominio persa.

<sup>11</sup> Cfr. PIXLEY, Jorge, *Historia de Israel desde la perspectiva de los pobres*, Palabra Ediciones, México, 1993, pp. 11-15.

<sup>12</sup> Cfr. GOTTWALD, Norman K., *The Tribes of Yahweh: A Sociology of the Religion of Liberated Israel 1250-1050 BCE.*, Sheffield Academic Press, Sheffield, 1999.

cido sobre la región de Palestina. Esto permitió el crecimiento de las ciudades-Estado de los cananeos. La organización de éstas se basaba en la autonomía de cada ciudad, la cual era gobernada por un rey que controlaba los poderes político, económico y religioso. Los reyes se consideraban hijos predilectos de los dioses y, fuera de la cúpula real, las demás personas eran sirvientes directos de la realeza, jornaleros o campesinos, quienes sólo tenían la posesión de sus tierras, pues los propietarios en último término eran los reyes. Todos, sin excepción, por ser hombres menos predilectos de los dioses, debían conformarse con servir al rey y a su gente.

Los campesinos eran explotados a través de los impuestos sobre las cosechas y del reclutamiento de trabajos forzados para realizar las obras en la ciudad. El sistema tributario que las pequeñas monarquías ejercían sobre las actividades agrícolas fue germen de conflictos que provocaron rebeliones en diferentes partes del territorio de Palestina. Muchos campesinos huyeron a las montañas, lejos del dominio de los reyes cananeos y de los conflictos políticos, y estos organizaron grupos de *hapiru* o *hebreos*, que era la denominación común para la gente que vivía "fuera de la ley". Estos grupos que emigraron a las montañas, dejando las llanuras y los valles dominados por los cananeos, se fueron estableciendo como grupos independientes.

A los grupos emigrados de las ciudades cananeas se le sumaron dos más: los clanes o tribus de seminómadas, que en forma pacífica se habían infiltrado en territorio palestino; y el grupo de esclavos que había llegado de Egipto. Este último fue el que trajo la fe en YHWH y cuya liberación del dominio egipcio quedará plasmada definitivamente siglos después en el texto del Éxodo. Así, la conformación de Israel fue heterogénea, pues se encontraban egipcios, semitas, cananeos, hititas y grupos de *hapiru* venidos de diversos centros de poder como Mesopotamia, Egipto, y las ciudades-Estado cananeas.

La diversidad étnica en que se originó el pueblo de Israel quedó plasmada en la historia de los patriarcas y las doce tribus de Jacob. No obstante, todos estos grupos reconocieron como el acontecimiento fundador de su nación la salida o éxodo de Egipto, quedando relegadas las migraciones-rebeliones de los campesinos contra los reyes cananeos y otros centros de poder. Esto se dio porque el grupo venido de Egipto otorgó conciencia política y teológica a los demás grupos. Además, la asimilación de una fe común en YHWH fue hasta cierto punto senci-

lla, pues todos los grupos habían sufrido la explotación y la opresión en sus antiguas tierras, y la ocupación de una tierra propia les significaba la oportunidad de crear una sociedad justa.

Una vez formado, el pueblo hebreo adoptó en sus primeros cien años un sistema tribal. En este tiempo aparece la ley, pero no en forma escrita sino oral. Como ya se comentó, no será hasta el siglo V a. C. que el Pentateuco (la *Torá*) quedará redactado en forma definitiva. No obstante, el auténtico sentido del derecho en la tradición del Antiguo Testamento sólo se puede comprender a partir de la primera centuria de vida de este pueblo, pues fue cuando la experiencia de opresión, marginación, esclavitud y liberación estaba más reciente y los anhelos de construir una sociedad alternativa eran la mayor inspiración para la ley. En este sentido, como se verá, la ley fue reconocida como mandamiento y regalo de YHWH.

#### *B. El sistema tribal y el proyecto de sociedad alternativa*

Al haber experimentado los sistemas monárquicos, los habitantes del nuevo pueblo rechazaron la monarquía.<sup>13</sup> También se opusieron contra toda centralización del poder. Optaron por un sistema basado en la familia ampliada, integrada por dos o tres generaciones, y que era una unidad socioeconómica, propietaria de un terreno familiar y autosuficiente. En un segundo nivel estaba el clan, el cual era una asociación protectora de las diferentes familias ampliadas que lo componían, y servía de enlace transversal en el sistema tribal e integraba a toda la sociedad. En un tercer nivel, estaba la tribu. Ésta era una asociación autónoma territorial, formada por familias agrupadas generalmente en aldeas, relativamente homogéneas, y que debían proteger a todos sus miembros a través de grupos regionales. Y por último, en un cuarto nivel estaba todo Israel. Políticamente hablando, Israel era una liga de tribus, con identidad religiosa y jurídica, y con la disposición a la cooperación en la defensa militar, pues la

<sup>13</sup> Por ejemplo, el siguiente texto: "Los hombres de Israel dijeron a Gedeón: Reina sobre nosotros tú, tu hijo y tu nieto, pues nos has salvado de la mano de Madián. Pero Gedeón les respondió: No seré yo el que reine sobre vosotros ni mi hijo; YHWH será su rey" (Jue 8, 22-23).

situación geográfica de Palestina la hacía un corredor apreciado por los grandes imperios.

Además de dicha organización, se fue creando una legislación que buscaba construir una sociedad distinta a la vivida en los centros de poder. Pero este proyecto no “cayó del cielo” ni tampoco surgió de la nada sino de la experiencia de opresión, pues respondía a los “gritos” que lanzaban y las necesidades que tenían los hebreos cuando eran esclavos en Egipto o eran explotados por el sistema cananeo. Este es el sentido de Éxodo 3, 7-8: “YHWH dijo: he visto la humillación de mi pueblo en Egipto, y he escuchado sus gritos cuando lo maltrataban sus mayordomos. Yo conozco sus sufrimientos. He bajado para librarlo del poder de los egipcios y para hacerlo subir de aquí a un país grande y fértil, a una tierra que mana leche y miel”.

Las características de este proyecto pretendieron ir contra algún aspecto de la organización del imperio egipcio o de los reinos cananeos. Pueden resumirse de la siguiente manera:<sup>14</sup>

- a) Contra una sociedad jerarquizada por medio de la monarquía, se buscó una sociedad igualitaria a través del sistema tribal.
- b) Contra la explotación del trabajo, se buscó la autonomía productiva. La tierra, el principal medio de producción de la época, no podía estar concentrada en pocas manos.
- c) Contra la concentración del poder en manos del monarca, se buscó la descentralización del poder, pues en el sistema tribal se ejercía a través del principio de la subsidiariedad, que consistía en que lo que puede ser decidido en la base no debía ser llevado para una instancia superior. Así, los jefes de familia —los ancianos— tenían autonomía dentro de sus respectivas familias o comunidades.
- d) Contra las leyes que defendían los intereses del rey, se buscó la creación de leyes que sirvieran para crear la sociedad igualitaria. Los casos más relevantes son el Decálogo, y el llamado Código de la Alianza.
- e) Contra el ejército estable de mercenarios, se buscó la organización de los propios pobladores para defender el bien de todos.

<sup>14</sup> Cfr. CARAVIAS, José Luis et al., *Tu palabra me da vida*, CRT, México, 1990, pp. 55-65.

- f) Contra el monopolio del saber, se buscó su socialización. Por ejemplo, se adoptó un nuevo sistema de alfabetización basado en un abecedario de sólo 25 signos. Así, el saber era accesible a todos y se eliminaba el monopolio del conocimiento.
- g) Contra una religión alienadora y que justificaba el enriquecimiento de los reyes y sacerdotes a través de la explotación del pueblo, se implantó una religión que promoviera la igualdad.

Este intento de una sociedad alternativa no sólo se encontraba en las buenas intenciones del pueblo. Si actualmente se tiene noticia de él es gracias a que quedó asentado en las leyes, pues las tribus de Israel experimentaron la utilidad del derecho para la organización social. A continuación se analizará el contenido de la legislación y se verá cómo sirvió el derecho en el intento de construir una sociedad alternativa.

La anterior explicación es importante tenerla en cuenta porque los textos veterotestamentarios que abordan con mayor claridad la dignidad humana son de composición posterior a los textos del Éxodo y, además, han de ser comprendidos a partir de la experiencia de liberación de la esclavitud en Egipto. En otras palabras, no es el tema de la “creación” lo que marca la pauta en la Biblia, sino el tema de la Alianza; o como señala González Faus, “la creación es sólo un momento interior de la Alianza. La Biblia pide que se lea así la creación, porque toda la Biblia quiere ser un testimonio de la Alianza, no una explicación sobre el origen”.<sup>15</sup>

### 3. El lugar privilegiado del ser humano

Tanto el texto sacerdotal como el yavista dan cuenta de la importancia del ser humano. En el primero, hombre y mujer son creados al final de la narración, lo cual en un poema litúrgico es una manera de mostrar la dignidad, pues “en una procesión litúrgica, el más digno viene en último lugar”.<sup>16</sup> Y la humanidad es creada al final, después

<sup>15</sup> GONZÁLEZ FAUS, José I., *Proyecto Hermano. Visión creyente del hombre*, Sal Terrae, Santander, 1991, p. 84.

<sup>16</sup> CHARPENTIER, Etienne. *op. cit.*, p. 95.

de todos los demás seres. Además, este texto incorpora la comprensión del ser humano como “imagen de Dios”, una noción fundamental para la antropología bíblica. Por su parte, en el segundo relato se afirma que la humanidad tiene un soplo divino, pues YHWH la formó del polvo del suelo y le sopló “un aliento de vida”. La respiración (el aliento) era signo de vida; cuando se acababa también ésta terminaba. En este sentido, el ser humano tiene una vida diferente a la de los demás seres, pues encuentra su origen en un aliento divino.

Es también destacable que mientras las narraciones de pueblos circunvecinos a Israel colocan al ser humano a disposición de los dioses, sin libertad ni responsabilidad alguna, y con cierto tono trágico de servidumbre total, el segundo relato de la creación presenta al hombre como encargado y señor de la creación. Así, por ejemplo, la Epopeya de Atra-Hasis, cuyo origen babilónico se ubica con anterioridad al siglo XVI a. C., contiene los siguientes versos al respecto:

Cuando los dioses, al estilo de los hombres,  
soportaban el trabajo y cargaban con la tarea,  
la tarea de los dioses era grande,  
pesado su trabajo, inmenso su pesar.

Entonces, los dioses se rebelan, y para aliviarlos, se decide crear al hombre. El dios Ea aconseja:

Que se degüelle a un dios,  
que, con su sangre y su carne,  
Nintu (la diosa madre) mezcle un poco de arcilla,  
de manera que se mezclen dios y hombre en la arcilla.<sup>17</sup>

Por su parte, el texto del Génesis no coloca al ser humano como servidor de los dioses. En cambio YHWH lo deja al cuidado del Edén, y le encomienda nombrar a los animales que habían sido creados previamente. Dar nombre significaba ejercer cierto dominio y dar un destino. Por tanto, el hombre es el que debe dar sentido y destino al resto de la naturaleza para el uso que de ella haga; mientras tanto,

<sup>17</sup> *Idem.*, p. 51.

Dios queda a la expectativa, en espera de lo que el hombre decida. Es decir, el autor de este relato es claro en afirmar que el ser humano es libre y responsable de sus actos. El hombre no ha sido creado para que se ocupe de las necesidades de los dioses o del cuidado de sus templos, sino para que gobierne el resto de la creación.<sup>18</sup>

Hay otros fragmentos veterotestamentarios que también reconocen la dignidad del ser humano. El salmo ocho la expresa de la siguiente manera: “¿Qué es el hombre para que te acuerdes de él? Le coronaste de gloria y dignidad, le diste el mando sobre las obras de tus manos, todo lo sometiste bajo sus pies”. El ser humano reconoce su pequeñez ante la inmensidad del universo, pero a la vez sabe de su dignidad, de su posición privilegiada en el mundo y en la historia.

#### 4. Unidad del género humano

Un presupuesto de los derechos humanos es la unidad del género humano. Si todos los seres humanos han de gozar de los mismos derechos es porque existe un origen en común que otorga unidad a la humanidad. En este sentido, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>19</sup> se habla de la “familia humana”. Si bien determinar si hubo o no una “pareja” única de seres humanos de donde descienda toda la humanidad, o si existe un origen común evolutivo, es una tarea que corresponde a la ciencia, esta unidad del género humano que sustenta a los derechos humanos no es una afirmación científica sino de carácter ético. Es decir, la humanidad no forma una familia porque haya descendido de una “pareja única”, sino porque a través de la historia ha caído en la cuenta de que para vivir en justicia y paz ha de comprenderse y comportarse como tal.

Este presupuesto tan importante para la doctrina de los derechos humanos está claramente desarrollado en los relatos de la creación. Todo tiene un origen común, y éste es común para todos. Todos los seres humanos tienen un lugar especial en la creación, no sólo algunos.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ FAUS, José I., *op. cit.*, p. 39.

<sup>19</sup> Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

“La preeminencia del hombre en la creación no sería tal si no lo fuese para todos los hombres. Si lo fuese sólo de unos pocos, entonces no lo sería en virtud de su condición de hombres, sino en razón de alguna otra particularidad (racial, religiosa o de algún otro tipo). Por tanto, la particular dignidad del hombre es la que funda la unidad de todo el género humano, más allá de tantas diferencias experimentables e insuperables: judíos y pueblos no elegidos, opresores y oprimidos, gentes que viven en el neolítico y que son contemporáneos de otros que viven en el siglo XXI... Esa unidad del género humano no es comprobable experimentalmente aunque el hombre pueda anhelarla y necesitarla”.<sup>20</sup>

El autor bíblico intenta sembrar en la situación del hombre en el mundo, un primer principio utópico para la superación de todas las divisiones, de todas las desigualdades y abusos de poder: la referencia a esa unidad de origen. En efecto, la humanidad es una familia que ha de buscar la instauración de relaciones fraternales entre todos sus miembros.<sup>21</sup>

### 5. “A imagen de Dios los creó”

La noción de que el ser humano fue creado “a imagen de Dios” tiene sus fuentes en la tradición sacerdotal. Su uso es escaso en los textos veterotestamentarios pues las demás tradiciones optaron por la noción de la Alianza más que por la de “imagen de Dios”. No obstante, en el Nuevo Testamento, y en especial en los textos paulinos, su uso cobra mayor importancia, lo cual lleva a sostener, como ya se había señalado, que el pensamiento sacerdotal de que el hombre y la mujer fueron creados a imagen de Dios es una noción fundamental para la antropología bíblica y, por tanto, también para el pensamiento cristiano.

Durante mucho tiempo la afirmación de que el hombre es imagen de Dios se interpretó en sentido esencialista. El hombre participa de la naturaleza divina, se decía. Esta forma de interpretar el texto bíblico llevaba a una comprensión abstracta del sentido de ser imagen de

<sup>20</sup> GONZÁLEZ FAUS, José I., *op. cit.*, p. 77.

<sup>21</sup> “Todos los hombres (...) deben conducirse *fraternalmente* los unos con los otros” (*cf.* el Preámbulo de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre).

Dios, y se le privaba de su dinamismo histórico, pues la verdad más honda de esta realidad para los hombres no consiste en algo que se encuentra ya fijado de antemano.<sup>22</sup> De ser así, el ser humano perdería su independencia y la existencia sería una mentira. La libertad de elegir para crear la realidad humana sería una mera simulación, pues bastaría con imitar pasivamente el modelo. Pero ésta no es la concepción que transmite el relato del Génesis. Su concepto de imagen es más dinámica. Recuérdese que a través de diversos textos bíblicos hay una dura condena contra las imágenes. Así pues, el ser humano es imagen de Dios no en un sentido determinista y pasivo; no es una imagen en el sentido de una escultura o de un espejo que simplemente refleja a quien se le pone enfrente. El ser humano es “imagen de Dios” porque le es “semejante”, pues puede sostener un diálogo con él. A diferencia de las demás narraciones donde los dioses imponen su misión y acción a los hombres —concepción antropológica que tenía sus lógicas repercusiones en la organización sociopolítica—, los relatos bíblicos colocan al hombre y a YHWH en diálogo.

A partir de la noción de “imagen de Dios” se percibe a cada persona como sagrada. El ser humano es creado “menos que un dios” (Sal 8,6) y tiene un aliento divino (Gn 2,7). La crítica a la idolatría,<sup>23</sup> que se presenta en los textos bíblicos no tiene como finalidad defender la pureza del culto, pues no es así como se lleva a cabo la negación general y total de Dios. Tampoco consiste en la adoración de otros dioses, pues eso es mero politeísmo. Más bien, consiste en atribuir carácter divino a otras realidades diferentes al ser humano. Es decir, la idolatría reside en absolutizar y sacralizar la riqueza, el poder político, la fuerza militar, el orden en el desorden, la razón de Estado, el partido, la raza, etcétera.

“Ante estas realidades (riqueza, poder, etc.) todo se somete y sacrifica. La riqueza como ídolo pretende justificarse en sí misma, impone sus leyes y todo lo sacrifica a ella. Lo mismo pasa con el poder político y la fuerza militar que se le subordinan. Se consideran absolutos, como realidades úl-

<sup>22</sup> PIKAZA, Xabier, *Para leer la historia del Pueblo de Dios*, Verbo Divino, Estella, 1988, p. 39.

<sup>23</sup> La prohibición de hacer imágenes en Ex 20, 4; Dt 5, 8.

timas, intocables. Se les convierte en fetiches, en ídolos, con sus ritos, fiestas y su cuota de sangre".<sup>24</sup>

La prohibición de hacer imágenes de Dios es consecuencia de que la única imagen válida es el ser humano. Lo prohibido no es la realización de pinturas o esculturas que representen a Dios, sino que a las realidades ya enumeradas, tales como el dinero y el poder, se les sacralice y se les considere como las auténticas expresiones divinas ante cuyo culto todo puede ser sacrificado, incluyendo la vida y la dignidad del ser humano. Así, todo ser humano tiene dignidad independientemente de su posición económica o social, de su cultura o su raza, de su educación o jerarquía laboral, de su nacionalidad o confesión religiosa, pues está llamado a ser imagen de Dios.

Podría pensarse que el concepto de dignidad personal desarrollado en occidente se debe a la herencia cristiana. Aunque bien puede ser su fuente, la realidad indica que la atribución de la dignidad está fuertemente jerarquizada, lo que provoca el desconocimiento práctico —tal vez no en el discurso— de la dignidad a muchos pueblos, a los pobres y a las minorías. Esto bien hace dudar sobre la supuesta calidad cristiana de tal concepción de la dignidad. Algunos países del Primer Mundo suelen ponderarse como defensores de los derechos humanos y de la dignidad de la persona humana pero, en la práctica, dicha dignidad únicamente es reconocida a sus ciudadanos que no pertenecen a una de las minorías discriminadas. A los extranjeros, como en el caso de los inmigrantes latinoamericanos, se les niega hasta legalmente toda dignidad. Al respecto, es interesante la opinión de este iusfilósofo europeo:

"Asombra la manera como desde Occidente respondemos a este gran problema de la inmigración. Consideramos que es un asunto ajeno a nosotros que debe ser solucionado en su raíz por los países periféricos. (...) Quienes nos consideramos la máxima autoridad valedora de la idea de universalidad reflejada en la idea de los derechos humanos, antes de reconocer que nos encontramos con un problema global que también nos afecta y del cual también en un alto porcentaje somos responsables (...), preferimos cerrar las puertas de nuestras casas que supuestamente exhalan universalidad. In-

<sup>24</sup> NOGUEZ, Armando, *op. cit.*, p. 92.

cluso vamos más allá blindando nuestras fronteras para impedir que nuestro discurso emancipador de libertad, igualdad y solidaridad sea reconocido a otros seres humanos que lo hablan con otro acento, con otro tono y lo expresan de forma diferente".<sup>25</sup>

De la misma manera, todo acto terrorista contra los ciudadanos del Primer Mundo es indignante, pero todos los civiles fallecidos por las invasiones norteamericanas a países del Tercer Mundo, que siempre tienen una finalidad económica envuelta en un celofán ideológico de derechos humanos y justicia "infinita", son justificables y perdonables. El relato del Génesis, según la idea de dignidad que ponen en práctica los países poderosos, bien podría quedar redactado de la siguiente forma: "sólo a los privilegiados a imagen de Dios los creó, poderosos políticos y prepotentes económicos los creó".

Ante esta realidad, la afirmación del Génesis adquiere un carácter esperanzador. A pesar de que se niega sistemáticamente a más de las dos terceras partes de la población las condiciones fundamentales para ejercer su dignidad y para gozar de sus derechos fundamentales, éstas tienen el "soplo divino", son dignas y están llamadas a ser imágenes de Dios. De hecho, el mismo autor de la primera narración de la creación se encontraba en una situación trágica, pues el pueblo de Israel estaba en el exilio, y una de sus intenciones fue remar contra el desánimo e infundir esperanza.

## 6. Humanizar la historia

Al segundo relato de la creación se le suele leer en forma historicista, y hasta se ha llegado al absurdo de discutir sobre la ubicación geográfica del paraíso o el Edén. En consecuencia, la lectura que se realiza cobra un matiz nostálgico; se afirma que "alguna vez" el hombre fue feliz, y que entonces el parto no era doloroso, que el trabajo no era un sufrimiento pues no se debía ganar el pan con el sudor de la frente, pero que el "error" de la primera pareja trajo como conse-

<sup>25</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David, "Universalismo de confluencia, derechos humanos y proceso de inversión", en *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 215-216.

cuencia la desgracia para toda la humanidad futura. Nada más lejos al mensaje que quiso transmitir el autor de este relato.

En primer lugar, recuérdese que el fundamento de la fe bíblica es la experiencia de liberación de Egipto y la consecuente Alianza con YHWH. El relato de la estancia del ser humano en el Paraíso debe leerse bajo esta perspectiva. La fe del pueblo hebreo fue madurando y cayendo en la cuenta de que el plan de YHWH de realizar históricamente la justicia, era un plan universal; a él estaban invitados todos los pueblos del mundo y no sólo el pueblo de Israel. La experiencia de liberación que infundía la fe en YHWH dejó de comprenderse como un atributo de una sola nación, para percibirse como vocación universal. Por eso, el autor del relato no presenta a YHWH como quien libera a un pueblo de la esclavitud a través de importantes acontecimientos —como sucede en el relato del Éxodo—, sino que lo presenta como el creador de toda la humanidad.

En segundo lugar, el relato del Paraíso debe leerse en conexión con las narraciones subsecuentes del Génesis, en especial con las conocidas narraciones de La Caída o el Pecado Original (3, 1-24), Caín y Abel (4, 1-16), el Diluvio Universal (7, 1-8, 22), y la Torre de Babel (11, 1-9). En este contexto literario, el relato del Paraíso ha de comprenderse como un texto utópico, como una narración que no cuenta una situación alguna vez existente, sino como la invitación a construir una nueva humanidad. La realidad que está descrita en el relato del Paraíso es una misión y no una nostalgia por la cual llorar.

“El paraíso es como la maqueta del mundo. Es el plano de la construcción que debe realizar el arquitecto que es el hombre. Es un proyecto que desafía constantemente la fe y la valentía del hombre. (...) Por eso puede decirse que el paraíso es una profecía proyectada en el pasado”.<sup>26</sup>

Los textos subsecuentes describen, a través de diversas figuras de la época, la situación de la humanidad. El famoso texto del pecado original no debe ser leído como una época en que Dios puso a prueba al hombre, sino como una descripción de la conducta constante de éste. En esta narración se afirma la responsabilidad que tiene el ser

<sup>26</sup> MESTERS, Carlos, *Paraíso terrestre. ¿Nostalgia o esperanza?*, Palabra Ediciones, México, 1991, p. 39.

humano sobre muchos males. El hombre se niega a ser hombre; es decir, se niega a ser responsable de la historia para humanizarla. Se niega a dominar la naturaleza según el plan del Creador. Se niega a ser cocreador, continuando la creación y desarrollando las condiciones necesarias para que la dignidad humana pueda ser ejercida efectivamente. En cambio, con su actitud, rompe todo diálogo con YHWH y su proyecto (“y el hombre y su mujer se ocultaron de la vista de YHWH”),<sup>27</sup> y opta por decidir a su gusto lo que es bueno y malo, y a manipular el sentido de la justicia y el derecho.<sup>28</sup> Según el relato, el castigo por “comer del árbol prohibido” fue un estado que contradice el descrito previamente en el paraíso (Gn 3, 16-19): el hombre es responsable del mal en la historia; la injusticia, la opresión y la pobreza no son una maldición de los dioses —como afirmaban las tradiciones de otros pueblos—, sino que son producto de la acción de la humanidad, una acción que contradice el proyecto de Dios y que rompe el diálogo con él.

El relato de Caín y Abel muestra la violencia como factor preponderante en la historia de la humanidad, y recrimina la falta de solidaridad entre los seres humanos (“¿dónde está tu hermano Abel?”).<sup>29</sup> No sólo el ser humano ha roto el diálogo con Dios, sino también con el otro, con su hermano; el hombre se vuelve, según la célebre frase de Hobbes, lobo del hombre. Con su muerte, Abel es el símbolo de los inocentes asesinados, con la sospecha de que fueron eliminados por ser justos y luchar por la justicia.<sup>30</sup> Por su parte, la narración del Diluvio, que seguramente está influida por relatos babilónicos que recordaban grandes inundaciones de las tierras ubicadas entre el Tigris y el Éufrates, reflexiona sobre la universalidad de la injusticia y del mal. Ellos han rebasado las fronteras de lo personal y se han incrustado en los pueblos, en las sociedades, en sus propias organizaciones y estructuras. Esta situación conduce a la destrucción. El hombre fue creado libre, y libremente se destruye (piénsese actualmente en la amenaza nuclear, el desastre ecológico, etc.), pues prefiere corrom-

<sup>27</sup> Gn 22, 8.

<sup>28</sup> Cfr. MESTERS, Carlos, *op. cit.*, pp. 42-44.

<sup>29</sup> Gn 4, 9.

<sup>30</sup> Cfr. Mt 23, 35; Heb 11, 4; Jn 8, 44; 1 Jn 3, 12.

per la creació y corromperse a sí mismo, "invirtiendo así el camino de la vida sobre el mundo".<sup>31</sup>

El relato de la Torre de Babel, que reproduce en parte leyendas referentes a Babel o Babilonia, condena también los crímenes del hombre. En vez de preocuparse por humanizar la historia, opta por realizar majestuosas obras; en lugar de atender la justicia, dedica su tiempo en acrecentar su poder y riqueza. El teólogo venezolano Pedro Trigo comenta al respecto:

"Babel simboliza la sociedad fuertemente jerarquizada y masificada, en la que quienes planifican y controlan dominan a quienes ejecutan la obra pretendidamente común. Los jefes se hacen famosos y llegan hasta el cielo montados en el pedestal de innumerables hormigas que viven sólo para trabajar para ellos a cambio de la vida. Hay un gran desarrollo de fuerzas productivas; pero en función del poder y la gloria de los jefes, no en función de la vida de cada uno".<sup>32</sup>

Estos cuatro relatos contrastan con la segunda narración de la creación. En efecto, la pretensión del autor es presentar un lugar ideal donde los seres humanos puedan ejercer su dignidad, donde sean imágenes de Dios. Para no reducir el sentido de este texto, es importante tener presente que el autor muestra esta situación ideal dentro de un ambiente muy restringido. Es el ambiente familiar y agrícola: amor y matrimonio; dolores de parto y trabajos en casa con los hijos; vivir y tener que morir; se siembra la tierra con duro trabajo que cuesta sudor, y no produce nada; la amenaza de los animales salvajes de los campos; la religiosidad hecha de miedo.<sup>33</sup> Pero el mensaje es claro: el hombre es responsable de humanizar la historia.

Por tener esta vocación a humanizarse, los textos de la creación comprenden al hombre como "creatura creadora". La creación en estos textos no es la creación *ex nihilo*, ya que el Génesis no parece conocer la idea de una "creación a partir de la nada".<sup>34</sup> Lo que le

<sup>31</sup> PIKAZA, Xabier, *op. cit.*, p. 56.

<sup>32</sup> TRIGO, Pedro, *Creación e historia en el proceso de liberación*, Ed. Paulinas, Madrid, 1988, p. 141.

<sup>33</sup> MESTERS, Carlos, *op. cit.*, p. 29.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ FAUS, José I., *op. cit.*, p. 117.

interesa más es la creación de la historia. La acción creadora de YHWH se presenta como una acción que armoniza el cosmos. Pero esta armonía en la historia es destruida por la acción humana. En este sentido, el hombre es imagen de Dios porque también es creador; es responsable de la historia y está llamado a recrear la armonía y la paz; debe completar la obra creadora de Dios.

"Todo esto da un enorme valor (yo creo que *su verdadero valor*) a la acción y a la responsabilidad del hombre en la historia: si no por la posibilidad de crear 'paraísos' (sobre lo que hay que ser intrahistóricamente realistas), sí al menos por la de evitar apocalipsis ya ahora. Esta responsabilidad es una de las cosas que más le cuesta aceptar al hombre; es mucho más cómodo cerrar los ojos y dejar que cada cual se abandone a su deseo, y pensar luego en algún destino fatal por el que 'lo que tenga que pasar, pasará', tanto si nos corregimos como si no".<sup>35</sup>

En fin, la dignidad del ser humano no es un atributo abstracto, sino dinámico e histórico. El ser humano debe luchar por las condiciones necesarias para ejercer verdaderamente su dignidad. En efecto, ser imagen de Dios no es "compartir la naturaleza divina", sino la vocación a realizar históricamente tal imagen.

## 7. Universalidad de la dignidad

Una característica fundamental de los derechos humanos es su universalidad,<sup>36</sup> la cual significa que éstos les corresponden a todas las personas; más concretamente, que le son asignables a todos los seres humanos sin excepción. El hecho de ser persona, de pertenecer a la raza humana, es condición suficiente para ser titular de dichos derechos.<sup>37</sup>

De entrada podría pensarse que los textos bíblicos no proclaman esta universalidad. De hecho, ciertas actitudes y discursos de mu-

<sup>35</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>36</sup> "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción de alguna raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (art. 2.1, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

<sup>37</sup> ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. *Acerca del concepto de derechos humanos*, McGraw-Hill, México, 1998, p. 78.

chos sectores contemporáneos del judaísmo y del cristianismo parecerían confirmar que las fuentes bíblicas apoyan la afirmación de que sólo los que confiesan cierta religión son personas completamente dignas. No obstante estas conductas y posiciones, una lectura fiel muestra que el reconocimiento universal de la dignidad humana está presente en el mensaje bíblico.

Ciertamente, como se señaló líneas arriba, la fe de liberación y justicia fue comprendida por un tiempo como una exclusividad para el pueblo judío. Sin embargo, los autores del Génesis, al presentar a YHWH como creador, como quien separó los cielos y la tierra (simbolismo de totalidad), y al colocar los inicios de la Alianza en el pacto entre Dios y Noé, quieren señalar que *toda* la humanidad es "imagen de Dios", que tiene dignidad y que está llamada a ejercerla efectivamente en la historia.

Si bien no se están analizando los textos proféticos, respecto a la universalidad de los derechos humanos conviene hacer referencia al mensaje del profeta Amós. Si bien acepta que el antiguo pueblo de Israel tiene el carácter de elegido, reconoce que YHWH no es un dios tribal, exclusivo y excluyente, cuya preocupación sea ser propietario de un pueblo que le dé culto sino que todos los hombres vivan humanamente y hagan justicia.<sup>38</sup> Al percatarse del orgullo y vanidad con que los poderosos se conducían en tiempos de la monarquía, golpeó duramente la fe israelita: "¿No son ustedes para mí como etíopes, israelitas? Si saqué a Israel de Egipto, saqué también a los filisteos de Creta y a los asirios de Quir" (Am 9,7). El mensaje es claro: YHWH ha liberado a Israel como ha liberado a otros pueblos, pues su principal interés es la defensa de los derechos de los oprimidos.

A pesar de estos textos, una visión muy defendida por el Antiguo Testamento y por el judaísmo rabínico es la división de la humanidad en dos bloques: judíos e infieles o bárbaros. A esta visión se enfrentó Jesús de Nazaret y sus primeros seguidores, quienes afirmaban la unidad de la humanidad y la universalidad de su dignidad, basados en el presupuesto de que Dios es padre de todos.<sup>39</sup> En este

<sup>38</sup> Cfr. TRIGO, Pedro, *Creación e historia en el proceso de liberación*, op. cit., p. 61.

<sup>39</sup> Cfr. PELÁEZ, Jesús, "Infieles y bárbaros en el cristianismo de los dos primeros siglos", en *Revista Electrónica Latinoamericana de Teología, RELAT*, servicioskoinonia.org/relat (consulta, 29 de abril de 2002).

sentido se encuentran bastantes fragmentos de los cuatro Evangelios; algunos de ellos son: Jesús pone como ejemplo de amor y justicia la actitud del samaritano y no la de los sacerdotes o laicos judíos en la parábola del "buen samaritano" (Lc 10, 30-37), cura a la hija de una mujer pagana cananea (Mc 7, 24-31), entra a la casa de un centurión romano y cura a su sirviente (Mt 8, 5-13).

Por último, esta universalidad también es afirmada por Pablo de Tarso quien dirigiéndose a los Gálatas afirma que con el mensaje y la praxis de Jesús, "ya no hay diferencia entre quien es judío y quien es griego, entre quien es esclavo y quien es hombre libre; no se hace diferencia entre hombre y mujer" (Gal 3, 28). Los derechos humanos son universales pues rebasan las tres barreras citadas por el apóstol: la de nacionalidad o raza; la de condición económica; y la de género.

## 8. La dignidad propia en la dignidad del otro

El segundo relato de la creación no considera completo al hombre hasta que YHWH crea a la mujer. Es hasta este momento cuando el ser humano comienza a ser persona y a ejercer auténticamente su dignidad.

Equívocadamente se interpretaba que la mujer fue creada para el servicio del hombre. Sin embargo, el texto de Gn 2, 20 habla de "ayuda semejante", es decir, compañera en el camino de realizar la propia realidad humana. Por eso el hombre exclama al ver a la mujer "esta sí es hueso de mis huesos y carne de mi carne" (Gn 2, 23), que es un superlativo hebreo para decir "alguien muy cercano", "igual a mí" o "exactamente lo que me hace falta".<sup>40</sup>

"La mujer hace varón y ser humano al macho imperfecto, indefinido. Y el varón hace mujer a la que sólo aparecía como hembra. Ellos viven uno para el otro y los dos se hacen personas mutuamente. (...) Sólo allí donde descubre al otro como distinto y cercano (ayuda semejante), el hombre se hace persona; puede iniciar el camino de su historia".<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Cfr. VON RECHNITZ, Alejandro, *El Génesis: De la creación a la vocación de Abraham*, Biblioteca Electrónica de Servicios Koinonía (consulta, 15 de abril de 2002).

<sup>41</sup> PIKAZA, Xabier, op. cit., p. 42.

La dignidad propia depende de la dignidad del otro. Sólo a través del encuentro con el otro nos hacemos persona. Ciertamente, por su ámbito de observación, el autor hace referencia a lo que se podría llamar el "prototipo de alteridad humana", es decir, la pareja hombre-mujer. Sin embargo, en los textos posteriores del Génesis se encuentra la referencia a las demás formas en que se realiza esta alteridad: entre padres e hijos, entre hermanos, entre grupos sociales, entre pueblos, y entre toda la humanidad. En efecto, no se puede hablar de pueblos dignos mientras otros viven en situación de extrema pobreza. No se puede aplaudir el desarrollo del Primer Mundo y las condiciones de vida de sus ciudadanos —que en cierta forma les otorga una base material para ejercer su dignidad y ser respetados en sus derechos humanos—, si son a costa de la explotación de los recursos naturales y humanos del Tercer Mundo, si están acompañadas de insolidaridad hacia los demás pueblos, o si debajo de ellas se encuentra una inmensa y alta montaña de seres humanos que han sido sacrificados en pro de la modernidad.

Al respecto es enriquecedora la filosofía de Emmanuel Lévinas. Según este filósofo no basta para la plena eficacia y auténtico funcionamiento del sistema protector de los derechos humanos que se limiten las libertades de cada sujeto de manera racional y jurídica, sino que es necesario un compromiso de fraternidad con el otro.

"Libertad en la fraternidad en la que se afirma la responsabilidad del uno-para-el-otro, a través de la cual, en lo concreto, los derechos humanos se manifiestan a la conciencia como derecho del otro y del que debo responder. Manifestarse originalmente como derechos del otro hombre y como deber para un yo, como mis deberes en la fraternidad, he ahí la fenomenología de los derechos humanos".<sup>42</sup>

Bajo esta óptica, la doctrina individualista de los derechos humanos, que es la más aceptada en las esferas del poder occidental, es altamente criticable. Estos derechos no deben ser reducidos a aquellos que ejerce el individuo que ha sido limitado en su "libertad natural" por un pacto social. Es una doctrina que conlleva a una abstrac-

<sup>42</sup> LÉVINAS, Emmanuel, *Fuera del sujeto*, Caparrós Editores, Madrid, 1997, p. 140.

ción del ser humano, considerando a todas las personas iguales, libres y propietarios (los tres derechos fundamentales según John Locke), y soslayando la situación real de la humanidad. Para esta doctrina, la dignidad humana no es una vocación o una tarea por construir, sino algo ya dado y determinado de antemano. Es una doctrina altamente conservadora pues aboga por el orden y el respeto a los derechos adquiridos dentro del gran desorden que impone el sistema dominante. Poco se preocupa por la reivindicación de los derechos negados o arrebatados. Es decir, en la práctica, le interesa el "respeto" a los derechos humanos mas no la lucha por ellos.

"Es la teoría de los 'derechos humanos' de una sociedad 'neoliberal', globalizada, altamente tecnificada en las telecomunicaciones, lo que le permite la circulación libre y especulativa de los capitales financieros, usufructuarios reales, efectivos, de los derechos de propiedad y de libertad, a costa del hambre, esto es, del diluido *derecho a la vida digna y libre* de las grandes mayorías. Derecho éste, que sólo podría sostenerse con la responsabilidad, el deber, la obligación, la solidaridad con el *otro*, concretizando la justicia".<sup>43</sup>

Negar en la práctica a la gran mayoría de la población humana su dignidad es violar sistemáticamente los derechos humanos. Al negar la dignidad al otro, se desconoce la propia. Jesús de Nazaret fue terminante respecto a la alteridad de la dignidad y los derechos humanos, al afirmar que quien quiera ganar la vida, la perderá, y quien la pierda, la ganará.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS DEL POBRE

Es importante señalar que los textos bíblicos no conocen la expresión "derechos humanos". Si bien, en los párrafos precedentes se ha sustentado bíblicamente la dignidad humana y su carácter de vocación universal, se debe especificar que cuando la Biblia habla de "derechos" no realiza una abstracción por medio del concepto "humanos". En cambio, existen constantes referencias a los derechos

<sup>43</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesús A., *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico*, Porrúa, México, 2001, p. 68.

del huérfano, de la viuda, del pobre y del extranjero. Los textos no los presentan como tales, sino como mandatos de YHWH, como deberes, lo que corrobora lo comentado en el inciso anterior sobre la alteridad de la dignidad humana.

En los textos bíblicos, en muchas ocasiones, los conceptos de justicia y derecho van acompañados por otro concepto también fundamental en la Biblia: el pobre. Se localizan diversas palabras que le refieren:<sup>44</sup>

- a) *Ani*: Se usa 75 veces en el Antiguo Testamento. Significa el encorvado que vive bajo presión, el que es dependiente, humillado. A causa de su situación —y no por voluntad propia— le es imposible levantar la cabeza. Delante de él está el opresor, el que hace que se quede pobre.
- b) *Anaw*: Se usa en 20 ocasiones. Significa el pequeño, el humilde. Indica una actitud interior. La forma plural es *anawim*. Su raíz es *anah*, que significa agachar, curvar, oprimir.
- c) *Dal*: Se usa 48 veces. Significa reducido, insignificante, frágil, deprimido, flaco. Refiere a una situación general de ser marginado por carecer de valor.
- d) *Ebyoon*: Se usa en 61 ocasiones. Significa carente, necesitado, indigente. Alguien que necesita a los otros.
- e) *Rash*: Aparece 24 veces. Es una palabra neutra, y significa pobre.

El repetido uso en los textos bíblicos del tema del pobre y la pobreza parte de una convicción profunda: si el pueblo hubiera sido fiel a la Alianza no existiría opresión ni empobrecimiento. La aparición de los pobres es una señal de la ruptura de la Alianza, es decir, es una clara señal del incumplimiento de la ley dada por YHWH. Es la consecuencia de la irresponsabilidad del hombre para continuar con la creación.

A diferencia de la doctrina individualista de los derechos humanos, que suele preocuparse por derechos que interesan más a las clases sociales que, hasta cierto punto, tienen satisfechas sus necesida-

<sup>44</sup> Cfr. Varios autores, *Sabiduría y poesía del pueblo de Dios*, CRT, México, 1995, p. 203.

des básicas, tales como los derechos a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a la libertad de prensa y a la libertad de propiedad, los textos bíblicos le dan prioridad a los derechos fundamentales que les son negados a los pobres: “Son cosas indispensables para la vida: el agua, el pan, la ropa y una casa para abrigarse” (Si 29, 21). Desde la perspectiva bíblica, la prioridad corresponde al derecho a la vida y a los medios de vida, como la integridad física, la salud, el trabajo, la alimentación, la vivienda, la seguridad social, la educación. Los demás derechos, tan importantes que siguen siendo derechos humanos, deben de ser definidos a partir de esos derechos básicos. Así, bien entendidos, los derechos humanos implican una limitación de los privilegios de los poderosos —y no sólo del Estado— a favor de los derechos de los más débiles, a fin de que se pueda crear y disfrutar de una vida social más justa y fraterna.

Para respetar auténticamente la dignidad humana es necesario respetar los derechos de los pobres. En este sentido, el libro de los Proverbios sentencia que “oprimir al débil es ultrajar a su Creador” (Pr 14, 31). Los sistemas promotores de la injusticia y de la violación de los derechos humanos se caracterizan por ser excluyentes; por eso, los códigos del antiguo Israel contienen ordenamientos como: “Ama, pues, al forastero porque forastero fuiste tú mismo en el país de Egipto” (Dt 10, 19); “No hagan lo que se hace en la tierra de Egipto, donde ustedes han vivido, ni hagan lo que se hace en la tierra de Canaán, hacia donde los llevo: no sigan sus tradiciones” (Lv 18, 3). Y en estos sistemas, los excluidos siempre han sido los pobres y las minorías sociales.

Otros textos que ordenan respetar los derechos de los pobres son: “No explotarás al jornalero humilde y pobre, ya sea uno de tus hermanos o un forastero que se encuentre en tu tierra, en algunas de tus ciudades” (Dt 24, 14). “No cambies los límites antiguos, no te apoderes del campo del huérfano” (Pr 23, 10). “No niegues al pobre su alimento, ni dejes esperando al que te mira suplicante” (Si 4, 1). Por su parte, el Nuevo Testamento sigue la misma tónica, siendo uno de los fragmentos más significativos el llamado “Juicio de las Naciones” (Mt 25, 31-46), donde se hace hincapié en la dignidad de los que están “hambrientos, sedientos, sin ropa ni vestido, enfermos o

en la cárcel”,<sup>45</sup> y se señala que el criterio válido para juzgar a todas las naciones y pueblos consiste en si efectivamente reivindicaron o no en sus derechos fundamentales a quienes les han sido privados o negados.

### V. CONCLUSIÓN

El análisis de la dignidad humana como imagen de Dios devuelve a aquélla su carácter histórico y dinámico. El derecho a contar con las condiciones de vida dignas para el desarrollo pleno de cada persona, no es un derivado jurídico de la calidad de ser imágenes de Dios. Es el mismo ser su imagen y semejanza.

La capacidad creadora del ser humano debe estar encaminada a desarrollar las condiciones necesarias para que las personas realicen efectivamente su dignidad. Es una tarea de la humanidad, reconociendo su unidad y origen común, la construcción de un mundo más justo e igualitario. Esta labor debe estar sustentada en el reconocimiento de la alteridad de la dignidad humana. Sólo a través de la solidaridad con el otro, se pueden respetar efectivamente los derechos humanos. La negación de la dignidad del otro es la negación de la propia dignidad. La realización plena de la persona sólo se comprende en su encuentro con el otro: desde el prototipo de alteridad humana que es la pareja hombre-mujer, hasta las relaciones entre los distintos pueblos y culturas del planeta.

Una noción fundamental que se encuentra a través de los textos bíblicos es que los derechos humanos deben comprenderse como los derechos de las grandes mayorías, las cuales son mayorías pobres. Por tanto, luchar por los derechos humanos es luchar por los derechos de los pobres, por la dignidad de los oprimidos ante todo y, a partir de ahí, por la de todos los hombres. Así, y sólo así, se podrá evitar que los derechos humanos sean utilizados como envoltura para proporcionar un rostro humanitario a las prácticas de explotación, intervencionismo y violación que realizan los poderosos.

<sup>45</sup> “En verdad les digo que cuanto hicieron a unos de estos hermanos míos más pequeños, a mí me lo hicieron” (Mt 25, 40). La concepción del ser humano como imagen del Dios en el Antiguo Testamento es retomada en este pasaje, pero concretizándola en las personas de quienes les han sido negados sus derechos fundamentales.

Si los derechos humanos implican la alteridad humana, entonces comprender al “otro” como el pobre y el oprimido, es superar el riesgo de una abstracción inoperante (“todos los hombres”) al afirmar que el “inequívocamente otro” es a quien se le han negado sus derechos fundamentales. Al respecto, De la Torre Rangel sostiene:

“Y es que es al otro que en justicia se le deben cosas y conductas, se le debe su derecho; y entre el otro —cualquiera persona— y el *inequívocamente otro* —persona negada, excluida, víctima—, existe una relación analógica. Hay una base de igualdad, los mismos derechos comunes; sin embargo el *inequívocamente otro* es distinto, pues en el momento histórico concreto es víctima de la injusticia, padece la ausencia de la eficacia en el ejercicio de sus derechos”.<sup>46</sup>

La exigencia bíblica de reivindicar en sus derechos al huérfano, a la viuda y al forastero indica que no basta afirmar la igualdad esencial de todos los seres humanos sobre la base de su dignidad (como se hace en las narraciones de la creación); es necesario, ante todo, que aquellos que han sido aplastados y oprimidos sean realmente beneficiarios de esa igualdad y dignidad que se afirman en abstracto. Sólo así los derechos humanos podrán ser históricamente universales, y dejarán de ser pensados —como lo ha hecho la modernidad— exclusivamente desde la perspectiva del triunfo de la razón sobre la fuerza sino, más en concreto, desde la defensa del débil contra el fuerte.

<sup>46</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesús A., *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico*, op. cit., pp. 103-104.

## ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ACCIÓN AFIRMATIVA Y LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

César SERRANO

SUMARIO: I. *Discriminación, igualdad y diferencia.* II. *Acción afirmativa.* III. *Discriminación positiva y sistema de cuotas.* IV. *Discriminación positiva, utilitarismo y derechos humanos.* V. *Conclusiones.*

### I. DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD Y DIFERENCIA

La existencia de grupos o sectores sociales en situaciones de desventaja fáctica, víctimas de la discriminación y la desigualdad, es una constante en la historia política y social mexicana, y de la propia humanidad. No por ello deja de ser una constante injusta y vergonzante, especialmente en las modernas sociedades de cuño democrático: "La presencia de amplios grupos marginados o discriminados atenta contra valores democráticos tan elementales como la igualdad o la justicia social con los que se identifica el orden constitucional de la mayoría de los Estados. De ahí que la erradicación de tales situaciones represente un auténtico reto para cualquier sociedad democrática".<sup>1</sup> El reto de un México verdaderamente democrático es la erradicación de la discriminación arraigada en la sociedad.

La discriminación es un fenómeno social y cultural que considera a otro ser humano como inferior en un plano axiológico, antropológico o social y lo relega de la participación en la vida política, social y cultural de la cultura dominante, asignándole roles determinados e

<sup>1</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "Luces y sombras de la discriminación positiva", en *Claves de razón práctica*, núm. 90, p. 66.

imponiéndoles una visión falsa sobre sí mismos. La discriminación, por lo tanto, deriva en una desventaja fáctica, en la desigualdad, de los grupos discriminados respecto del resto de la sociedad dominante. México reconoció finalmente esta situación y el 11 de junio de 2003 entró en vigor la primera ley tendiente a combatir el flagelo de la discriminación. Una ley que con mucho retraso reconoce lo que muchos se negaron a ver por muchos años: que la mexicana es una sociedad profundamente jerarquizada, y por lo tanto, profundamente discriminatoria e injusta.<sup>2</sup>

La discriminación ha sido definida tanto por el derecho internacional y por el nacional más o menos en los mismos términos: toda distinción, exclusión o restricción basada en el origen étnico, nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, que tenga por efecto el impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. En este tenor el racismo, nacionalismo, machismo, clasismo, xenofobia, antisemitismo, homofobia o etnocentrismo, no son sino algunas de las múltiples y horribles caras de la discriminación. La erradicación de la discriminación no se logrará simplemente con su prohibición y sanción, sus raíces son esencialmente sociales y muchas veces antropológicas. La lucha en contra de la discriminación tomará algunas generaciones, pero es momento de dar los primeros pasos.

Debemos comenzar por reconocer *la diferencia*. La diferencia *per se*, no puede ser objeto de un juicio valorativo, carece de implicación axiológica alguna, es simplemente el reconocimiento de la naturaleza misma. Este reconocimiento ha sido formulado por Ferrajoli dentro de un modelo de idéntica valoración jurídica de las diferencias. Es necesario para ello distinguir la igualdad en los derechos fundamentales como un principio normativo y la diferencia como un prin-

<sup>2</sup> En este sentido Iris Marion YOUNG hace una afirmación lapidaria: "Dondequiera que haya racismo existe la presunción, más o menos aceptada, de que los miembros de los grupos raciales oprimidos son o deberían ser sirvientes de quienes —o de algunos de quienes— se ubican en el grupo privilegiado". No es necesaria la pregunta ¿hay racismo, clasismo, sexismo, en México? La respuesta es obvia. Véase YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, pp. 91-92.

cipio fáctico. La igualdad como principio valorativo —todos somos iguales ante la ley o principio de igualdad jurídica— requiere de garantías que aseguren la efectividad de los derechos fundamentales. Como afirma Ferrajoli: "La igualdad en los derechos fundamentales les resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad".<sup>3</sup>

Efectivamente, no debemos caer en la trampa dialéctica de considerar a *igualdad* y *diferencia* como términos antitéticos: la igualdad es el *deber ser*; la diferencia, el *ser*.<sup>4</sup> Al caer en esta trampa nos encontraríamos ante dos escenarios posibles, o bien consideramos como principios normativos —*deber ser*—, a la diferencia y a la igualdad, o bien consideramos a ambas como situaciones fácticas —*ser*—.

En el primer escenario sería inaceptable considerar a la diferencia como un principio normativo, ya que implicaría una eficacia diferenciada de derechos fundamentales en razón del sujeto. En otras palabras, la legalización de derechos diferenciados al estilo *apartheid* sudafricano o *separated but equal* en el sureste estadounidense de la

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 76.

<sup>4</sup> "Igualdad" es término normativo: quiere decir que los 'diferentes' deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. 'Diferencia(s)' es un término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer 'igualdad' a 'diferencias'." FERRAJOLI, 'Igualdad y diferencia', *op. cit.*, p. 79.

primera mitad del siglo XX. En el segundo supuesto, igualdad y diferencia como situaciones fácticas, nos encontraríamos ante un escenario imposible: la igualdad no puede ser considerada una situación fáctica, pues nos encontraríamos negando la realidad de la realidad humana: sexo, raza, lengua, religión, edad, instrucción, condiciones sociales, capacidades físicas, etc. Ante estos dos escenarios no queda más opción que reconocer a la diferencia como situación fáctica, y a la igualdad como principio normativo. La distinción es útil para entender por qué la norma debe tender a la igualdad, sin que esto implique un ataque a la diferencia.

La diferencia como fundamento de la propia realidad humana debe ser considerada para aceptar que esas mismas diferencias pueden —y frecuentemente lo hacen— violentar el principio normativo de la igualdad provocando mayores desigualdades. La igualdad como principio normativo, debe contar con garantías efectivas que otorguen plena eficacia de los derechos fundamentales para todas las personas y que permitan salvaguardar sus diferencias e identidades como fundamento de la sociedad: "...sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la ineffectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas".<sup>5</sup>

Un pequeño ejemplo: yo pertenezco a una minoría lingüística y cultural, digamos a la tzotzil, y debido a la carencia de profesores que hablen mi lengua o al desinterés de las autoridades públicas, no recibo educación escolar básica, lo que se traduce en que no gozo de mi derecho fundamental a la educación, encontrándome por lo tanto incapacitado para ejercer mis derechos políticos y civiles de manera efectiva. La diferencia —mi pertenencia a un grupo minoritario distinto al de la cultura dominante— determina la violación de mis derechos fundamentales —la falta de educación básica y la imposibilidad de hacer valer efectivamente mis derechos políticos y civiles—. Ya que la igualdad como principio jurídico me otorga los mismos derechos fundamentales que a todos, el Estado debe establecer ga-

<sup>5</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 80.

rantías que permitan el goce efectivo de mis derechos. En este caso las medidas que lo hagan serán la educación pública elemental y superior bilingüe o la posibilidad de que mi grupo o comunidad establezca sus propios centros educativos, y tratándose de mis derechos políticos, la de contar con una representación especial ante los órganos del Estado, la posibilidad de participar políticamente en mi propia lengua y votar a mis representantes y gobernantes.

La negación de derechos fundamentales producto único de la discriminación es el objetivo real de la lucha contra la discriminación. Al aplicar normas tendientes a acabar con la discriminación lo que se busca no es "promover la igualdad de oportunidades y de trato" o "permitir el pleno desarrollo de las personas", sino el goce pleno e igualitario de derechos fundamentales, goce pleno que permita que las personas puedan aprovechar las oportunidades, puedan decidir o no sobre su pleno desarrollo y que reciban un trato igualitario.

El reconocimiento de la diferencia es el primer paso para alcanzar la igualdad en el goce de derechos, pero el establecimiento de mecanismos tendientes a lograrlo es el paso decisivo.

## II. ACCIÓN AFIRMATIVA

Uno de los mecanismos tendientes a revertir la discriminación y las desventajas fácticas de los sectores desprotegidos fue puesto en marcha a finales de los años cincuenta en los Estados Unidos de América bajo el nombre de *affirmative action*, o acción afirmativa. Estas medidas fueron fruto de la presión hecha por el movimiento por los derechos civiles opuesto a la segregación racial en el sureste de los Estados Unidos.

Las políticas de acción afirmativa (*affirmative action policies*, de donde se toma el nombre genérico de *acción afirmativa*), se traducen generalmente en medidas y mecanismos tendientes a garantizar el principio de igualdad de derechos y oportunidades de grupos e individuos discriminados o sujetos a una desventaja fáctica.<sup>6</sup> La ac-

<sup>6</sup> Por lo que sigue, véase GARCÍA AÑÓN, José, "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo", en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, pp. 309-337.

ción afirmativa está compuesta por diversos mecanismos de resarcimiento por los daños (no en su sentido civilista) que se han infringido históricamente a minorías raciales, étnicas o culturales, y que se ha traducido en desventajas fácticas para los miembros de dichos grupos.<sup>7</sup> En los Estados Unidos de América se ha aplicado preferentemente a favor de la comunidad afroamericana en virtud de los agravios históricos que han sufrido, extendiéndose posteriormente hacia otros grupos discriminados como los chicanos, ahora rebautizados como *hispanicos*, nativos americanos y asiáticos. Por su parte, en Europa, la acción afirmativa ha tendido a tratar la cuestión de género de manera preferente. A pesar de que las políticas de acción afirmativa son consideradas como normas características del Estado social de derecho —normas que implican la obligación de hacer por parte del Estado—, su origen se encuentra dentro del Estado liberal clásico, la pugna por los derechos civiles y políticos y el principio de igualdad.

Como lo hace notar García Añón, existe poco rigor jurídico al tratar los temas de acción afirmativa y discriminación positiva o inversa: no existe una definición clara de los conceptos y frecuentemente se confunden por sus fines, sin reparar en que existe una relación género-especie.<sup>8</sup> Con ánimo expositivo seguiremos la distinción

<sup>7</sup> La distinción entre raza y etnia para efectos de este artículo radica en que la primera toma como base factores externos tales como color de piel o rasgos físicos, mientras que la etnia puede compartir raza con la sociedad dominante, pero no tradiciones, cultura o lengua. Los afroamericanos en los Estados Unidos forman una minoría racial, a pesar de compartir cultura y lengua. Los italoamericanos o irlandeses forman una minoría étnica, aunque racialmente no exista distinción alguna con el resto de la población estadounidense. En algunos casos ambos conceptos podrán coincidir, por ejemplo, las comunidades asiáticas en los Estados Unidos. Por otra parte algunos autores como KYMLICKA, distinguen minorías nacionales y minorías étnicas, siendo las primeras aquellas minorías asentadas históricamente en los territorios de los actuales Estados, mientras que la minorías étnicas son producto de la inmigración.

<sup>8</sup> GARCÍA AÑÓN afirma: "Habría que partir de que sobre el concepto de acciones afirmativas o de las políticas para llevar a cabo la protección del principio de igualdad o la lucha contra la discriminación no existe una definición normativa clara, ni acuerdo en la doctrina, ni en el plano social ni jurídico, lo que entre otras cosas ha propiciado su debilidad y la puesta en duda de la legitimidad de estas políticas". Más adelante denuncia "la creación de conceptos y terminología por parte de la doctrina y la jurisprudencia, con conexión con las normas nacionales o europeas, ni con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas", *op. cit.*, pp. 318 y 323 respectivamente.

que García Añón hace respecto de las medidas de aplicación de la acción afirmativa: las medidas de concienciación, las medidas de facilitación y las medidas de retribución.

Las primeras son políticas educativas o de formación y de carácter publicitario e informativo, que pretenden "crear un estado de opinión o una sensibilización del problema". Las medidas de facilitación tienden a la aplicación de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad fáctica. En éstas el autor distingue: *a)* medidas de estimulación, como becas o subvenciones, *b)* medidas de discriminación positiva, consistentes en un tratamiento desigual a favor del que se encuentra en situación de desventaja a través de la aplicación de cuotas, y, *c)* medidas de trato preferencial, consistentes en el otorgamiento de prioridad ante una igualdad de condiciones ante una situación determinada, pero partiendo del supuesto de una "situación contextual de desventaja". Finalmente nos encontramos con las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva, consistentes en estímulos o exenciones fiscales o premios a quienes apliquen correctamente medidas de acción afirmativa. Como se puede apreciar, las medidas de facilitación se relacionan de una manera más directa con la aplicación práctica de las políticas de acción afirmativa, y uno de sus mecanismos más polémicos y conocidos: la discriminación positiva, que representa mayor complejidad, debido a sus ineludibles implicaciones legales y constitucionales.

La finalidad de esta clasificación es mostrarnos la variedad de mecanismos y ámbitos de aplicación de la acción afirmativa, e independientemente de que estemos de acuerdo o no con ella, es útil para una comprensión global de las políticas de acción afirmativa.<sup>9</sup> La acción afirmativa (políticas de acción afirmativa) es el género, del cual se desprende la especie discriminación positiva.

Si bien es fácil realizar una crítica sobre una materia poco desarrollada, haremos una pequeña observación a la clasificación de

<sup>9</sup> Ciertamente, dentro de las políticas de acción afirmativa caben todas aquellas medidas que permiten la reversión de las desventajas fácticas y de la discriminación, y estas medidas no implican necesariamente ninguna ruptura o excepción al principio de igualdad, pueden tener carácter permanente o temporal, o constituir o no, derechos, privilegios o tratos especiales. En este tenor, las políticas de acción afirmativa (acción afirmativa) implican algo más amplio que la discriminación positiva con la que tradicionalmente se le identifica y confunde.

García Añón con el propósito de clarificarla. En el intento de clarificar la denunciada confusión terminológica es fácil terminar enredado en ella. Considero que dentro de las medidas de facilitación, las medidas de discriminación positiva bien pueden absorber a las llamadas medidas de trato preferencial: cuando encontrándose dos trabajadores con la misma capacidad y calificación, se decide por aquél que pertenezca a un grupo desfavorecido o con baja representación (mujer, negro, discapacitado), aplica en su favor una medida de trato preferencial, denominada cuota flexible. Si hallándose los dos trabajadores, y aquél en situación de desventaja o infrarrepresentación posee capacidades menores al candidato del grupo dominante, y aun así es elegido, opera en su favor una medida preferencial o trato privilegiado denominada cuota rígida.

Ambas deben ser consideradas como medidas de discriminación inversa o positiva, ya que si se sigue la lógica que se ha seguido históricamente, sin la existencia de correctivos, en ambos supuestos será elegido el hombre a la mujer, el blanco al negro o al indio, el joven al viejo, el "sano" al discapacitado, etc. Ambas medidas tienden a revertir esta lógica y optan por la persona perteneciente a estos grupos, "discriminan" en el sentido inverso en que la discriminación habría operado normalmente, y así, ambas, las cuotas flexibles y las rígidas, los tratos preferenciales, constituyen discriminación positiva o inversa.

Toda aplicación legal de medidas de facilitación implicará una discriminación tolerada. La discriminación positiva consiste en la derogación parcial de la norma prohibitiva de discriminación o la reducción de su eficacia, con el fin de lograr que ciertos sectores de la población en situación de desventaja fáctica debido a ciertas características —raza, sexo, lengua, religión, cultura—, logren revertir a las desventajas ocasionadas por la discriminación. Estos correctivos, se ha aceptado, deben ser temporales, no se constituirán como derechos y no deben derivar en una nueva discriminación: "Mediante la concesión de oportunidades especiales a favor de dichos colectivos —yendo, pues, más allá de la igualdad de oportunidades aparentemente neutral—, se trataría de superar una situación de desigualdad fáctica que la mera igualdad formal no puede disolver".<sup>10</sup>

<sup>10</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 66.

Si bien la aplicación generalizada de estos mecanismos se establece bajo criterios étnicos o de género, su aplicación extensiva a otros criterios es posible y deseable. Al referirse a la acción afirmativa en los Estados Unidos a favor de los jóvenes afroamericanos en las universidades, bajo criterios exclusivamente raciales, Dworkin manifiesta: "*Affirmative action programs use racially explicit criteria because their immediate goal is to increase the number of certain races in these professions. But their long-term goal is to reduce the degree to which American society is overall a racially conscious society*".<sup>11</sup> Este mismo argumento puede aplicarse análogamente al caso de mujeres, discapacitados e indígenas: los programas de acción afirmativa y discriminación positiva pueden usar criterios de género, étnicos o culturales porque su meta inmediata será elevar la representación de estos grupos dentro de la sociedad, y así, a largo plazo, reducir el grado de conciencia de género, cultural o étnica —en sentido negativo— de la sociedad, es decir, reducir la discriminación hacia estos grupos y las falsas concepciones que la cultura dominante tiene sobre ellos.

Los mecanismos de la acción afirmativa implican no sólo la participación y hacer estatal, sino el del sector privado igualmente, al establecerse que si instituciones privadas o empresas no cumplen con cupos o cuotas determinadas perderán el acceso a créditos, contratos públicos, concesiones o incluso podrían ser objeto de sanciones administrativas. Por el contrario, su debido cumplimiento podría ser premiado con exenciones fiscales, preferencia a créditos o prerrogativas para concursos públicos.

Si bien, por naturaleza, la discriminación positiva, y en general, las medidas de facilitación, formalmente violentan el principio de igualdad formal, el rompimiento con éste tiene como fin alcanzar la igualdad material: "La formulación correcta, desde mi punto de vista, es que para hacer efectivo el principio de igualdad en su dimensión material, se pueden adoptar medidas que en algunos casos

<sup>11</sup> "Los programas de acción afirmativa usan criterios explícitamente raciales porque su meta inmediata es incrementar el número de ciertas razas en estas profesiones. Pero su meta a largo plazo es reducir el grado en el cual la sociedad americana es, sobre todo, una sociedad racialmente consciente". DWORKIN, Ronald, "Bakke's Case: Are Quotas Unfair", en *A matter of principle*, p. 294.

excepcionen o puedan vulnerar la otra dimensión del principio-derecho de igualdad, su dimensión formal".<sup>12</sup> La consecuencia de considerar invulnerable al principio de igualdad en sentido formal, tendría como consecuencia necesaria la perpetuación de la situación de desventaja y desigualdad que sufren varios sectores de la población, impidiendo por ejemplo, políticas sociales y de desarrollo social. La igualdad formal sólo puede considerarse absoluta ante igualdad de circunstancias, expresado en el axioma *igualdad para los iguales*.

### III. DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y SISTEMA DE CUOTAS

La oposición tradicional de muchos sectores conservadores a las políticas de acción afirmativa se debe, en la gran mayoría de los casos, al desconocimiento de los mecanismos de aplicación de éstas y a la confusión entre acción afirmativa y discriminación positiva o inversa. Habitualmente la oposición se centra en esta última.

La discriminación positiva o inversa funciona a través de un sistema de cuotas: las flexibles o cuotas por decisión y las cuotas rígidas o cuotas por resultados.<sup>13</sup> Las cuotas flexibles o de decisión, como hemos visto, implican el trato preferencial que se le otorga a los sujetos provenientes de los colectivos discriminados, y ante una situación de igualdad, será preferido aquél que pertenezca al sector desprotegido o menos representado. Las cuotas rígidas o por resultados, son aquellas que permiten que ante dos candidatos, se prefiera, sin valoración contextual alguna, a los miembros de sectores discriminados, miembros de minorías, mujeres, discapacitados o de cualquier otro grupo desfavorecido. La cuota por decisión radica en una preferencia no automática. Las cuotas por resultados son aquellas que otorgan un trato privilegiado, esto es, que otorgan una preferencia automática o absoluta, bajo cualquier circunstancia, de modo que un trabajador, por ejemplo, obtendría una plaza laboral o cargo que de otra manera no habría obtenido, por poseer menores capacidades o aptitudes respecto del resto de los candidatos.

<sup>12</sup> GARCÍA AÑÓN, *op. cit.*, pp. 324-325.

<sup>13</sup> Para el desarrollo de esta distinción véase GARCÍA AÑÓN, *op. cit.*

Ahora bien, las cuotas rígidas, debido a que operan mediante un automatismo irreflexivo deriva en una nueva discriminación —en su sentido negativo— y aunque lograría revertir la estructura discriminatoria tradicional, su aplicación es polémica y en algunos casos, prohibida. Las cuotas rígidas son aceptadas, por ejemplo, cuando se obliga a las empresas a contratar un porcentaje mínimo de mujeres o personas discapacitadas, independientemente de si del otro lado existía algún candidato con merecimientos para ocupar un puesto laboral. En los Estados Unidos, las universidades poseen cuotas rígidas para la admisión de negros, hispanos y otras minorías raciales.

El sistema de cuotas rígidas o por resultados es expuesto por Dworkin en el caso DeFunis,<sup>14</sup> en donde un estudiante judío es rechazado en la Universidad de Washington debido a las políticas de discriminación inversa, aunque habría sido admitido de ser chicano, afroamericano o indígena, ya que dicha universidad poseía distintos criterios de admisión, uno general y una cuota de admisión para ciertos sectores étnicos, por lo que el criterio de admisión que le quitó su plaza a DeFunis sería el racial, y no el intelectual o el de capacidades personales.

Las cuotas rígidas son rechazadas en otro contexto, en la Unión Europea, ya que se ha considerado que la preferencia automática de éstas es inaceptable, y requieren de la cláusula de apertura, esto es, la remisión a las cuotas flexibles, que requieren de contextualización y comparación. Así García Añón afirma: "...el criterio de preferencia no puede ser absoluto e incondicional, sino más bien que tiene que tener (sic) una justificación contextual y temporal". Es claro que la aplicación de cuotas rígidas, de preferencia automática, pueden derivar en su constitución como derechos absolutos y, por lo tanto, opuestos a la razón de ser de las políticas de acción afirmativa. Cabe señalar que esta oposición del derecho europeo se ha dado en el contexto laboral, como veremos más adelante, y no en el educativo.

Este tipo de cuotas rígidas que otorgan una preferencia automática son las que atraen la atención de los opositores de las políticas de acción afirmativa y generan su rechazo bajo el argumento de que se

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald, "La discriminación positiva", en *Los derechos en serio*, pp. 327-348.

trata de una nueva discriminación y una quiebra significativa del principio de igualdad. Esta es la crítica fundamental a la discriminación inversa: la aceptación legal de una aplicación desigual de la ley a favor de ciertos individuos, y por ende la discriminación de otros. La crítica liberal tradicional ha expresado que estos mecanismos son de naturaleza antiliberal pues van en contra del principio de neutralidad liberal del Estado. Sin embargo, filósofos liberales como Ronald Dworkin,<sup>15</sup> admiten la aplicación de la acción afirmativa aun reconociendo que va en contra de los principios liberales que él mismo sustenta: “*We have not succeeded in reforming the racial consciousness of our society by racially neutral means. We are therefore obliged to look upon the arguments for affirmative action with sympathy and an open mind*”.<sup>16</sup>

Debemos de aceptar, no obstante, que dadas las circunstancias de desventaja fáctica que sufren los miembros de muchos grupos sociales, es necesaria la implementación de mecanismos de este tipo para revertir los efectos negativos de la discriminación e intentar aumentar sus oportunidades de vida buena y de autonomía personal. Como lo advierte Bobbio: “No es superfluo, en cambio, reclamar la atención sobre el hecho de que, precisamente el objeto de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones, de partida, puede ser necesario para favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien, imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes... De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades”.<sup>17</sup>

Si bien no es éste el lugar para tratar la polémica de la constitucionalidad o moralidad de las medidas de acción afirmativa —aunque el debate se centra exclusivamente en la discriminación inversa—,

<sup>15</sup> Para un amplio análisis sobre la *Affirmative action* véase DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

<sup>16</sup> “No hemos tenido éxito en reformar la conciencia racial de nuestra sociedad por medios racialmente neutros. Por lo tanto, estamos obligados a ver los argumentos a favor de la acción afirmativa con simpatía y mente abierta”, DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 295.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 79.

debemos dejar constancia de que existe una fuerte oposición a estas medidas, y que éstas se dan tanto en el sector liberal-individualista como en el comunitarista: el liberal por considerar que existe una nueva discriminación, y por lo tanto, ruptura del principio de igualdad; el comunitarista por considerar que estos mecanismos son paternalistas y derivan en una nueva forma de discriminación por seguir considerando a los sectores beneficiados como incapaces o subdesarrollados, afectando la autoestima del grupo. En contra del argumento liberal podemos afirmar que esta “nueva discriminación” y ruptura del principio de igualdad se da precisamente para garantizar la vigencia de este principio, y que el fin de este principio no lo es solamente la igualdad formal, sino la material. En contra del argumento comunitarista se ha esgrimido un argumento de carácter utilitarista: si bien puede generar una nueva discriminación y afectar la autoestima del grupo, debe valorarse que estos serán siempre menores a los efectos de la discriminación tradicional.

La legitimidad de las políticas de acción afirmativa y de la discriminación positiva no está sujeta a discusión y han sido aceptadas plenamente por el derecho internacional. El artículo 1o., párrafo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece: “Las medidas especiales tomadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, de 1979, contiene en su artículo 4 una disposición idéntica.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dada en Niza el 7 de diciembre de 2000, establece en su artículo 23 relativo a la igualdad entre mujeres y hombres: “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan

ventajas concretas en favor del sexo menos representado". De esta manera el derecho comunitario europeo reconoce y acepta expresamente las medidas de acción afirmativa limitadas a la cuestión de género, si bien los ordenamientos internos de los Estados miembros poseen disposiciones más amplias en beneficio de discapacitados y otros grupos sociales.

En México la LFPED establece en su artículo 5, en un homenaje al casuismo, que no se considerará discriminación:

- I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades.
- II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada.
- III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general.
- IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad.
- V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales.
- VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental.
- VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos.
- VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

El fundamento legal de la aplicación de las políticas de acción afirmativa no sólo está dado, sino que existe un acuerdo generalizado en el derecho internacional de la necesidad de su aplicación. Ya que las políticas de acción afirmativa tienden fundamentalmente a hacer eficaz el principio de igualdad, puede interpretarse que existe la facultad implícita de los Estados de aplicar estas políticas u otras semejantes para lograr la eficacia en el principio de igualdad y en el disfrute efectivo de derechos fundamentales, así, el artículo 2.2 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

La supremacía del derecho internacional sobre el nacional en materia de derechos humanos hereda a la materia antidiscriminatoria ese mismo principio y así se establece en el artículo 6 de la LFPED: *La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.*

A pesar de los cuestionamientos y los argumentos en contra podemos concluir que las políticas de acción afirmativa son deseables y que la discriminación positiva no puede ser considerada como una nueva discriminación —en sentido negativo—, siempre y cuando no generen derechos diferenciados para los distintos grupos y sean temporales. Las cuotas rígidas, gracias a su automatismo, pueden derivar en derechos diferenciados, aunque su aplicación sea temporal, mientras que las cuotas flexibles, que dan una preferencia en caso de igualdad de circunstancias, cumplen perfectamente con los parámetros determinados por las Convenciones contra la Discriminación señaladas. No obstante, aun si consideramos a la discriminación positiva como una nueva discriminación podríamos afirmar: "...aunque la realización de la igualdad efectiva pueda requerir la adopción de medidas discriminatorias, el objetivo último de estas medidas es enfrentarse a la discriminación. Por lo tanto, el principio de igualdad de oportunidades en que se fundamenta la acción-discriminación positiva no sólo es compatible, sino también complementario, con el principio general de no discriminación. Esto es, la igualdad formal y la sustancial no son antitéticas, sino complementarias".<sup>18</sup>

<sup>18</sup> OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 489-502.

A pesar de que las cuotas raciales y de género son las más conocidas, su aplicación puede y debe extenderse a los demás grupos sociales sujetos a discriminación y opresión. El sistema de cuotas ha sido exitoso al aumentar la cantidad de miembros de grupos discriminados en instituciones públicas y privadas, permitiendo una integración de los sujetos discriminados y una reapreciación de sí mismos, y por ende de su grupo social o minoría cultural. Las cuotas de género aplicadas en el ámbito de la Unión Europea dan fe de la capacidad que poseen para aumentar la representación femenina en cargos públicos y en el sector privado, disminuyendo la tradicional discriminación con motivo del sexo y provocando una reapreciación de la mujer fuera de los roles sexuales tradicionales.

Un ejemplo claro de la evolución del derecho antidiscriminatorio y de la aceptación de las medidas de discriminación positiva se dio en la Unión Europea con los casos *Kalanke* y *Marschall*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, dictó el 17 de octubre de 1995 la sentencia del caso *Kalanke*,<sup>19</sup> en donde el Tribunal rechazó la aplicación automática de una norma de discriminación positiva que concedía preferencia absoluta e incondicional a las mujeres en nombramientos o promociones laborales, considerando que se impedía la ponderación necesaria del caso particular y, por lo tanto, se discriminaba negativamente a los varones: “La adopción de medidas de discriminación positiva en favor de determinadas minorías no debe convertirse nunca, como afirma el tribunal, en un expediente fácil para excluir a nadie *a priori* sin antes examinar con objetividad cada solicitud o candidatura”.<sup>20</sup> No obstante, dos años después, mediante la sentencia del caso *Marschall* del 11 de noviembre de 1997,<sup>21</sup> el Tribunal corrigió su postura aceptando la legalidad de las medidas de discriminación positiva siempre y cuando existiera una cláusula de apertura consistente en la existencia de una debida ponderación de cada caso particular —la exclusión del automatismo irreflexivo—, y en donde sería aceptada la preferencia a favor de la mujer “...salvo que concurran en la persona de

<sup>19</sup> *Kalanke vs Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93.

<sup>20</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 68.

<sup>21</sup> *Marschall vs Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95.

un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor...” Bajo este supuesto, en caso de idénticas capacidades de los dos candidatos, un hombre y una mujer, la debida ponderación tomaría también en cuenta el contexto y se fallará a favor de la mujer, debido a la tendencia general de preferir hombres que mujeres o debido a su baja representatividad laboral.<sup>22</sup> Se considera así, que las cláusulas de apertura son un requisito indispensable para seguir considerando como lícitas las medidas de discriminación positiva y tratamiento preferencial.<sup>23</sup>

Estas fluctuaciones jurisprudenciales son normales, y como lo hace notar Velasco Arroyo, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha usado la misma cláusula de igual protección (*equal protection clause*) para prohibir la segregación racial en las escuelas,<sup>24</sup> que para prohibir algunas medidas de discriminación positiva.<sup>25</sup>

Los Estados deberán aplicar el sistema de cuotas de la discriminación positiva en beneficio de minorías y pueblos indígenas. En México, por ejemplo, donde la población indígena se calcula asciende a un 9 o 10% de la población total, podrían establecerse cuotas para el acceso a educación superior y la función pública federal. Lo mismo en Estados Unidos o en todos aquellos países donde las minorías y pueblos indígenas oprimidos sufren de una baja representatividad laboral en las oficinas públicas y en el sector privado, cuyo mantenimiento perpetúa su exclusión social y su carácter de marginados: “Y justamente, la aplicación del principio de la *discriminación positiva* no tiene otro objeto que armonizar el principio genérico de igualdad con el reconocimiento jurídico del hecho minoritario”.<sup>26</sup>

Las políticas de acción afirmativa son mecanismos que pueden extenderse y aplicarse según las necesidades locales, y no conside-

<sup>22</sup> “El TCJE ha reconocido la compatibilidad con el derecho comunitario de las normas nacionales de acción positiva relativas al establecimiento de preferencias siempre y cuando sean flexibles y cuenten con una ‘cláusula de apertura’; esto es, cuando la preferencia por las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, no sea incondicional o absoluta”, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, “Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 489-502.

<sup>23</sup> Véase OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, *op. cit.*, p. 501.

<sup>24</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

<sup>25</sup> *DeFunis v. Odegaard*, 416 U. S. 312 (1974).

<sup>26</sup> ROULAND, Norbert, *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*, p. 198.

rarse exclusivas del debate racial o de género. Concluimos con García Añón: "En este sentido, y teniendo en cuenta los contextos sociales, políticos y económicos, se deben asegurar medidas de acción afirmativa, e incluso en algunos casos de discriminación inversa —aunque él identifique discriminación inversa con automatismo y cuotas rígidas— para todos los colectivos desfavorecidos, y no sólo para las mujeres: extranjeros, minorías étnicas, minorías lingüísticas, minusválidos... En relación al ámbito, también deben extenderse a otros distintos del laboral, como el económico en el sentido amplio, el político, el asistencial y el educativo. Por tanto, la extensión también debe realizarse en relación al objeto, no centrándose sólo en el género, sino permitiendo la entrada de otros factores como la etnia, e incluso la condición de 'grupo desaventajado', de forma genérica, sin que eso pueda suponer el engullimiento de los otros factores. En realidad hay que recordar que la razón de existencia de estas medidas se encuentra en la eficacia de la igualdad en sus dos dimensiones. La igualdad en la ley exige que los derechos fundamentales estén garantizados, y esta garantía supone una conexión entre los niveles normativos de concepto, validez y eficacia de los derechos".<sup>27</sup>

#### IV. DISCRIMINACIÓN POSITIVA, UTILITARISMO Y DERECHOS HUMANOS

El fin último de las medidas de discriminación positiva es lograr el goce igualitario de derechos, se encuentran en relación directa con los derechos fundamentales y su plena realización. Esta relación es evidente en el derecho europeo: "Así pues, el principio de la discriminación positiva aparece como condición *sine qua non* del derecho europeo de las minorías: le proporciona, simultáneamente, la justificación, el marco y el alcance". Y ante las críticas en contra de la discriminación positiva en el sentido de que se encuentra en oposición a los derechos humanos, Rouland afirma: "Efectivamente, en la medida en que no tiene otro objetivo más que estibar los derechos minoritarios dentro del sistema global de la protección de los derechos del hombre, al tiempo que preserva la especificidad de éstos,

<sup>27</sup> GARCÍA AÑÓN, José, *op. cit.*, pp. 336-337. El comentario es mío.

las disposiciones materiales que los constituyen mal podrían conformar un conjunto autónomo susceptible de hacer la competencia a las normas referentes a los derechos del hombre".<sup>28</sup>

No obstante, las medidas que protejan o promuevan el bienestar de los miembros de minorías y grupos sociales en desventaja y sujetos a la discriminación sólo deben ser aplicadas cuando éstos deseen que se adopten y siempre de acuerdo con las necesidades específicas del grupo, y no por la pertenencia a un grupo *per se*. Las medidas de discriminación positiva no pueden ser impuestas a los grupos minoritarios.

Asimismo, se debe evitar que las políticas de acción afirmativa no produzcan un efecto contrario al deseado: el aislacionismo en lugar de la integración.<sup>29</sup> Se debe tomar en cuenta la experiencia estadounidense respecto de la comunidad afroamericana. Con el surgimiento en la década de 1960 del movimiento reivindicativo denominado *Black Power* se animó a los afroamericanos a romper con la comunidad blanca y desarrollarse en sus propios barrios con su propia gente, en lugar de buscar una integración con la mayoría blanca. Este aislacionismo produjo una ghetización de la comunidad afroamericana y un cierto retraso económico. Paradójicamente, los afroamericanos con mayor desarrollo personal y profesional se relacionaron ampliamente con la comunidad blanca y se alejaron de la propia que les impide su desarrollo personal imponiéndole autoconcepciones falsas.<sup>30</sup> Por otro lado, también se han hecho algunas advertencias respecto de la discriminación positiva, ya que se ha señalado que "[e]n ningún caso deberían pasarse por alto las posibles consecuencias fatales de aplicar el factor étnico o de género pensando ingenuamente que siempre va a ser tenido en cuenta sólo para beneficiar a las minorías en desventaja: nada ni nadie nos garantiza desgraciadamente que, en manos de un grupo de ideología racista en el poder, el sistema de cuotas no fuera empleado precisamente en contra de esas minorías".<sup>31</sup>

Como lo comentamos anteriormente, gran parte de la discriminación que se da en nuestras sociedades se debe a una asignación tra-

<sup>28</sup> *Idem supra*.

<sup>29</sup> Insistimos que hablamos de integración en oposición a la asimilación u homogeneización.

<sup>30</sup> Véase YOUNG, Iris Marion, *op. cit.*, pp. 268-270.

<sup>31</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 68-69.

dicional de roles de la que es difícil desprenderse; el caso del otorgamiento de roles sexuales tradicionales a las mujeres es paradigmático. De la misma manera existen discriminaciones arraigadas en la propia sociedad e incluso una auto-aceptación de algunos miembros de los grupos discriminados. Por otro lado, la incapacidad para comprender al otro, la ignorancia de sus costumbres y tradiciones y una visión etnocentrista pueden impedir la aceptación de los inmigrantes o miembros de minorías. En este tenor, uno de los medios más efectivos para evitar la discriminación es la integración social alentada por medio de programas educativos que fomenten el reconocimiento y aceptación de las diferencias como una fuente de riqueza cultural y crecimiento personal. Estos programas, evidentemente, serían orientados preferentemente hacia la cultura mayoritaria, que posee los prejuicios y falsas concepciones del *otro*.

Como lo señala Velasco Arroyo, existen dos buenas razones a favor de la discriminación positiva: los argumentos retrospectivo y lo prospectivo: "Los argumentos de carácter retrospectivo inciden en que las medidas de trato preferencial deben ser consideradas como una compensación por daños indebidos recibidos en el pasado, que suponían graves violaciones del principio de igualdad de oportunidades. Por su parte, los argumentos de carácter prospectivo definen tales medidas en virtud de consecuencias supuestamente buenas al contribuir a equiparar oportunidades, así como a socavar los estereotipos raciales y sexuales".<sup>32</sup> De la misma manera Dworkin concluye que la discriminación inversa es aceptable porque es socialmente útil: "...en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal".<sup>33</sup> La discriminación positiva puede ser aceptada, en términos utilitaristas puros, porque la relación costo-beneficio se decide a favor de un mayor beneficio social o comunitario que compensa con creces el costo-agravio en perjuicio de los derechos individuales. En este mismo sentido se ha aplicado la doctrina del estricto escrutinio en materia constitucional (*strict scrutiny*) en los Estados Unidos por la cual

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>33</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 338.

se estudian todas aquellas leyes antidiscriminatorias cuidando que no exista una ruptura del principio constitucional de igual protección de la ley (*equal protection clause*): "It has become a cost-benefit test measuring whether a law that falls... squarely within the prohibition of the equal protection guarantee is justified by the specially important social gains that it will achieve".<sup>34</sup>

Más allá del punto de vista utilitarista, el argumento de los derechos fundamentales me interesa especialmente. Ningún derecho, se ha dicho, es absoluto, ya que el derecho en su ejercicio se acaba donde inician los derechos de los demás. Los derechos fundamentales frecuentemente entran en conflicto entre sí, por lo que un tribunal deberá decidir cuál de los derechos controvertidos deberá prevalecer bajo determinadas circunstancias.

La obligación fundamental del Estado es reconocer y garantizar el disfrute de derechos fundamentales de sus gobernados, y procurar, mediante políticas sociales adecuadas, que todos gocen de un nivel de igualdad material mínimo que les permita el goce igualitario de derechos. La acción afirmativa y sus instrumentos, la discriminación positiva en concreto, son políticas públicas tendientes a lograr una igualdad material entre las personas de manera que éstas puedan gozar plenamente de sus derechos fundamentales. Así, una política pública que afecte eventualmente algunos derechos de unos cuantos, deberá ser aceptada en virtud de que su intención primordial es lograr nivelar las desventajas fácticas de determinados sectores sociales, minorías o pueblos indígenas, que han sufrido discriminación, abandono u opresión, y por lo tanto han carecido de derechos fundamentales. A pesar de que el argumento utilitarista parece subyacer, la justicia social y los derechos humanos deben ser su verdadero motor.

Las excepciones o limitaciones de derechos fundamentales tienden al beneficio de aquellos colectivos que han sufrido históricamente una merma real en esos mismos derechos, producto de estructuras políticas y sociales altamente discriminatorias. Independientemente

<sup>34</sup> "La cláusula de igual protección... se ha convertido en un examen costo-beneficio que mide si una ley que cae... dentro de la prohibición de la garantía de igual protección, es justificada por los beneficios sociales, especialmente importantes, que podrá lograr". RUBENFELD, Jed, "Affirmative Action", en *The Yale Law Journal*, vol. 107, nov. 1997, pp. 427-472.

de la controversia entre derechos, la confrontación entre derechos individuales y bien común es materia bien conocida por el Estado, por lo que no nos debe asustar la aplicación de los instrumentos de la acción afirmativa: “No hay nada de paradójico, por cierto, en la idea de que en ocasiones el derecho individual a igual protección pueda entrar en conflicto con otra práctica social en otros aspectos deseable, incluso con la que tiende a establecer una mayor igualdad global en la comunidad”.<sup>35</sup>

Otro de los grandes beneficios de la discriminación positiva, más allá del beneficio al grupo favorecido o al entorno en el que éste se encuentra, es el de la concienciación de la sociedad civil: “Hasta el momento, dichas medidas (de discriminación positiva) han logrado ya transmitir la idea de que lo político no puede seguir basándose en una supuesta homogeneidad cultural ni, por tanto, concebirse sin la consideración de las señas simbólicas de identidad colectiva. Esto representa, sin duda, uno de los cuestionamientos contemporáneos más radicales de los fundamentos normativos de las teorías clásicas de la democracia”.<sup>36</sup> En efecto, en tanto las medidas de acción afirmativa y discriminación positiva se generalicen y normalicen —en sus dos acepciones, como normas y como habituales—, la sociedad civil tomará conciencia de las discriminaciones vedadas e inconscientes que el *status quo* impone en contra de otros sectores de la población, y consecuentemente, un cambio de actitud y conducta operará favoreciendo a la sociedad en su conjunto.

Para Ferrajoli la discriminación ha ido evolucionando, y si bien los factores raciales o de género fueron los factores decisivos, ahora la discriminación pasa fundamentalmente por el concepto de ciudadanía: “En la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatalista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídi-

<sup>35</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 331.

<sup>36</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 70.

ca”.<sup>37</sup> Y es que el “molde estatalista de la ciudadanía”, ha determinado históricamente el goce de derechos de sus gobernados, y por lo tanto su inclusión o exclusión social: “Pero han sido siempre las tres identidades —de persona, ciudadano y capaz de obrar— las que han proporcionado, cierto que con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad”.<sup>40</sup>

Ciertamente, en una sociedad altamente dividida por razas, etnias, nacionalidades o religiones —y actualmente, dividida entre nacionales e inmigrantes, y éstos en legales e ilegales—, la inclusión social pasa fundamentalmente por la figura de la ciudadanía. Una ciudadanía tal que reconozca como iguales en derechos a todos sus gobernados y que les dé la posibilidad de participar políticamente y hacerse oír ante las autoridades estatales. La ciudadanía será ahora el factor que determine el goce o ausencia de derechos, la igualdad de oportunidades o de trato. Quien no sea ciudadano carecerá de derechos y formará parte de los excluidos, víctimas de la discriminación *republicana*.

## V. CONCLUSIONES

El principio de igualdad de derechos, igualdad de trato o igualdad de oportunidades, es insuficiente para eliminar la desigualdad fáctica, a menos de que se establezcan medidas y acciones tendientes a compensar y revertir la discriminación y exclusión producidas por prácticas y estructuras sociales. Estas medidas, tales como la discriminación positiva tenderán finalmente a lograr un goce equitativo de derechos y a acabar con las desventajas fácticas que históricamente han padecido los grupos sociales más desprotegidos. Sin embargo, estas medidas, así como el goce de derechos fundamentales, el reconocimiento y la protección constitucional constituyen tan sólo míni-

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 24.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 24.

mos que deben gozar las minorías y pueblos indígenas para alcanzar derechos más amplios que les permitan garantizar su existencia dentro de un clima de respeto, tolerancia e inclusión en un proyecto político común compartido con el resto de las culturas estatales: La aplicación de la acción afirmativa y sus mecanismos, más allá de constituir materia constitucional, forman parte del debate de filosofía moral, o, precisamente por formar parte del debate de filosofía moral, constituyen materia constitucional.

1. Véase, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de Chile, que establece el principio de igualdad ante la ley y prohíbe toda discriminación por razones de raza, sexo, edad, estado civil, domicilio, opinión política, religión, filiación partidaria, etc.

2. Véase, por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución de Chile, que establece el principio de igualdad de oportunidades y prohíbe toda discriminación por razones de raza, sexo, edad, estado civil, domicilio, opinión política, religión, filiación partidaria, etc.

3. Véase, por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución de Chile, que establece el principio de igualdad de oportunidades y prohíbe toda discriminación por razones de raza, sexo, edad, estado civil, domicilio, opinión política, religión, filiación partidaria, etc.

## LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

María Solange MAQUEO RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto y alcance de la Constitución económica*. III. *Flexibilidad del sistema económico adoptado por la Constitución española de 1978*. IV. *Normas básicas para la organización y funcionamiento del orden económico español*. 1. *El derecho a la propiedad privada y a la herencia*. 2. *La libertad de empresa*. 3. *La libertad de elección de profesión u oficio*. 4. *La planificación económica*. V. *Incidencia económica de los derechos sociales y de tercera generación*.

### I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la "Constitución económica" representa un aspecto del derecho constitucional ampliamente desarrollado en algunos países europeos, concretamente en Alemania donde originariamente adquiere un carácter sistemático y, con posterioridad, en aquellos Estados, altamente influenciados por la doctrina jurídica germana contemporánea, que adoptan un modelo de economía social de mercado. Este es precisamente el caso de España, en donde el constitucionalismo económico no sólo se atiende por la teoría constitucional y administrativa sino que se extiende, incluso, a la propia configuración de su Carta Magna y, por ende, al desarrollo jurisprudencial.

Así pues, el objeto del presente trabajo consiste precisamente en dar contenido material al concepto de Constitución económica de acuerdo con la Norma Fundamental española a través del análisis de los derechos y prerrogativas que la conforman y, de igual forma, establecer la estrecha vinculación que presenta con el llamado "Es-

tado de bienestar” (o *Welfare State*) propio de la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea, para lo cual será necesario poner especial énfasis en la exigencia actual de conciliar los principios derivados de la corriente liberal decimonónica con la atención de ciertos aspectos sociales que, independientemente de consideraciones morales y humanísticas, adoptan un cariz apremiante a finales de la Segunda Guerra Mundial para la reconstrucción de Europa y para la reactivación de su economía.

De esta forma, nuestro objetivo primordial consiste en demostrar que el contenido y alcance de la Constitución económica se debe analizar desde la óptica del bienestar social y no meramente desde el individual, observando la transformación de los tradicionales derechos subjetivos de contenido patrimonial (principalmente el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa) para trascender al ámbito social, así como la constitucionalización de ciertos derechos sociales con incidencia directa en el sistema económico adoptado, que en última instancia configuran el Estado de bienestar y justifican su adopción como forma de organización estatal.

Finalmente, cabe precisar que por la exigencia científica de concretar el objeto de análisis, el presente estudio se limita al aspecto microeconómico de la Constitución económica, esto es, a la permisión o afectación constitucional del funcionamiento del mercado, lo cual no es óbice para asentar nuestra conformidad con la integración de criterios macroeconómicos en el análisis del constitucionalismo económico, v. gr., las funciones monetaria, cambiaria y presupuestaria, especialmente si tomamos en consideración que dichas funciones normalmente se encuentran comprendidas en la Norma Fundamental e impactan de manera directa al sistema económico adoptado.

## II. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

El contenido económico en los textos constitucionales tiene una justificación eminentemente histórica. Por una parte, en las constituciones decimonónicas propias del Estado liberal, era suficiente el reconocimiento de determinados derechos que permitieran el funcionamiento del orden económico (la regulación de la propiedad privada, la libertad de comercio e industria, la libertad de contratación, entre otros), debido principalmente a que en aquella época no existía una

representación de conjunto individualizada del proceso económico que permitiera su modificación ya que el orden económico era producto de leyes naturales;<sup>1</sup> por otra parte, en el constitucionalismo moderno ya se incluyen numerosos preceptos con contenido o incidencia en el ámbito económico y social, especialmente por el reconocimiento de la necesaria intervención del Estado no sólo para contrarrestar los excesos del individualismo propio del liberalismo clásico sino, incluso, para permitir el funcionamiento adecuado del mercado, lo que implica, a su vez, el reconocimiento de sus imperfecciones (los llamados fallos del mercado). Así las cosas, en opinión de Bassols (1985, pp. 26 y 27), “el orden económico y social, que durante el periodo liberal era una realidad extraconstitucional, pasa a convertirse en capítulo capital o preponderante, según los casos, de las estructuras constitucionales de los nuevos Estados”.

Esta inclusión de nuevos y abundantes preceptos relativos al orden económico y social en los textos constitucionales modernos, sean dirigidos al poder público o a los ciudadanos mediante el reconocimiento y concesión de derechos, ha dado lugar a la acuñación y utilización del término “Constitución económica”.<sup>2</sup> La utilización de

<sup>1</sup> De conformidad con BALADO: “Las constituciones decimonónicas no consagran de forma ordenada y sistemática la estructuración jurídico-económica de la sociedad, [...], habida cuenta de que dichos textos recogen declaraciones y formulaciones de principio que afectan al régimen de la propiedad, a la industria, al comercio, a la libertad económica, etc., teniendo como denominador común la concepción liberal, en la que, al menos tendencialmente, el Estado aparece como espectador de excepción, cuya función se reduce a una mera contemplación policial, matizada con la aparición paulatina de tímidas actuaciones intervencionistas, de ahí que no podamos hablar de Constitución económica hasta la segunda mitad del siglo XX, tal y como se entiende en nuestros días”. BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, “Notas sobre el modelo económico constitucional español”, en *El sistema económico en la Constitución española*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, pp. 33-34.

<sup>2</sup> BASSOLS sostiene la existencia en el constitucionalismo moderno de un cierto dualismo: una Constitución política —que sería el estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos— y una Constitución económica —que atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también de manera creciente el propio Estado por su protagonismo en la vida económica—. La contraposición de Constitución política y Constitución económica no es aceptada de manera unánime en la teoría constitucional española, sin embargo, es indudable la aceptación del término Constitución económica, como lo demuestra no sólo su adopción en la teoría jurídica constitucional y administrativa, sino también su adopción por el Tribunal Constitucional español, como veremos en su oportunidad. BASSOLS COMA, Martín, “La planificación

este término tuvo lugar primeramente en la doctrina alemana<sup>3</sup> y posteriormente se hizo extensiva a otras partes del continente europeo; en España pasó de ser un mero concepto teórico hasta su adopción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, en la STC 37/1981, de 16 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías, el Tribunal Constitucional se manifestó por primera ocasión respecto del contenido económico de la Constitución, aceptando que el artículo 38 constitucional, en clara relación con otros artículos de la misma y muy concretamente con los artículos 128 y 131, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de la sociedad española. No obstante ello, no es sino en el Voto Particular del magistrado Luis Díez-Picazo en referencia a dicho recurso de inconstitucionalidad donde se plasma el concepto de Constitución económica. Así, textualmente indica:

El concepto de Constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Per-

económica", en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 377.

<sup>3</sup> Siguiendo a FONT GALÁN, el término Constitución económica fue introducido en Alemania por Franz BÖHM y Walter EUCKEN. FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 132. Ahora bien, en opinión de COTARELO, el concepto más elaborado de Constitución económica lo proporciona el propio BÖHM, quien la considera como "la proyección normativa implicada en la opción por un determinado sistema económico. [...] Se trata, por tanto, no de aceptar en el concepto de Constitución económica un conjunto jurídico-positivo —de normas constitucionales y/o legales—, definitorio de un orden económico determinado, sino un compromiso normativo dimanante de un modelo económico 'descubierto' —no inventado, ni construido— por el conocimiento de la economía". COTARELO GARCÍA, Juan, "El concepto de Constitución económica y su aplicación a la Constitución española de 1978", en *El sistema económico en la Constitución española*, op. cit., p. 133.

mite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del art. 38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa.

Con posterioridad, en la STC 1/82, de 28 de enero, mediante la cual se resuelven dos conflictos positivos de competencia acumulados, promovidos ambos por el gobierno vasco, el Tribunal Constitucional adopta el concepto manifestado por Díez-Picazo en su voto particular y ya introduce textualmente que la Constitución económica o Constitución económica formal se integra por "el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica",<sup>4</sup> pero sin especificar de manera restrictiva qué normas proporcionan dicho marco jurídico fundamental.

Si bien la Constitución económica no tiene un contenido claramente definido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia por lo que puede extenderse o limitarse según el alcance del propio ordenamiento jurídico fundamental, en opinión de García Pelayo (citado por Font Galán, 1987, p. 133), "[...] existen tres materias que con carácter mínimo deben integrarla: el establecimiento del tipo o de los tipos de propiedad, la forma de relación entre los actores económicos y la distribución de atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicas de la sociedad", materias que, según veremos, podemos encontrar en la Constitución española de 1978.

A este aspecto eminentemente económico del llamado constitucionalismo económico cabría agregar el aspecto social (la función social del Estado) que, de acuerdo con Ignacio M. de Lojendio (1977, p. 81), también comporta una cuestión fundamental para la formación del nuevo concepto.<sup>5</sup> De conformidad con el citado autor

<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones el concepto de Constitución económica aludido. A modo de ejemplo baste citar la STC 64/1990, de 5 de abril, respecto de una impugnación al amparo del artículo 161.1 constitucional, interpuesta por el gobierno de la nación.

<sup>5</sup> El Estado social y democrático de derecho surge con el objetivo de resolver las contradicciones a que había llevado la aplicación estricta del individualismo presente en la

(pp. 85 y ss.) el llamado derecho constitucional económico está directamente determinado por el fenómeno de socialización, cuyo instrumento principal es la intervención del Estado en la economía. Este último comprende, al decir del autor, la función estatal promotora de la creación de riqueza, ordenadora y planificadora a fin de alcanzar objetivos de muy diversa índole, desde los meramente ideales que persiguen la paz social, la justicia o la libertad, los que comprenden un mecanismo corrector de las deficiencias del sistema liberal clásico hasta aquéllos que conforman un Estado que garantiza el bienestar y la asistencia de sus ciudadanos. De manera adicional, Muñoz Machado (1997, p. 9) señala que la doctrina del Estado social insiste en que la sociedad civil, abandonada a los mecanismos de mercado y de regulación espontánea, no sólo genera múltiples injusticias, sino que conduce a la irracionalidad y violencia del sistema. Los fallos del mercado y las consecuencias injustas y disfuncionales del desarrollo económico deben ser corregidos por el Estado, que se presenta como protector de la sociedad y sus ciudadanos.

De esta forma, la introducción del Estado social de derecho no sólo contribuye a la formación del concepto de Constitución económica, cuyo contenido se incrementa al tomar en consideración la actuación del Estado en el orden económico, sino que incluso determina en gran medida su contenido. En otras palabras, la concepción del Estado social de derecho, introducido por primera vez en Europa mediante la Constitución de Weimar y consolidado en la Ley Fundamental de Bonn (1949), viene a legitimar la intervención gubernamental en el orden económico, sea para sostener o mejorar el sistema de economía de mercado o simplemente para paliar las injusticias que el mismo provoca. Podemos observar cómo la Constitución, norma suprema rectora del ordenamiento jurídico del Estado y de la actuación de los órganos del poder público, se constituye en un claro instrumento de dirección y sustento para la determinación de la estructura y funcionamiento de la actividad económica y social.

concepción liberal constitucional clásica, entre ellas la insularidad que aísla al Estado (en tanto que construcción político-jurídica) de su referente originario (la sociedad). Para este proceso de insularización, *vid.* GROSSI, Paolo, *Dalla Società di Società alla Insularità dello Stato Fra Medioevo ed Età Moderna*, Nápoles, Instituto Universitario Sour Orsola Benincasa, 2003.

Ahora bien, es importante destacar la idoneidad que representa el que el orden constitucional tenga un carácter flexible y abierto en el ámbito económico y social a efecto de no afectar el necesario dinamismo en la toma de decisiones de carácter socioeconómico y, como añade Bassols,<sup>6</sup> de permitir una razonable estabilidad y duración de la propia Constitución. Al respecto, Balado señala:

[La Constitución económica]... no debe reconducirse exclusivamente a una declaración formal y estereotipada adscribiéndose a un singular sistema económico; esa declaración puede ser el principio informador y garante que presida el modelo económico, pero que habrá de conjugarse con los derechos y deberes de la persona y con los fines y facultades que se encomiendan y otorgan a los poderes públicos. [p. 38].

Tal característica de flexibilidad se ha llegado a oponer, como señala Gayo de Arenzana (1994, p. 583), a la concepción totalitaria de los sistemas marxistas que estimaba que la Constitución, especialmente por lo que se refiere a su aspecto económico, estaba llamada a garantizar un determinado régimen político. Así, la flexibilidad se convierte en una característica inmanente de las constituciones propias de los países democráticos, ya que permite al legislador ordinario (e incluso al poder ejecutivo) responder a las exigencias de unas u otras opciones democráticas, según cuál fuere la concepción política de las mayorías parlamentarias.

Esto, evidentemente, no significa que la Constitución deba atender hasta sus últimas consecuencias el llamado “principio de neutralidad

<sup>6</sup> De conformidad con BASSOLS, quien distingue entre Constitución política y económica, como hemos señalado con anterioridad, indica: “Frente a la ordenación jurídica total, exhaustiva, sistemática y precisa que presenta la llamada Constitución política, los caracteres de la Constitución económica en el mundo occidental son los propios de una regulación flexible, fragmentaria, imprecisa, programática y esquemática. La definición del modelo político (explícita o implícitamente) se reputa como un mínimo indispensable e irreductible de una auténtica Constitución; por el contrario, la estructura constitucional del orden económico, en cuanto modelo, no es objeto de una definición precisa y de un procedimiento categórico en los sistemas constitucionales occidentales [...] debido, entre otras causas, al pluralismo de las fuerzas políticas e ideológicas que concurren en el proceso constituyente y al deliberado propósito de influir en la transformación de la estructura económica existente que no se acepta apriorísticamente, como inmutable”. BASSOLS COMA, Martín, *op. cit.*, pp. 93 y 378.

político-económica”,<sup>7</sup> propio de las constituciones decimonónicas, o que se abstenga de contemplar normas de contenido económico y social. Por el contrario, como ya hemos visto, la aceptación del contenido económico y social en el constitucionalismo moderno se encuentra muy generalizada. Así, en opinión de Balado (1994, p. 37), “el texto constitucional debe consagrar y garantizar los derechos de naturaleza económica, sus excepciones o quiebras, así como los principios y objetivos socioeconómicos que el Estado debe perseguir, junto con los instrumentos idóneos para su consecución”. Al respecto, Entrena Cuesta (1981, p. 109) añade:

<sup>7</sup> Siguiendo a ENTRENA CUESTA, “la ‘neutralidad político-económica de la Constitución’ ha sido formalmente planteada como tesis científica que defiende que la Constitución debe ser neutral respecto de la organización de la vida económica y dejar abierta a los gobernantes la posibilidad de modificar el orden económico”. ENTRENA CUESTA, Ramón, “El principio de libertad de empresa”, en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 1, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, pp. 107 y 108.

Continuando con las ideas del mismo autor, “Esta tesis es mantenida sobre todo por H. KRÜGER [...], que arranca del juicio de valor que toda democracia descansa en el *relativismo* y no contiene ninguna decisión valorativa, línea de pensamiento abiertamente ligada al constitucionalismo de Weimar; en la misma línea de KRÜGER, se rechaza también la “Constitución económica” por quienes entienden que la economía tiene una propia dinámica mayor que la que afecta a la Constitución política, lo que, a juicio de estos autores, desaconseja la configuración constitucional del orden económico. [...]

Ignora esta postura que las mismas tablas de derechos fundamentales recogidas en el constitucionalismo clásico no son ya en absoluto “neutrales” ni pueden tratarse aisladamente de la concepción político-económica, ya que esos derechos son piezas básicas en el orden económico: la existencia o no de garantías de la propiedad privada, de la herencia, de la libertad profesional o de asociación, son ya elementos definidores de un orden económico determinado”.

Por su parte, BADELL precisa que la tesis de la neutralidad político-económica excede la mera flexibilidad del régimen económico. La neutralidad debe entenderse como una clave interpretativa conforme a la cual, en primer lugar, la Constitución no determina ni prevé una garantía de modelo económico alguno; en segundo lugar, no deben establecerse juicios en relación con el modelo económico a partir de las disposiciones constitucionales y, en tercer lugar, existe una delegación a favor del legislador quien, dentro de los márgenes que la propia Constitución le ha impuesto debe establecer la orientación político-económica del Estado. La neutralidad política de la Constitución evita comprometer al Estado con unas específicas doctrinas económicas y con la garantía o imposición de las correspondientes concepciones acerca de la política de ordenación óptima o adecuada. No obstante, debe advertirse que esa neutralidad de la Constitución no implica en modo alguno la ausencia de bases jurídicas sobre las cuales pueda desarrollarse una economía; antes, por el contrario, lo que hace es delegar en el legislador el desarrollo de dichas bases. BADELL MADRID, Rafael, “Consideraciones acerca de la Constitución económica”, en *Revista BCV*, XIV. 1, Caracas, 2000.

Realmente, existe una consideración práctica que abona la necesidad de plasmar al más alto nivel jurídico-formal los principios básicos del sistema económico [y social] y es que aunque la Constitución deba, en un régimen pluralista, ser lo suficientemente ambigua o permisiva para que puedan funcionar con ella todas las opciones de gobierno posibles en un país, es lo cierto que la economía no puede someterse a mutaciones o subversiones en el modelo económico a raíz de cada consulta electoral; el partido en el poder tratará de orientar el orden económico [y social] a los objetivos de su programa, pero lo que no puede es alterar los fundamentos; esto obliga a que el orden económico [y social] sea un sistema abierto y flexible, [...], pero lo bastante afirmado en los fundamentos esenciales para dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible.<sup>8</sup>

Si bien este punto lo retomaremos con posterioridad, cabe aclarar por el momento que la Constitución española de 1978 se ajusta, en términos generales, a las opiniones antes vertidas respecto de la adopción de una posición abierta y flexible en materia económica y social. Esta posición puede observarse claramente a través de la permisión constitucional de la actuación gubernamental en diversos ámbitos de relevancia o contenido económico y social y del reconocimiento que la propia Constitución hace de la economía de mercado. En este sentido se pronuncia Rivero Ortega (2001, pp. 57 y 58), al admitir que la Constitución española si bien no presenta neutralidad o abstencionismo en materia económica, sí tiene un carácter no rígido y una condición abierta y flexible, lo que permite responder de forma versátil a las distintas coyunturas económicas, y, al mismo tiempo, facilita la realización del pluralismo político.

<sup>8</sup> Sostiene ENTRENA CUESTA: “[...] ya desde los años treinta, la tesis de que la Constitución debe dar un marco de actuación a la economía y ordenar su estructura fue fuertemente defendida por Franz BÖHM, desarrollando en el plano teórico los postulados de la escuela neoliberal de Friburgo de Walter EUCKEN y de Wilhelm RÖPKE, en el sentido de que la Constitución económica debe integrar las ideas políticas sobre el orden de sociedad con las exigencias de organización de la economía, sin que pueda afirmarse ni una posición de “neutralidad” ni una posición de inestabilidad a largo plazo. [...] A partir de los años cincuenta, la oposición más radical a la idea de neutralidad político-económica de la Constitución ha sido mantenida por NIPPERDEY, con el designio de introducir en la Constitución el concepto de economía social de mercado y concibiendo la “Constitución económica” como repertorio de libertades individuales que reflejan, como orden económico, el modelo de economía social de mercado”. ENTRENA CUESTA, Ramón, *op. cit.*, p. 108.

### III. FLEXIBILIDAD DEL SISTEMA ECONÓMICO ADOPTADO POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) atendiendo a la conveniencia antes apuntada, que presenta el carácter flexible del contenido económico y social y, de manera especial, por los antecedentes históricos en su formación, de los cuales podemos destacar el pluralismo político, el consenso (o su naturaleza pactada) y su surgimiento en una época en donde lo imperante en Europa occidental era el Estado de bienestar aun cuando ya se encontraba en el centro del debate,<sup>9</sup> no define de forma precisa y sistemática el modelo económico a seguir. Mientras que por una parte la CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 33.1), la libertad de empresa (artículo 38) y la libre elección de profesión u oficio (artículo 35), libertades que tradicionalmente han sido aceptadas por los defensores del liberalismo clásico al reconocerles un carácter necesario para el propio funcionamiento del mercado, por la otra establece determinados límites y cortapisas respecto de dichas libertades para garantizar la consecución de determinados objetivos constitucionales,<sup>10</sup> dentro de los que cabe destacar la prelación que se le concede al interés general (propio del fenómeno socializante al que aludía Lojendio) frente al interés individual.

De manera complementaria, la CE también reconoce la iniciativa pública, las reservas al sector público de los recursos o servicios esenciales y la intervención de empresas (artículo 128.2), subordina toda la riqueza del país al interés general (artículo 128.1) y, adicionalmente, incluye la posibilidad de acudir a la planificación de la activi-

<sup>9</sup> El desarrollo del proceso constituyente en cuanto al contenido económico de la Constitución de 1978 puede consultarse en la obra de BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985.

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas ocasiones que los derechos fundamentales no son absolutos o ilimitados; que su ejercicio se encuentra sujeto tanto a límites constitucionalmente expresos (sean directos o derivados de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos), como a otros que puedan fijarse por el legislador dentro del respeto a su contenido esencial. De manera adicional, el citado Tribunal ha destacado que las limitaciones impuestas al ejercicio de dichas libertades tampoco pueden tener el carácter de absolutas. Sobre el particular resultan de gran interés las SSTC 254/1988, de 21 de diciembre y 371/1993, de 13 de diciembre. Ambas emitidas por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional para la resolución de sendos juicios de amparo.

dad económica general para atender determinados objetivos (artículo 131), además de consagrar el derecho a sindicarse libremente y el derecho a la huelga (artículo 28), por mencionar algunos ejemplos.

Asimismo, en el frontispicio del sistema constitucional español se establece (en el art. 1o., CE) la configuración de la nación española como un "Estado *social* y democrático de derecho", lo que implica no sólo "un límite al ejercicio de determinadas libertades y derechos consagrados con el carácter de fundamentales por la Constitución, [...], sino que, con mayor razón, ha de serlo para las libertades y derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, que gozan de un menor nivel de protección constitucional, y tienen como límite la función social (art. 33.1) y las exigencias de la economía nacional (art. 38)", de conformidad con la opinión formulada por los magistrados Gloria Begué Cantón, Ángel Escudero del Corral, Rafael Gómez-Ferrer, Francisco Pera Verdaguer, Francisco Rubio Llorente y Antonio Truyol Serra, en un Voto Particular conjunto emitido con motivo de la controvertida STC 111/1983, de 2 de diciembre, respecto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra del Real Decreto-ley 2/1983 por el que se expropiaron, por razones de utilidad pública e interés social, los bancos y otras sociedades que componen el Grupo Rumasa.

De esta forma, podemos observar como la CE incluye tanto preceptos propios del sistema de economía de mercado (haciendo alusión expresa a dicho sistema en su artículo 38), como normas constitucionales que legitiman una marcada intervención estatal o que, en su caso, interfieren en el funcionamiento "natural" del mercado.

Esta relativa ambigüedad en cuanto al régimen económico constitucionalmente adoptado ha dado origen a numerosas disquisiciones. Como señala Rivero Ortega (2001, p. 58), las diversas posturas respecto del sistema económico consagrado por la CE van desde aquellas que propugnan por la importancia del mercado y de las libertades que hacen posible su funcionamiento hasta aquellas que destacan su carácter colectivista.<sup>11</sup> No obstante la postura que se adopte, lo

<sup>11</sup> COTARELO destaca la diversidad de criterios en la doctrina española respecto de si la Constitución se pronuncia o no por un modelo económico definido, lo que lo lleva a concluir, en principio, que carece de sentido averiguar si efectivamente en el conjunto de enunciados económicos de la Constitución se define un sistema o modelo económico determinado. Sin embargo, más adelante el mismo autor se pronuncia respecto del sistema

que resulta evidente es que la CE no puede considerarse abiertamente un sistema de economía de mercado o un sistema de planificación central, sino un sistema mixto, usualmente equiparado por la doctrina constitucional a la "economía social de mercado", como lo confirman las posturas de Bassols (1981, p. 427), Font Galán (1987, p. 140) y Rivero Ortega (p. 58), donde si bien se hace imprescindible la actuación del mercado como un mecanismo coordinador de la actividad económica, también se le otorgan funciones específicas al Estado en el orden económico.

De esta forma, a las palabras de Balado (p. 68), de clara tendencia liberal, y según las cuales la CE configura un régimen de "libertades de contenido económico, acotado por las reglas de la economía de mercado, caracterizado por la libre iniciativa económica privada, la leal confrontación de la oferta y la demanda, que no podrá atentar contra el interés general y social de la comunidad, que se erige como muro de contención en evitación del ejercicio antisocial de las aludidas libertades económicas", cabría agregar las de Font Galán (p. 140):

Sucede, en verdad, que nuestra Constitución [refiriéndose obviamente a la CE] no establece exactamente dos (o más) sistemas económicos alternativos o bases antagónicas: por encima de la pluralidad de tales bases del sistema económico y de la flexibilidad del mismo en función del modo y grado de conjugación permitida de tales bases, hay un elemento fundamentalísimo que compromete y da unicidad al sistema cualquiera que sea la concreta manifestación modélica que adopte el poder político en la ordenación de la economía: este elemento es el principio capital del *Estado social y democrático de derecho* consagrado en el pórtico constitucional (art. 1.1), que, [...], frena toda interpretación liberal-pura del sistema económico, disuelve la vaporosa crítica de la ambigüedad económico-consti-

económico constitucionalmente adoptado, decantándose por una cierta primacía de la economía de mercado frente a la planificación central. Textualmente el citado autor (pp. 156 y 157) señala: "[...] la economía de mercado y su rasgo medular, la libertad de empresa, conforman el régimen general, ordinario o común de funcionamiento del orden económico, [...] incluso el contenido no esencial de la libertad de empresa, adquiere en la Constitución un sentido prevalente respecto de la planificación.

[...] la naturaleza mixta del orden económico de la Constitución española es también evidente. Naturaleza mixta que no ha de concebirse en términos de igualdad "real" entre ámbito económico público y privado. Sin que la diferencia tenga que venir expresada en magnitudes cuantitativas". COTARELO GARCÍA, Juan, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

tucional y compromete a los poderes públicos a organizar la economía de mercado de modo acorde con el Estado social o, si se quiere (desde una óptica de compromiso social), a realizar (históricamente) el Estado social en el marco de la economía de mercado.

A continuación veamos los preceptos constitucionales más representativos de la organización y funcionamiento del sistema económico español, mismos a los que ya nos hemos referido en este apartado, a efecto de analizar su contenido, los límites que les han sido impuestos y su protección jurídica constitucional de acuerdo con el texto del artículo 53 de la Constitución.

#### IV. NORMAS BÁSICAS PARA LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ORDEN ECONÓMICO ESPAÑOL

De acuerdo con los comentarios vertidos anteriormente son tres los aspectos más importantes a considerar: el derecho a la propiedad privada y la herencia, la libertad de empresa y el derecho a la libre elección de profesión u oficio, mismos que, como podrá observarse, coinciden con los derechos y libertades propios del sistema neoliberal, esto es, que resultan indispensables para garantizar un sistema de economía de mercado pero que, a su vez, requieren de ciertas restricciones que permitan la implementación de un verdadero "Estado social de derecho". Dicho esto procedamos a analizar cada uno de los mencionados derechos.

##### 1. El derecho a la propiedad privada y a la herencia

El artículo 33.1 de la Carta Magna establece que "*se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*". Como puede observarse se reconoce no el derecho *de* propiedad privada, como tradicionalmente se ha considerado desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino el derecho *a* la propiedad privada (y a su continuación *post mortem*, la herencia).

De conformidad con Ojeda Marín (1990, pp. 49 y 50), tal distinción reporta evidentes consecuencias dentro de las que destaca que mientras el derecho de propiedad privada consiste en el reconocimiento y protección de la propiedad dada, de la propiedad existente

en beneficio de sus legítimos propietarios, el derecho a la propiedad privada importa, además, el derecho de que toda persona tenga acceso a la propiedad y, en consecuencia, que los poderes públicos, amén de proteger la propiedad dada, deban promover las condiciones para permitir el acceso de todos a la propiedad.

Esta interpretación, siguiendo al autor en comentario, debe completarse con lo dispuesto por el artículo 129.2 constitucional, de conformidad con el cual se encomienda a los poderes públicos establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, y por el artículo 9.2 del mismo ordenamiento que indica que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

De esta forma podemos observar cómo ya el primer apartado del artículo 33 de la Constitución, en conjunción con los artículos 9.2 y 129, da claros visos de un distanciamiento de la concepción tradicional de la propiedad privada propia del liberalismo clásico (considerada como un derecho fundamental del individuo sagrado e inviolable, inherente a su calidad de persona y que favorece la existencia del sistema económico descentralizado al permitir que las personas atiendan a sus propios intereses de manera individual), adecuándose a las doctrinas contemporáneas en las que se cuestiona su carácter individual y se le pretende otorgar una legitimación basada en su vinculación con la colectividad.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Al respecto, FONT GALÁN establece: "[...] Tales cambios obedecen a la crisis de los valores típicos de la sociedad liberal en la cuestión del fundamento de la propiedad y de su ejercicio como un derecho subjetivo basado en el libre albedrío del titular. La crisis del fundamento liberal de la propiedad, basada en un axioma sobre el valor del individuo aislado, y apoyada en una relación exclusiva entre la persona y su libertad como valores fundamentales e incuestionables, precipita una revisión profunda de los Ordenamientos en la regulación de la propiedad que paulatinamente se va afirmando a través de la teoría del abuso de derecho como instrumento de control por parte del ordenamiento jurídico, y la teoría del ejercicio de los derechos conforme a las finalidades y exigencias sociales señaladas por el mismo ordenamiento. Con ello se llega a un replanteamiento de la relación entre libertad y propiedad que ya no se conciben como conceptos coincidentes, distinguiéndose en este terreno dos planos: uno, social, y otro, individual". FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 115.

Este distanciamiento del derecho a la propiedad privada y a la herencia respecto de la tendencia liberal se ve ampliamente reforzado con la introducción del concepto de función social al que alude el segundo apartado del propio artículo 33, de conformidad con el cual "La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes". Con este novedoso concepto se pretende vincular la propiedad privada con las exigencias sociales.

La función social viene a revolucionar totalmente el derecho de propiedad privada,<sup>13</sup> se constituye en un elemento inherente a dicho derecho, en parte integrante del mismo, dejando, en consecuencia, a un lado su característica de origen (y que incluso a la fecha algunos autores sostienen) respecto de que representa exclusivamente un límite externo.<sup>14</sup> Ello da como resultado que la propiedad privada ad-

Asimismo, respecto de la evolución acaecida en el derecho de propiedad privada pueden consultarse los trabajos de BASSOLS COMA, Martín, *op. cit.*, pp. 112 y ss.; y de GAYO DE ARENZANA, Luis, "Configuración constitucional de la propiedad privada", en *El sistema económico en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 581 y ss.

<sup>13</sup> Al decir de BARRAL I VIÑALS "[...] la noción de derecho subjetivo, y con ella la de propiedad como derecho subjetivo paradigmático, ha evolucionado de la noción de titularidad a la noción de ejercicio de los poderes que el derecho confiere, y aún más, el ejercicio del derecho debe ser conforme a una determinada valoración social encarnada, en sentido genérico, por la denominada función social. Esta nueva visión de la propiedad altera sustancialmente el punto de vista de su análisis como realidad jurídica. [...]

De este planteamiento se deriva una concreta noción de derecho subjetivo contemplado no en sentido estático, o sea, como simple titularidad, sino desde el perfil dinámico: como ejercicio del derecho, destacando las concretas posibilidades de actuación, así como la realización de determinados valores que se basan en el reconocimiento del derecho de propiedad privada y en un control adecuado de la actuación de los particulares por parte del Estado". BARRAL I VIÑALS, Inmaculada, "Un nuevo concepto de propiedad: la función social como delimitadora del derecho", en *El sistema económico en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 640 y 641.

<sup>14</sup> Al respecto, GAYO DE ARENZANA señala: "[...] se ha entendido la 'función social' como un condicionamiento o límite externo del derecho de propiedad que, [...], afecta a los titulares del derecho de propiedad pero no a éste, al no implicar una modificación sustancial de su condición de derecho subjetivo. Se afirma así que el derecho de propiedad TIENE una función social, pero que NO ES una función social. El derecho de propiedad sigue siendo un derecho subjetivo, al servicio del propietario, pero que no debe lesionar directamente intereses sociales.

[...] Una opinión [diferente], es la que estima que la función social no constituye límite del derecho de propiedad, sino que forma parte integrante de su propio contenido esencial, por cuanto, como dice PÉREZ LUÑO, la propiedad comporta en sí misma una función social, lo que implica que, junto a una serie de facultades, lleve aparejada un conjunto de deberes positivos y negativos. La propiedad no es sólo un derecho subjetivo, sino una

quiera un carácter dual; por una parte, comprendiendo un interés individual (utilidad individual), referido propiamente al derecho subjetivo del titular que se conforma, en términos generales, por el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius disponendi*, propios de la teoría civilista, y, por la otra, un interés colectivo (beneficio social), que condiciona el ejercicio del derecho de propiedad por parte de su titular, lo que en palabras de Barral I Viñals (1994, p. 642) significa que “el propietario sólo está legitimado para percibir las utilidades ‘socialmente neutras’, o sea, las que no supongan un perjuicio para la sociedad, ya sean provenientes de un mal uso, o de una inactividad”.

La inserción de la función social en el derecho de propiedad privada, así como la aceptación de la doble manifestación de este derecho, han sido adoptados expresamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ya desde la citada STC 111/1983, de 2 de diciembre, en el Fundamento Jurídico 8o., el Tribunal hace alusión a la vertiente institucional y a la vertiente individual, refiriéndose al derecho de propiedad como un “derecho subjetivo debilitado”.

Asimismo, en la STC 37/1987 (*parteaguas* del análisis jurisprudencial español del derecho de propiedad), de 26 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de determinados artículos de la Ley 8/1984 de 3 de julio, de Reforma Agraria, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía, detalla la importancia y los efectos de incorporar la función social al derecho de propiedad y califica a ésta (en el Fundamento Jurídico 2o.) de “elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada” o, “como factor determinante de la delimitación legal de su contenido”. Con lo cual, según se indica en la propia sentencia, la CE no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan (tal y como lo dispone el Código Civil) para sal-

situación jurídica en la que confluyen facultades y deberes. En esta línea, PECES-BARBA y DIEZ-PICAZO quien, [...], dice que si bien es cierto que la función social preserva la propiedad en un sistema económico capitalista, también lo es que, en un Estado social y democrático de Derecho, como lo es España, el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad pueden reconocerse la concurrencia de otros intereses distintos y un interés público general”. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 610.

vaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

De esta forma, y dando continuación a lo dispuesto por la STC 37/1987, la propiedad privada debe incluir la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo, de tal manera que la utilidad individual (derivada del conjunto de facultades atribuidas al titular) y la función social (como deberes y obligaciones impuestas al propietario en aras al interés general) definen el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.<sup>15</sup>

La sola inclusión abstracta de la función social, evidentemente, no es suficiente para asegurar el interés de la colectividad respecto del derecho de propiedad; es necesario que dicho concepto adquiera cierto pragmatismo. Si bien, como ha destacado Bassols, las primeras formulaciones sobre la función social (conceptuada como mera proyección externa sobre el derecho de propiedad) se emitían mediante un puro juicio de desaprobación de la conducta del propietario, sin apenas otros instrumentos técnico-jurídicos de reacción que la doctrina del abuso de derecho o la condena de los actos de emulación, no es sino hasta que entra en escena el Estado, en nombre del interés general,<sup>16</sup> y toma a su cargo la misión de concretar y aplicar la función

<sup>15</sup> De manera semejante a lo que dijera el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 37/1987, en su importante sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, que resuelve diversos recursos acumulados de inconstitucionalidad y de conflictos positivos de competencia interpuestos por varias Comunidades Autónomas respecto de la Ley de Aguas, señala: “la fijación del contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo”.

<sup>16</sup> Al decir del citado autor, “[...] esta intervención de la administración pública se opera en nombre del interés general, unas veces apelando a la producción nacional en abstracto (especialmente en los Estados autoritarios), otras a intereses económico-sociales concretos: ordenación de la producción agrícola, la ordenación urbana, forestal, etc. [...] Esta acción permanente de la administración en nombre de los intereses generales

social en relación con las distintas situaciones del derecho de propiedad, cuando dicho concepto empieza a tomar cuerpo sustantivo.

De acuerdo con lo anterior, la CE permite la utilización de varias herramientas que concretizan y hacen realidad la idea de función social. En primer lugar, es de observarse que el propio Ordenamiento Fundamental introduce ciertos preceptos genéricos que nos permiten algunas concreciones respecto de la función social, es decir, que nos permiten conciliar el interés individual tradicionalmente atribuido al derecho de propiedad con las exigencias sociales. Ejemplos de ello los podemos encontrar en el artículo 128.1 de la CE, que subordina la riqueza del país al interés general, con lo cual, siguiendo de nueva cuenta a Bassols (1985, p. 123), se “está indicando que la propiedad en cuanto manifestación de la riqueza del país [...] está condicionada en el proceso productivo económico a las exigencias del interés general”; así como en el Capítulo III del Título I de la Constitución, relativo a los “Principios rectores de la política social y económica” donde se perciben, al decir del mismo autor, una serie más intensa de cláusulas de concreción de la función social.<sup>17</sup>

En este mismo sentido se pronuncia Font Galán (1987, pp. 149 y 150) al indicar que de la propia Carta Magna se deducen algunos

[...] ha ido desplazando el centro de gravedad de la institución de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo aislado hacia una relación o situación jurídica vinculada socialmente y concretada por la acción administrativa, que, si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario —de ahí que pueda hablarse de un contenido esencial o mínimo del derecho—, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento, generando una pluralidad de estatutos o subsistemas en que el derecho de propiedad pierde definitivamente su configuración unitaria tradicional. En la determinación de esta relación jurídica no sólo se tutelan los intereses generales, representados por la administración, sino también una serie de intereses difusos o colectivos que van tomando cuerpo en el desarrollo de la sociedad y que pugnan por su expresión y reconocimiento activo al margen o con independencia de la administración —los llamados ‘contra-derechos’— como son el derecho a la salud, al medio ambiente, la tutela de los consumidores, etcétera”. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, op. cit., pp. 120, 121 y 122.

<sup>17</sup> Sin perjuicio de que hagamos referencia al Capítulo III del Título I de la Constitución con posterioridad, cabe señalar por el momento que los preceptos a los que se refiere BASSOLS concretamente son los siguientes: “la utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2), la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico-cultural y artístico (art. 46), la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47), y la defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores (art. 57.1)”. BASSOLS COMA, Martín, op. cit., p. 123.

criterios de materialización de la función social, criterios que son necesarios para dar concreción técnico-jurídica a la función social y que se identifican, no de manera absoluta ni restrictiva, con gran parte de los principios rectores de la política social y económica previstos en el Capítulo III del Título I de la CE, toda vez que los mismos vienen especificados por la determinación y tutela de intereses sociales concretos que se configuran como exigencias sociales.

El propio Tribunal Constitucional, refiriéndose al derecho a la propiedad agraria en su sentencia 37/1987, insiste en el hecho de que no debe olvidarse que la incorporación de las exigencias sociales a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, haciendo alusión expresa a los artículos 128.1, 40 (que impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa), 45 (que ordena a los poderes públicos para que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva) y 130 (que exige de los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería).

No obstante lo anterior, la regulación del ejercicio del derecho a la propiedad privada y a la herencia de acuerdo con la función social normalmente se le confía a la legislación ordinaria. Como indica Barral I Viñals (1994, p. 645) “[...] es tarea de las distintas leyes especiales perfilar cada uno de los tipos de goce y disposición de acuerdo con la función social, de modo que ésta se concretará en relación a cada forma de propiedad”.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Una cuestión ampliamente comentada por la doctrina y la jurisprudencia es aquella que se refiere al carácter plural del derecho de propiedad. Sobre el particular, GAYO DE ARENZANA establece que la nota distintiva de pluralidad en la propiedad deriva de los posibles objetos del derecho, lo que da origen, a su vez, a las distintas formas de propiedad sometidas a diferentes estatutos jurídicos. Asimismo, comenta que dicha pluralidad de “propiedades” presenta un incuestionable punto de sutura consistente en su común “contenido esencial”, referido a la función social que ha de cumplir cada variedad o tipo de derecho de propiedad, en atención a la disparidad o la desigual categoría de los bienes que constituye el objeto de cada una de ellas. GAYO DE ARENZANA, Luis, op. cit., pp. 601 y 602.

Efectivamente, el legislador está en posibilidad de establecer ciertos límites y condiciones para el ejercicio del derecho a la propiedad privada y a la herencia, sin que por ello se entiendan conculcados dichos derechos, como expresamente lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias 111/1983 y 37/1987, y como se desprende del artículo 53.1 de la CE que permite que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I (que comprenden tanto los derechos y libertades fundamentales como los derechos y deberes de los ciudadanos, dentro de los que se encuentran el derecho a la propiedad privada y a la herencia) sean regulados por ley, pero con la salvedad de que, en todo caso, se respete su contenido esencial, esto es, que el legislador se abstenga de la privación del derecho patrimonial, salvo el supuesto, claro está, de la expropiación legislativa.

Sobre la determinación del contenido esencial de los derechos consagrados por el Capítulo II del Título I, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones. Una de las sentencias más representativas al respecto es la 11/1981, de 8 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, mediante el cual se regula el derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, no sólo por ser la primera en manifestarse respecto del contenido esencial sino porque sienta las bases definitivas, hasta el momento, para su interpretación.

Esta tesis sobre la pluralidad del objeto del derecho y de sus estatutos jurídicos unidos por el contenido esencial que caracteriza al derecho a la propiedad privada y a la herencia se halla expresamente manifestada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre el particular resulta de sumo interés la ya citada STC 37/1987, de 26 de marzo, en la cual se indica: "[...] no es ocioso añadir [...] que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, [...]. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae".

De conformidad con la referida sentencia se pueden seguir dos caminos "complementarios" para la determinación del contenido esencial. El primero de ellos consiste en atender a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, de acuerdo con el cual "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales". El segundo camino posible consiste en tratar de buscar los llamados intereses jurídicamente protegidos, de tal forma que "se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Asimismo, el Tribunal Constitucional también se ha manifestado respecto del contenido esencial particularizado al derecho de propiedad, remitiéndose, por supuesto, a las bases sentadas por la STC 11/1981. Así, en la STC 170/1989, de 19 de octubre, que recayó al recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid respecto del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, el Tribunal Constitucional especifica:

la fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben 'delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes'. Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue 'a anular la utilidad meramente individual del de-

recho', o, lo que es lo mismo, el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 C.E., en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho.

Como puede derivarse de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional no establece concretamente el contenido esencial del derecho de propiedad, sino que se limita a vincularlo estrechamente con la función social, dando por supuesto que el interés individual ya forma parte del mismo. Evidentemente el Tribunal omite dar una definición concreta del contenido esencial del derecho de propiedad dado que su característica de pluralidad y de adaptación histórica hace imposible la realización de dicho cometido. Esta imposibilidad se encuentra reconocida tácitamente en la propia sentencia que analizamos al indicar que "los poderes públicos deben delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes".

No obstante tal observación, Díez-Picazo (en ese entonces magistrado del Tribunal Constitucional) se aventura a decir que desde el primer punto de vista del concepto genérico del contenido esencial (esto es, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del derecho) "un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*"; y desde el segundo (el interés jurídicamente protegido), "se llega a la misma conclusión, puesto que si por contenido esencial se entiende aquello que resulta necesario para que resulten protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede ser otro que el derecho subjetivo a percibir los valores en uso, en renta y en venta de los bienes que constituyen su objeto, ya que cualquier otra finalidad que pudiese atribuírsele por disposición legal, privaría al derecho de su condición de 'D. de propiedad' y lo convertiría en concesión enfitéutica o en concesión administrativa, valga de ejemplo".

Sobre el particular llama nuestra atención el hecho de que el comentario emitido por Díez-Picazo se adecua perfectamente a la concepción tradicional del derecho de propiedad proveniente de la doc-

trina civilista (con un marcado carácter individualista), pero deja a un lado el concepto de función social contraviniendo así lo dispuesto en la sentencia 170/1989 que claramente especifica, de conformidad con las más generalizadas tendencias contemporáneas de las sociedades occidentales, que "la fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, [...]".

De esta forma, y siguiendo el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional respecto del contenido esencial de los derechos consagrados en el artículo 33.1 de la CE, el cual es acorde, a su vez, con la concepción dual del derecho de propiedad (su vertiente individual y su vertiente institucional), éste se conforma no sólo por el interés individual (mismo que no puede ser eliminado en su totalidad ya que también es parte integrante del concepto de propiedad privada, de su contenido esencial) sino también por las exigencias sociales y económicas coyunturales que redunden necesariamente en el beneficio colectivo, es decir, que atiendan siempre al interés general.<sup>19</sup>

En segundo lugar, y dando seguimiento a las herramientas que permiten materializar la idea de función social, cabe señalar que uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado, concretamente la administración pública, para materializar la función social determinada en la legislación secundaria es su facultad expropiatoria. El propio artículo 33, en su tercer apartado, establece: "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utili-

<sup>19</sup> Una cuestión muy distinta es la que pudiera darse en la realidad, lejos de lo dispuesto por la teoría constitucional, respecto de la efectiva actuación estatal al concretar o disponer determinadas acciones relativas a la función social en aras del interés general. Sobre el particular, Ernst FORSTHOFF hace un análisis muy interesante de la posibilidad de conversión recíproca del poder de dominación en función social, concluyendo que si bien la función social y la dominación son excluyentes, en principio, toda vez que las funciones del Estado social son funciones de servicio; la sola atribución o configuración del Estado social (del que forma parte importante la función social como elemento constitutivo del derecho de propiedad) hace que la separación de lo social de la esfera de poder y de la lucha por el poder sea de muy difícil realización en la práctica, por el estado de sujeción o dependencia en el que se colocan los ciudadanos. FORSTHOFF, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social" en Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 51 y ss.

dad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

Al respecto podemos observar que tradicionalmente, bajo la égida del liberalismo clásico, la expropiación forzosa tenía una connotación meramente negativa, es decir, de excepción para la privación o supresión del derecho de propiedad, entendido como el conjunto de facultades individuales sobre las cosas; sin embargo, en la actualidad, tal connotación se modifica profundamente a efecto de otorgarle un carácter positivo, mismo que se manifiesta básicamente mediante dos formas: 1. Considerando a la expropiación como una manifestación más del espíritu colectivo que impregna el derecho a la propiedad privada, toda vez que únicamente procede ante una causa de utilidad pública o interés social (consustancial este último a la función social propia del derecho de propiedad), y 2. Otorgándole el carácter de garantía de los intereses económicos privados, al exigirse por el Constituyente diversos requisitos para su procedencia, especialmente el correspondiente a la indemnización por la afectación que supone la expropiación.<sup>20</sup>

Respecto de la primera forma “positiva” de considerar a la expropiación, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado respecto de diversos artículos de la Ley 7/83 mediante la cual se efectúa la expropiación del capital correspondiente al grupo RUMASA, Fundamento Jurídico 13, señala:

La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación

<sup>20</sup> Es importante tener en cuenta que “la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los ‘bienes y derechos’ individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, [...]”, según se indica en la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales.

Por lo que se refiere a la segunda forma de considerar a la expropiación, tenemos que el artículo 33.1 establece tres requisitos mínimos para que la expropiación sea conforme a la Constitución: 1. Que exista una *causa expropriandi*, esto es, que se efectúe por causa de utilidad pública o interés social.<sup>21</sup> 2. Que medie indemnización para la persona afectada. 3. Que se realice de conformidad con lo dispuesto por las leyes, esto es, la garantía del procedimiento expropiatorio.

El segundo requisito, el que medie indemnización, es el que precisamente le otorga a la expropiación forzosa el carácter de garantía de los intereses económicos privados. Si la expropiación forzosa supone, como lo afirma Ojeda Marín (1990, p. 54), la superposición del interés general sobre el interés individual, la única manera de evitar la supresión de éste es mediante una indemnización que compense la pérdida sufrida. Precisamente es la indemnización, siempre y cuando suponga una efectiva compensación, la que permite un punto de equilibrio que evite el ahogamiento del interés individual a costa del interés público. Es este mismo sentido y no otro al que se ha querido referir el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 111/1983, al indicar que el derecho de propiedad “cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, [...], legitima la expropiación”.

Respecto de la naturaleza y conformación o contenido de la indemnización el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en la sentencia 166/1986 antes comentada, en el sentido de que la indemnización no requiere de ser previa al no exigirse de manera expresa por el texto constitucional, aunque tal característica sí puede ser adoptada por el legislador; pero en todo caso siempre será necesario que me-

<sup>21</sup> De conformidad con GAYO DE ARENZANA, la utilidad pública resulta de la necesidad del adecuado funcionamiento de las actividades y servicios públicos, mientras que el interés social, consustancial a la función social, se identifica con cualquier tipo de interés prevalente al individual del propietario. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 615.

die una indemnización ante el supuesto de la expropiación. Asimismo, la sentencia en comento indica que “la indemnización deberá corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derecho expropiados [...]”. De esta forma, “la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación”.

Por tanto, aun cuando el derecho a la propiedad privada puede verse directamente afectado por la ejecución de una expropiación forzosa, sea por causa de utilidad pública o interés social, la afectación al interés individual no debe ser absoluta debido a la exigencia constitucional de una indemnización. Esta situación nos autoriza a considerar a la expropiación, no como mera privación o supresión del derecho de propiedad, sino como una institución de garantía para los intereses económicos privados (por supuesto, siempre y cuando la indemnización corresponda efectivamente al valor “real” de la pérdida) que permite, a su vez, conciliar posibles tensiones entre el interés individual y el interés de la colectividad.<sup>22</sup>

Ahora bien, una vez que hemos sustentado el carácter dual de la propiedad privada, poniendo énfasis en su reciente vinculación a las

<sup>22</sup> Una situación diferente es la que se desprende del artículo 132 constitucional, de conformidad con el cual algunos bienes son del dominio público, existiendo también la posibilidad de que el legislador les otorgue tal carácter mediante su demanialización. Sin embargo, la afectación a los derechos subjetivos patrimoniales importaría, en su caso, cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 33 constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho, en su sentencia 227/1988: “la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes. Antes bien, el art. 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros”. Sin embargo, “[...] Es cierto que aquella potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares [...]”. Ahora bien, el propio Tribunal reconoce que aun cuando la demanialización sea proporcional y necesaria, pero que suponga el “despojo de situaciones jurídicas individualizadas”, sería necesario cumplir con las garantías otorgadas por el artículo 33.3 de la CE.

exigencias sociales, se hace necesario atender, aunque sea de manera breve, las garantías que el propio Ordenamiento Fundamental le concede al derecho a la propiedad, ya que ello nos permitirá colegir los límites a los que se encuentra sujeto el Estado al momento de confrontar el interés particular (propio del derecho de propiedad en su concepción tradicional) con el interés social.

Al respecto, es necesario destacar que el artículo 53 constitucional, vértice de las garantías otorgadas a las libertades y derechos fundamentales, establece diversos grados de protección según se trate: 1. De los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, dentro de los que se comprenden tanto los derechos fundamentales y las libertades públicas como los derechos y deberes de los ciudadanos, correspondiendo el derecho a la propiedad privada y a la herencia a estos últimos (art. 53.1). 2. De los derechos fundamentales y libertades públicas, así como del artículo 14 (igualdad ante la ley), con exclusión de los derechos y deberes de los ciudadanos, previstos por la Sección Segunda del Capítulo II (art. 53.2). 3. De los principios rectores de la política social y económica, previstos en el Capítulo III (art. 53.3). Como es de suponerse, la mayor protección constitucional le corresponde a los derechos fundamentales y las libertades públicas, incluido el derecho previsto por el artículo 14; en segundo término se encuentran los derechos y deberes de los ciudadanos y, finalmente, tenemos a los principios rectores de la política social y económica.

Por el momento veamos las garantías que el citado precepto constitucional dispone para el derecho a la propiedad privada y la herencia, sin perjuicio de atender con posterioridad a la clasificación prevista por el artículo 53 constitucional, según sea el caso.

Sobre el particular, el artículo 53.1 de la CE dispone: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título [dentro de los que se encuentran los derechos que consagra el artículo 33] vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a) [que se refiere al recurso de inconstitucionalidad contra leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley]”. De esta forma, la garantía consagrada por el artículo 53.1 de la CE respecto del derecho a la propiedad privada y a la herencia se concreta en los siguientes aspectos:

- 1o. Vincula a todos los poderes públicos. Esto debe entenderse como la vinculación del Estado, entendido en su globalidad, las Comunidades Autónomas, las Provincias y los Municipios, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias.
- 2o. Su ejercicio sólo puede regularse por ley. Esto significa que sólo mediante ley en sentido formal puede regularse el ejercicio de estos derechos. Pero además, en una interpretación conjunta con el artículo 33.2 de la CE que establece que "la función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes", esta garantía resulta aplicable, al decir de Gayo de Arenzana (p. 607), no sólo a la regulación del ejercicio del derecho a la propiedad y a la herencia sino también a la conformación del contenido de estos derechos, esto es, a la concretización de la función social.<sup>23</sup>
- 3o. Como se desprende de lo expuesto anteriormente, el contenido esencial del derecho a la propiedad privada y a la herencia también constituye un límite para la actuación gubernamental. Las leyes que se emitan a efecto de regular el ejercicio del derecho de propiedad no pueden desnaturalizarlo, hacerlo impracticable, dificultarlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Esto tiene una relevancia muy pro-

<sup>23</sup> Según GAYO DE ARENZANA, PÉREZ LUÑO invoca los artículos 81.1 y 86.1 de la CE, relativos a la exigencia de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y a la prohibición de regular las materias concernientes a los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la CE, respectivamente, en favor de la exigencia de una norma jurídica con rango de ley formal para regular el estatuto de la propiedad privada. Por su parte, DÍEZ-PICAZO se inclina por una solución menos estricta al indicar que la delimitación del contenido de la propiedad privada si bien ha de realizarse mediante norma jurídica con rango de ley formal ordinaria —no orgánica—, puede la administración completar, a través de reglamentos ejecutivos aquella regulación. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 608.

Esta última postura es la que ha adoptado el Tribunal Constitucional según se desprende de sus sentencias 111/1983 y 37/1987, así como de la sentencia 83/1984 de 24 de julio, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia respecto de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de conformidad con la cual el significado último del principio de reserva de ley es "el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador".

- nunciada para los efectos de nuestro estudio, ya que el Estado (a través de su función legislativa) puede someter al derecho de propiedad a ciertas condiciones o exigencias en atención a su función social, pero en ningún momento podrá, sin peligro de atentar contra el sistema jurídico constitucional, suprimir o privar a los particulares de las utilidades individuales que caracterizan a toda forma de propiedad privada,<sup>24</sup> ya que éstas también forman parte del contenido esencial de la misma (en su vertiente individual), a menos, claro está, que la privación vaya acompañada de la indemnización correspondiente y que se efectúe por una causa de utilidad pública o interés social, caso en el cual nos encontraríamos ante un supuesto distinto al de la mera regulación o delimitación del contenido o del ejercicio de un derecho.
- 4o. Se encuentra tutelado por el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, previsto por el artículo 161.1. a) de la Constitución.

Las garantías con que cuenta el derecho a la propiedad privada según lo dispuesto por el artículo 53.1 de la CE, constituyen lo que podríamos denominar "garantías de segundo grado" frente a la mayor protección concedida por el artículo 53.2 a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, incluida la igualdad ante la ley (art. 14), toda vez que aquéllas no cuentan con la protección del juicio de amparo ni por los principios de preferencia y sumariedad que deben de informar los procedimientos seguidos ante los Tribunales Ordinarios.

Esta distinción resulta muy significativa ya que nos permite observar una vez más cómo el derecho a la propiedad privada se distancia de su concepción original, como un derecho fundamental,<sup>25</sup> in-

<sup>24</sup> En la STC 37/1987 se reconoce expresamente la imposibilidad de "anular la utilidad meramente individual del derecho" ante la incorporación de las exigencias sociales en el contenido del derecho de propiedad. Por tanto, "la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por [el]... Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada [...]".

<sup>25</sup> La naturaleza jurídica del derecho a la propiedad privada ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina constitucional. Al respecto, algunos autores se han manifestado en

violable y sagrado, para dar paso a los valores o exigencias sociales imperantes en un determinado momento histórico, de forma tal que la propia concepción del derecho a la propiedad privada adquiere un carácter dual; por una parte, se conforma por el derecho subjetivo de los individuos sobre las cosas y, por la otra, por su función social.

Así las cosas, podemos concluir nuestras reflexiones en torno a la propiedad privada (y de forma extensiva a la herencia) destacando que la forma actual de concebir este derecho patrimonial indudablemente genera cierta tensión entre el derecho subjetivo sobre las cosas (el interés particular) y las exigencias sociales (el interés general); tensión que, desde el punto de vista que nos interesa, nos permite observar cómo la denominada Constitución económica, cuya configuración incluye de manera indefectible el derecho de propiedad privada, sólo puede entenderse dentro del contexto del Estado de Bienestar. Lo cual, en otras palabras, nos autoriza a afirmar que la Constitución económica se rige por la constante necesidad de buscar un equilibrio entre la salvaguarda de los intereses individuales, que en términos económicos se consigue a través del criterio de "eficiencia económica" y el incremento de la "utilidad individual", y otros criterios, dentro de los cuales ocupa un lugar preponderante la justicia social.

## 2. La libertad de empresa

El artículo 38 de la CE, ubicado de igual forma que el derecho a la propiedad privada y a la herencia en la Sección Segunda "De los

sentido afirmativo, tal es el caso de PÉREZ LUÑO, citado por GAYO DE ARENZANA, de conformidad con el cual el derecho de propiedad tiene cabida en la categoría de derechos fundamentales, tanto por la razón positivista de su inclusión en el Título I, que trata *De los derechos y deberes fundamentales*, como en función de los instrumentos de garantía, formales y materiales, que arbitra la propia Constitución, siendo de especial relevancia la permisión del recurso de inconstitucionalidad contra toda ley que no respete el contenido esencial de la propiedad privada. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 599.

Pero frente a esta opinión afirmativa, otro importante sector de la doctrina constitucional, MONTES, DÍEZ-PICAZO, GARCÍA PELAYO, por citar algunos de los mencionados por GAYO DE ARENZANA (incluyéndolo a él), se manifiestan en sentido negativo. De conformidad con éstos, el derecho de propiedad y, por ende, el derecho a la herencia, no participan de la condición de derechos fundamentales *strictu sensu*, puesto que, a diferencia de éstos pueden ser objeto de regulación por ley formal ordinaria (art. 81.1 de la CE), sin exigirse a ésta el rango de ley orgánica; tampoco su eventual desconocimiento o infracción permite un amparo directo ante el Tribunal Constitucional, al estar atribuida su protección y amparo a los Tribunales Ordinarios.

derechos y deberes de los ciudadanos" en el Capítulo II "Derechos y Libertades" del Título I "De los derechos y deberes fundamentales", dispone lo siguiente:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Hay quien ha querido ver en esta disposición constitucional la consagración del sistema de economía de mercado en oposición al sistema centralmente planificado,<sup>26</sup> por la simple alusión que se hace al mismo; sin embargo, como ya lo hemos indicado, gran parte de la doctrina constitucional comparte la idea de que la CE no sanciona un sistema económico en concreto sino que tan sólo garantiza la existencia de determinados elementos que permiten la actuación conjunta del mercado y del Estado.

En el caso que nos ocupa, la libertad de empresa, es evidente que el Constituyente lo que pretende es garantizar la existencia de la iniciativa económica privada dentro de ciertos parámetros (la economía de mercado), pero sin excluir de manera tajante la intervención pública, como lo iremos desentrañando a lo largo de este subapartado.

De conformidad con Bassols (1985, p. 137), la libre empresa a que se refiere el artículo 38 de la CE y la libre iniciativa económica privada son sinónimos no sólo porque en el Anteproyecto de la Carta Fundamental se aludía expresamente a la iniciativa económica privada (en sustitución de la libertad de empresa), sino, además, porque de otra forma no tendría razón de ser la mención expresa de la iniciativa económica pública en el artículo 128.2 constitucional.

<sup>26</sup> Un ejemplo de la exacerbada importancia que se le concede al artículo 38 constitucional lo constituye BAENA DEL ALCÁZAR, de conformidad con el cual: "El precepto es verdaderamente fundamental, ya que de él y de su encuadramiento se deducen el fundamento del sistema económico y de su regulación. Ante todo en él se contienen dos cuestiones básicas: "la libertad de empresa" y la "economía de mercado". [...] El modelo económico constitucional es el de la economía de mercado, con todas las consecuencias que ello tiene para la política económica, pero además la libertad de empresa (aunque no sea ilimitada ni absoluta [...]) es la auténtica piedra de toque del sistema, ya que en ella estriba la principal diferencia entre la economía de mercado y la de dirección central". BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "La ordenación del mercado interior", en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *op. cit.*, p. 209.

En un sentido similar se pronuncia Díez-Picazo en su Voto Particular emitido respecto de la STC 49/1988, de 22 de marzo, relativa a diversos Recursos de Inconstitucionalidad formulados en contra de la Ley 31/2985 de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, al indicar que si bien el artículo 38 no debe ser interpretado en forma restrictiva (ya que en la sentencia se decía que aquél sólo era aplicable a las empresas privadas que persiguieran fines de lucro), es evidente que tiene por objeto la existencia de agentes económicos de carácter privado.

Esta identificación de la libertad de empresa con la existencia de la iniciativa económica privada nos lleva a su vertiente personal, esto es, a su naturaleza de derecho subjetivo oponible a terceros y muy especialmente a los poderes públicos.

En la actualidad la cuestión de si el artículo 38 consagra un verdadero derecho subjetivo no genera mayores discusiones; por el contrario, es aceptada casi por unanimidad.<sup>27</sup> El problema real radica en la determinación del contenido "esencial" de ese derecho subjetivo. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional, aun cuando se ha pronunciado tempranamente respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales al interpretar el artículo 53 constitucional (en la STC 11/1981), como ya lo hemos visto, no lo ha hecho de manera específica por lo que se refiere a la libertad de empresa. Incluso, en la ya comentada STC 37/1981, se negó expresamente a hacerlo por considerar que no era materia del recurso.

El Tribunal Constitucional dispuso: "No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución [...], corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación. No es, sin embargo, un problema de este género el que el presente recurso suscita, pues no se sostiene en él que la Ley del Parlamento Vasco que con él se impugna no respete el contenido esencial de la libertad de empresa,

<sup>27</sup> Díez MORENO hace un análisis específico de la consideración de la libertad de empresa como derecho subjetivo y concluye que participa con absoluta convicción de la tesis que así la conceptúa. Díez MORENO, Fernando, "Libertad de empresa e iniciativa en la actividad económica", en *El sistema económico en la Constitución española*, op. cit., pp. 219 y ss.

sino sólo que tal ley vulnera la garantía formal de tal libertad, esto es, la reserva de ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución. [...] No hay, pues, lugar a entrar en el análisis de qué es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cuál sea el contenido esencial de esta libertad, que en todo caso ha de ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del art. 128 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del art. 131 [...]"

No obstante lo anterior, el propio Tribunal Constitucional ha ido dando ciertos elementos, aunque de manera parcial e inconexa, que permiten un acercamiento a la configuración de la libertad de empresa desde su vertiente personal. Así, se ha pronunciado respecto del acceso a la actividad empresarial, del ejercicio de las actividades económicas (sometido a ciertos límites) y de la irrupción o aparición del sector público en el mercado, que, al decir de Entrena Cuesta (1981, pp. 158 y ss.), conforman los tres ámbitos o dimensiones en los que se proyecta el principio de libertad de empresa y que, por ende, nos permiten un acercamiento a su contenido esencial.

Un claro ejemplo de la posición adoptada por el Tribunal Constitucional respecto de estos ámbitos (concretamente por lo que hace al acceso a la actividad empresarial y al ejercicio de las actividades económicas), lo encontramos en la sentencia 83/1984, de 24 de julio, en la cual dicho órgano jurisdiccional, después de evidenciar que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado respecto de cada actividad empresarial concreta, destaca que el artículo 38 no implica "el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35 [relativo a la libre elección de profesión u oficio] y 38".

El mismo criterio es ampliado por la importante STC 225/1993, de 8 de julio, en la que se resuelven diversos recursos y cuestiones de inconstitucionalidad promovidos, entre otras cosas, respecto de las limitaciones a los horarios de apertura y cierre de establecimientos comerciales previstas por la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales y que opera-

ban en franca oposición a la plena libertad en la actividad comercial para la fijación de horarios y días laborables prevista por un Real Decreto-ley de carácter previo. En dicha sentencia, el Tribunal sostuvo que “de la decisión que se acaba de mencionar [precisamente la STC 83/1984 arriba citada] se desprende con claridad tanto un límite negativo como otro positivo del derecho de libertad de empresa; constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, “el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”.<sup>28</sup>

De manera sucinta pero muy precisa, la STC 227/1993, de 9 de julio, relativa a la Ley catalana sobre equipamientos comerciales (que va en muy estrecha relación con la impugnación formulada respecto de su homóloga, la Ley valenciana) reitera que “la libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, [...]”.

De la jurisprudencia analizada podemos puntualizar que el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo un verdadero derecho subjetivo para crear empresas, gestionarlas y dirigir las de acuerdo con

<sup>28</sup> Díez-PICAZO, en su Voto Particular respecto de la sentencia 49/1988, antes comentado, afirma: “[...] la libertad de empresa no es sólo la libertad de fundación de empresas, sino también la titularidad del poder de autoorganización y de decisión”. Postura que se adecua a la doctrina constitucional más generalizada. Díez-PICAZO, Luis, “Propiedad y Constitución”, en L. SÁNCHEZ AGESTA (coord.), *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Madrid, Edersa, 1977.

las reglas propias del mercado, pero siempre dejando las puertas abiertas al legislador ordinario para ordenar el mercado mediante el establecimiento de ciertos límites o condiciones que, con carácter enjuiciable, atiendan al interés general.

Evidentemente esta facultad que el máximo intérprete de la Constitución le reconoce al legislador no nos impide destacar que, al igual que lo que sucede con los derechos a la propiedad privada y a la herencia, es la propia Carta Fundamental la que contempla la posibilidad de limitar la libertad de empresa, como se desprende, por una parte, del artículo 10. (que configura a la nación española como un Estado social y democrático de derecho) en relación con el 128.1 (que subordina la riqueza de todo el país al interés general) y que al decir de Balado (1994, p. 58), constituye una “declaración solemne de la preeminencia del bien común y del interés general sobre el particular” en el campo económico; y, por la otra, de los diversos preceptos que constitucionalizan el reconocimiento y tutela de diversos intereses sociales y que, a su vez, implican la concreción de la función social del ejercicio de la libertad de empresa.<sup>29</sup>

Aunado a lo anterior, el propio artículo 38 incluye la posibilidad de que los poderes públicos establezcan límites o condicionen a la libertad de empresa, al señalar textualmente que “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

<sup>29</sup> De conformidad con FONT GALÁN, los intereses sociales consagrados por el texto constitucional que materializan la función social del ejercicio de la libertad de empresa son, de manera enunciativa mas no limitativa, el interés de la familia a su protección económica (art. 39.1), el interés de las clases económicamente débiles a una más equitativa distribución de la renta y la riqueza (art. 40.1), el interés de los trabajadores a la consecución del pleno empleo (art. 40.1), y a un puesto de trabajo dentro del territorio nacional (art. 42), el interés de las Comunidades Autónomas a una más equitativa distribución de la renta regional (art. 40.1), los intereses legítimos de carácter económico de los consumidores y usuarios (art. 51.1) y los intereses generales que justifican que el Estado proceda a planificar la actividad económica general (art. 131.1). A esta enumeración nosotros agregaríamos los intereses sociales que se encuentran protegidos tanto por el artículo 45 constitucional (que reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber a conservarlo, para lo cual los poderes públicos pueden introducir ciertas limitaciones o condiciones a la iniciativa pública privada) como por el artículo 130 (que hace referencia a los sectores económicos y, en particular, a los de agricultura, ganadería, pesca y artesanía). FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

Ciertamente, siguiendo a Font Galán (1987, p. 127), las limitaciones que podrían derivarse de este precepto no sólo aparecerían como ingredientes necesarios para la efectividad de la libertad de empresa (para garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad), sino también como factores externos que condicionan esa misma libertad (atendiendo a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación), en aras de otros intereses generales.

De esta forma, continuando con el citado autor, el artículo 38 de la CE no se limita a consagrar simple y categóricamente el principio de la libertad de empresa como derecho absoluto del ciudadano, sino que se encuentra impregnado por una vertiente institucional o socializada “en la medida en que la libertad de empresa sólo se garantiza y protege por los poderes públicos si se ejercita “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación”, lo que supone que el ejercicio libre de las actividades económicas ha de estar preordenado a la realización de una utilidad económica y social (‘defensa de la productividad’), [...]”.

Las ideas anteriormente apuntadas quedan reseñadas mediante la cita textual de uno de los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 4o.) en su sentencia 227/1993, de 9 de julio:

[...] conviene recordar que es la propia Constitución, en el mismo precepto [art. 38], la que condiciona el ejercicio de esa libertad a ‘las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación’. Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero, además, en un Estado social y democrático de derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, fundamento jurídico 4). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos.

Ahora bien, quizá el precepto constitucional que mayor impacto tiene respecto de la libertad de empresa consagrada por el artículo 38 es precisamente el artículo 128.2 de la CE (ubicado en el Título VII, “Economía y Hacienda”), de conformidad con el cual:

Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Como puede observarse, el artículo 128.2 constitucional entraña la posibilidad de intervención del poder público en la actividad empresarial (o, de manera más general, en la actividad económica), mediante tres formas distinguibles: la iniciativa pública, las reservas al sector público de ciertos recursos o servicios esenciales (nacionalización) y la intervención de empresas.

La primera de ellas, la iniciativa pública, supone la posibilidad de que el Estado cree empresas en concurrencia con los particulares. Esta posibilidad de que concurren tanto el sector privado como el sector público en el mercado ha generado arduos debates en la doctrina constitucional ya que según se defienda su carácter limitado o ilimitado e incondicional se estará definiendo un sistema económico determinado. De ahí que algunos autores, como es el caso de Ariño (1981, p. 93), lleguen a afirmar que la iniciativa pública debe tener un papel estricto y secundario, ya que de lo contrario su reconocimiento genérico, sin cortapisas, supondría una cierta contradicción con el artículo 38.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Entre los autores que sostienen, al igual que ARIÑO, que la iniciativa económica pública tiene un carácter secundario y limitado especialmente por su emplazamiento y su función finalista, se encuentra, por citar un ejemplo, BALADO, quien sostiene que “[...] la creación de una empresa pública no puede compararse a la de una empresa privada, ya que la financiación con cargo a fondos públicos y su génesis en un acto jurídico público de la administración, exige la tan repetida justificación, proporcionada a los fines a los que deben servir todos los poderes públicos. Esto nos lleva a concluir que la iniciativa económica pública, por suponer una intervención de los poderes públicos en el marco de la economía de mercado desde presupuestos que difieren del resto de los competidores privados, debe tener carácter restrictivo y secundario, habilitada sólo por las “exigencias de la economía general” y, por ende, fundada en el interés general y social a que deben servir todos los poderes públicos. [...] La posición que venimos manteniendo, bien podría calificarse como tributaria, entre otros, del conocido principio de subsidiariedad”. BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

Lo cierto es que el alcance que pudiera otorgársele a esta previsión constitucional admite muy diversos argumentos que hacen posible defender tanto una postura intervencionista, aunque nunca con exclusión absoluta de los particulares, como una que no lo sea,<sup>31</sup> pero, en todo caso, en lo que sí hay coincidencia es en la necesidad de que la iniciativa pública se encuentre debidamente justificada en la presencia de un interés general.<sup>32</sup>

La postura contraria, es decir, aquella que considera que la CE sanciona un principio de coiniiciativa económica pública y privada, es sustentada, entre otros, por COTARELO, según el cual "De la interpretación conjunta de los arts. 38.1 y 128.2 deriva el principio de coiniiciativa económica pública y privada. Principio que viene a sustituir al de subsidiariedad de la acción pública. La iniciativa pública en economía no ha de suplir las insuficiencias o ausencias de la iniciativa privada en ciertos sectores. [...] El plano de igualdad en que la Constitución sitúa a la empresa pública y a la empresa privada, no queda afectado por la separación de ambos artículos. La iniciativa privada está considerada en términos de derecho de libertad —lo que obliga a su inclusión en el Título I—, mientras que la iniciativa pública —que obviamente no puede tener esa consideración— se incluye, por razones de sistemática, en el Título VII."; COTARELO GARCÍA, Juan, *op. cit.*, p. 151, así como por FONT GALÁN, quien dice: "[...] la Constitución económica se monta sobre la base de dos principios que participan de la misma naturaleza y cuyo juego se halla constitucionalizado en régimen de igualdad: el principio de la libertad de empresa de los ciudadanos (empresarios privados) consagrado en el artículo 38, y el principio de libertad de 'iniciativa pública en la actividad económica' (art. 128.2). [...] La intervención directa del Estado, como empresario en la organización de actividades económicas, no es ya consecuencia de un deber de subsidiariedad, sino fruto del ejercicio de un derecho que le atribuye el reconocimiento de la libertad de iniciativa pública en la actividad económica. Así, pues, los ciudadanos y el propio Estado se hallan en un mismo pie de igualdad a la hora de organizar empresas y acceder al mercado, salvo en caso de que 'mediante ley se reserve al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio', como excepción a la regla del art. 128". FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 160.

<sup>31</sup> Participamos de la idea de Díez MORENO, en el sentido de que "No es posible determinar si la iniciativa pública en la actividad económica que reconoce el art. 128.2 de la Constitución, es prioritaria, subsidiaria o alternativa respecto de la libertad de empresa reconocida en el art. 38. Múltiples razonamientos pueden avalar cualquiera de las soluciones". Díez MORENO, Fernando, *op. cit.*, p. 237.

<sup>32</sup> De conformidad con BASSOLS: "[...] mientras el artículo 38 reconoce la iniciativa y libertad económica de los particulares, siendo indiferente para el orden constitucional, dentro del ámbito de lo lícito, las motivaciones y los objetivos perseguidos, para los sujetos públicos todas las actuaciones, tanto las que se ejercen por vía de autoridad como empresarialmente, deben estar justificadas en función de los intereses públicos concurrentes (art. 103 de la Constitución). La vinculación al interés público de las actuaciones empresariales públicas no sólo deriva de los fines a cumplir —constitucionalmente son amplísimos con la posibilidad siempre de apelar a la cláusula general del artículo 9.2 ('promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud')— sino de la ponderación de los medios a emplear cuantitativamente y cuali-

Por lo que se refiere a la segunda forma de actuación gubernamental que contempla el artículo 128.2 constitucional, esto es, las reservas al sector público de "recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio", cabe decir que supone la exclusión de la iniciativa económica privada en el ejercicio de una actividad por razones de interés público.

Precisamente porque las reservas al sector público importan la sustracción total de determinados recursos o servicios del ámbito privado, lo que supone una verdadera restricción al régimen de libertad previsto por el artículo 38 y, en algunos casos, también a la propiedad privada, la Constitución prevé mayores requisitos que para la simple materialización de la iniciativa pública. Así, del propio artículo 128.2 se desprende que los requisitos inherentes a las reservas del sector público son los siguientes:

1. Que se trate de recursos y servicios esenciales. Si bien, tal como lo afirma Ariño (p. 103), la esencialidad o no esencialidad de los recursos o servicios no puede definirse apriorísticamente, sino que es necesario atender a cada caso concreto<sup>33</sup> (cuya interpretación debemos conectarla con el interés general que legitima la actuación gubernamental), el otorgamiento de este carácter, normalmente efectuado por el Parlamento, se hace indispensable para que determinada actividad o sector económico se sustraiga del ámbito privado.

Al respecto cabe decir que el artículo 128.2 añade a la exigencia de que se trate de recursos o servicios esenciales las palabras "especialmente en caso de monopolio". Esta expresión no significa, como lo reconocen la mayoría de los autores, una exigencia más para la

tativamente ya que el artículo 31.2 impone que 'el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderá a los criterios de eficiencia y economicidad'. La economicidad de la gestión aparece constitucionalmente como un imperativo para la justificación y actuación de la empresa pública. A mayor abundamiento, el artículo 38 no sólo reconoce la libertad de empresa, sino que proclama que los poderes públicos 'garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad', directriz que apunta a impedir una actuación económica pública sustitutoria irreflexiva y sin ponderación de las posibilidades de la iniciativa privada". BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico, op. cit.*, pp. 171 y 172.

<sup>33</sup> La dificultad de definir *ex ante* la esencialidad de un servicio o recurso también se ha puesto de manifiesto por el magistrado don José GABALDÓN LÓPEZ en su Voto Particular emitido en razón de la STC 127/1994, de 5 de mayo, por la que se resuelve sobre la constitucionalidad de la Ley de Televisión Privada.

procedencia de las reservas al sector público, sino simplemente una causa adicional justificativa. En otras palabras, mientras el requisito de esencialidad sí es determinante para atribuir determinados recursos o servicios al gobierno, la existencia de un monopolio por sí solo no es suficiente para realizar dicha atribución aun cuando su presencia refuerza los argumentos para llevarla a cabo.<sup>34</sup>

2. Que la reserva se efectúe por ley. Esta exigencia se desprende del propio artículo 128.2 y no propiamente de la reserva de ley exigida por el artículo 53 constitucional, aunque es evidente que las nacionalizaciones pueden afectar la libertad de empresa especialmente cuando se efectúan sobre actividades o recursos que de hecho ya ejercen o utilizan los particulares.

La doctrina constitucional generalmente coincide en que la exigencia de ley opera para cada caso concreto. Las diferencias se presentan cuando se trata de indicar la naturaleza del acto legislativo. Algunos sostienen que las nacionalizaciones podrían requerir una ley orgánica, como es el caso de Ariño (p. 101), mientras que otros,

<sup>34</sup> Una interpretación relativamente diferente a la que hemos manifestado es la que sostiene ARIÑO, de conformidad con el cual "[...] el mero hecho de monopolio no es causa suficiente para declarar la reserva (lo que difiere del texto primitivo de la ponencia constitucional y el de la Constitución italiana en que aquélla se inspiró), sino que aquélla requiere siempre la calificación previa de 'servicio o recurso esencial'; la existencia de un monopolio de hecho en sectores no esenciales deberá ser combatida por otros medios (la aplicación de legislación antimonopolio, una política arancelaria que consiga romper el monopolio de la oferta o incluso la 'iniciativa pública', esto es, la creación de empresas públicas en el sector), pero no habilitará nunca —sería anticonstitucional— para declararlo 'sector reservado'. Por lo demás, digamos que recursos o servicios que podrían ser calificados de 'esenciales' [...] pero que no constituyen monopolio, sino que están correctamente explotados por el sector privado en régimen de mercado, no deben ser tampoco declarados tales, porque ello sería atentar contra el principio general (no se olvide que la reserva es la excepción) del art. 38. En resumen, que la declaración de reserva exigirá ordinariamente ambas notas tipificadoras conjuntamente [que sean esenciales y monopolios]". ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "La empresa pública", en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *op. cit.*, p. 103.

Por otra parte, es de observar que en opinión de BASSOLS, las reservas al sector público no constituyen una institución destinada a combatir las prácticas monopolistas, toda vez que "[...] la cualificación de la situación de monopolio en el marco del artículo 128.2 sólo podría jugar a efectos de aquellos recursos y servicios esenciales que por causas de la naturaleza o del estado de la técnica dan lugar a una restricción de la oferta y, por tanto, son meramente monopolios de hecho o naturales, quedando marginados del precepto legal los ocasionados por la voluntad de los productores y aquellos de naturaleza legal que no responden a la nota de esencialidad [...]". BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

tales como Bassols (1985, p. 196) y Balado (1994, p. 61), a los que nos unimos, niegan dicha exigencia en virtud de que el artículo 81.1 no incluye esta materia. En cualquier caso, sea o no necesaria la presencia de una ley orgánica, lo que sí es muy claro es que la referencia a la ley en el artículo 128.2 hay que entenderla como "reserva absoluta de ley", esto es, como ley votada por las Cortes Generales y, por ende, con exclusión de los Decretos-ley, debido a que, como indica Bassols (p. 196), "las reservas de recursos y servicios afectan al contenido esencial del derecho de libertad de empresa [...], suponen para todo un sector o categoría la exclusión de la gestión privada de los mismos".

La tercera forma de actuación gubernamental prevista en el artículo 128.2 corresponde a la intervención pública en las empresas, lo que implica la gestión y dirección por parte de la administración pública de las empresas privadas, sin que se adquiera, al menos en principio, la titularidad del capital social.

Sobre el particular cabe mencionar que aun cuando el citado precepto constitucional no lo dice expresamente es generalmente aceptado por la doctrina constitucional (y también se desprende de la práctica) que dichas intervenciones tienen un carácter excepcional y transitorio.<sup>35</sup> Al decir de Ojeda Marín (1990, pp. 58 y 59), su puesta en funcionamiento puede obedecer a situaciones de emergencia, casos de fuerza mayor o a la necesidad de mantener la continuidad de servicios indispensables para la sociedad, pero eso sí, tal como lo manifiesta el precepto en comento, siempre en atención al interés general.

Al igual que lo que sucede con las reservas al sector público de recursos o servicios esenciales, el propio artículo 128.2 constitucional establece que la intervención de empresas debe de efectuarse por ley, por lo que los comentarios emitidos al respecto se hacen extensivos para esta institución.

Así las cosas, podemos observar que las tres formas de intervención pública previstas por el artículo 128.2 suponen una necesaria

<sup>35</sup> Según BALADO: "La interpretación de esta facultad debe ser, [...], restrictiva, siendo posible su utilización cuando el interés general, previamente acreditado, así lo reclame; y deberá cesar, cuando las razones que motivaron su ejercicio desaparezcan, para evitar una injustificada e inconstitucional lesión del derecho reconocido en el art. 38". BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, *op. cit.*, p. 65.

alteración al principio de libre empresa (entendida como libre iniciativa privada), por lo que cada una de ellas no sólo se encuentra sujeta a los requisitos específicos a que nos hemos referido, dentro de los que destaca la exigencia de un interés general que legitime la actuación gubernamental, sino que además deben de ser interpretadas a la luz del propio artículo 38 y de las garantías constitucionales con que éste cuenta. Dichas garantías coinciden con las del derecho a la propiedad privada, previstas por el artículo 53.1 de la CE, debido a su misma ubicación en la Constitución.

De esta forma, la libertad de empresa, al igual que los derechos a la propiedad privada y a la herencia, todos considerados derechos de contenido económico (conformadores de la denominada Constitución económica), se encuentra sujeta a límites en los que se advierte, asimismo, el pleno reconocimiento a la presencia gubernamental, lo cual nos lleva a concluir de nueva cuenta que en la CE se hace patente el distanciamiento respecto del planteamiento tradicional de la teoría liberal, pues la idea de una colectividad se superpone a la protección individual, siendo una de las características esenciales de todo Estado social de derecho.

### 3. La libertad de elección de profesión u oficio

De conformidad con Pérez Royo (2000, p. 557), la libertad de profesión u oficio, consagra “[...] un derecho de vieja tradición liberal, que fue muy importante en los orígenes del Estado constitucional, ya que con él se venía a poner fin jurídicamente al sistema gremial característico del Antiguo Régimen”.<sup>36</sup>

En el sistema constitucional español dicha libertad se encuentra prevista en el artículo 35.1 de la CE, ubicado, al igual que los derechos y libertades mencionados con anterioridad, en el apartado correspondiente a los “derechos y deberes de los ciudadanos” y de acuerdo con el cual:

<sup>36</sup> Respecto de la relación entre la libertad de profesión u oficio y el gremialismo resultan recomendables las reflexiones vertidas por VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, “La libertad constitucional del ejercicio profesional”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 1376 a 1378.

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo.<sup>37</sup>

En una interpretación literal del precepto constitucional citado podría derivarse que el Constituyente no garantiza propiamente el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sino la posibilidad de elegirlo en libertad. Tal es, efectivamente, la postura adoptada por Tolivar Alas (1991, pp. 1337 y ss.) al indicar que existe una separación tajante entre el derecho a elegir libremente la profesión u oficio y el ejercicio de cada actividad concreta. Así, el citado autor (p. 1341) señala que “El derecho consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución de 1978 se limita obviamente a reconocer esa facultad de elección entre lo que es lícito y no a potenciar el que cualquier actividad sea realizable por todos”.

Esa misma postura ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 83/1984, de 24 de julio, anteriormente comentada, de conformidad con la cual “el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, [...], cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden”.

Sin embargo, yendo todavía más allá, Tolivar Alas (p. 1350), siguiendo con la distinción entre la facultad de elegir la profesión u oficio y su ejercicio, ha mencionado que la libertad de elección propiamente dicha no encuentra más limitación que la “fuerza impeditiva de la realidad” (o, si se prefiere, las razones de estricta organización),<sup>38</sup> mientras que el ejercicio profesional sí puede sujetarse a ciertas limitaciones, tal como reconoce el propio Tribunal Cons-

<sup>37</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>38</sup> En palabras de TOLIVAR ALAS: “La elección se entiende que forma parte del libre desenvolvimiento humano, del desarrollo vocacional de la personalidad y, por lo tanto, no puede ser sometida a trabas. Ni siquiera alegando saturación profesional, pues ello equivaldría a negar la concurrencia libre y a sepultar las expectativas de los mejores por venir ante los peores ya establecidos”. TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 1350.

titucional en la sentencia antes indicada al señalar que el ejercicio de la actividad profesional “está disciplinado por normas de muy distinto orden”.

La afirmación anterior se encuentra moderada por el Tribunal Constitucional al admitir, en su sentencia 89/1989, de 11 de mayo, en la que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad formulada respecto de la colegiación obligatoria prevista por la Ley de Colegios Profesionales, que “el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 C.E., deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público”.

Así, resulta evidente que, como reconoce de manera expresa el Tribunal Constitucional, el artículo 36 (que a la letra dispone: “La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”) supone una posible limitación a la libertad de elección de profesión u oficio y, evidentemente, al ejercicio profesional. Pero, eso sí, no se trata de una limitación irrestricta, ya que como se desprende de la misma sentencia el legislador únicamente estará legitimado para exigir la colegiación ante la presencia necesaria de un interés público que así lo justifique y, además, como se desprende del propio artículo 36 constitucional, el establecimiento del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y de las profesiones que requieran de algún título estará sujeto al principio de reserva de ley,<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Según lo advierten VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, “[...] parece quedar claro que cualquier regulación, de la índole que sea, relativa al ejercicio profesional tan sólo puede ser llevada a cabo mediante Ley formal. La deslegalización [...] quedará, por tanto, excluida, pudiendo utilizarse únicamente la potestad reglamentaria en los supuestos de habilitación previa sobre aspectos no relevantes o previamente definidos en la propia Ley”. VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *op. cit.*, p. 1386. Sin embargo, es importante hacer notar que de conformidad con las SSTC 83/1984,

lo cual se traduce en un requisito más que constriñe el uso indiscriminado de posibles limitaciones a la libertad de que tratamos.

Ahora bien, retomando la distinción entre la libertad de elección de profesión u oficio y el mero ejercicio de las mismas, es importante observar que la admisión de esta postura tiene consecuencias directas en cuanto al alcance de las garantías constitucionales que se derivan del artículo 53.1 de la CE. Así, para Tolivar Alas (pp. 1349 a 1351), quien como hemos visto admite sin reservas tal separación, dicho artículo no es aplicable al ejercicio profesional.<sup>40</sup>

En otras palabras, si se adopta la distinción entre la libre elección y el ejercicio de la profesión u oficio, tendríamos que aceptar, junto con el mismo autor, que la vinculación a todos los poderes públicos (*ope constitutionis*), el respeto al contenido esencial por el legislador y la remisión al artículo 161.1 de la CE para la aplicación del recurso de inconstitucionalidad, únicamente serían aplicables al derecho de opción de profesión u oficio y no propiamente a su ejercicio, hecha la salvedad, por supuesto, del principio de reserva de ley que operaría para este último en virtud del propio artículo 36 de la CE y no así por el artículo 53.1 constitucional.

De una interpretación literal del artículo 35.1 constitucional y como hasta el momento ha venido manifestando el Tribunal Constitucional, pareciera desprenderse que efectivamente dicho precepto consagra tan sólo un aspecto de la actividad profesional: su libre elección, dejando de esta forma a la legislación secundaria la configuración de su ejercicio.

Esto, ciertamente, no significa que el legislador (*lato sensu*) cuente con una absoluta discrecionalidad para regular lo relativo al ejer-

89/1989 y 131/1989, la reserva de ley prevista por el artículo 36 constitucional no es equiparable a la reserva de ley que contempla el artículo 53.1 de la CE respecto de los derechos y libertades (donde se incluye la reserva de ley aplicable a la libertad de elección de profesión u oficio), toda vez que en los Colegios Profesionales no hay un contenido esencial que preservar.

<sup>40</sup> Una postura diferente a la indicada es la que sigue PÉREZ ROYO, quien analiza la libertad de profesión y oficio como una y la misma cosa (incluyendo tanto la libertad de elección como el ejercicio profesional), de tal forma que la aplicación de las garantías previstas por el artículo 53.1 les son aplicables indistintamente. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 7a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 557 y ss. Asimismo, resulta discordante a tal distinción la postura mantenida por VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *op. cit.*, pp. 1393 y ss.

cicio profesional o de oficio ya que, en todo caso, estaría sujeto al propio orden constitucional (por ejemplo, estaría sujeto al respeto a “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” tal como previene el artículo 38 de la CE). Pero esta distinción y, principalmente sus consecuencias, sí manifiestan una clara matización a la libertad de profesión u oficio utilizada como estandarte para la defensa de los intereses particulares por los ideólogos de la economía de mercado, toda vez que no existe un precepto constitucional específico y directo que garantice la libertad en el ejercicio de la actividad profesional, con excepción de lo dispuesto por el artículo 36 constitucional, situación que necesariamente dificulta las cosas y supone un cierto margen de apreciación para la autoridad gubernamental. Al respecto resulta conveniente citar las pertinentes palabras de Tolivar Alas (p. 1353):

Creemos que el Tribunal Constitucional matizará en un futuro esta tajante separación entre elección y ejercicio profesional [...], ya que el contenido de la libertad que nos ocupa incluye la opción entre posibilidades ciertas y no entre quimeras dejadas al arbitrio total del legislador. Si ese contenido debe incluir, [...], el límite del respeto a los derechos ajenos y la condición de que toda regulación intervencionista se haga con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, la diferencia entre la elección de una profesión y en qué consista el ejercicio concreto de la misma no deja de ser muy relativa. Sería lo mismo que aislar del derecho al sufragio el conocimiento de las opciones a votar.

Pero, mientras tanto, podemos concluir respecto de la configuración constitucional de la libertad de elección de profesión u oficio, y especialmente por lo que se refiere al ejercicio profesional, que al igual que lo que sucede con la propiedad privada y la libertad de empresa, se advierte la posibilidad de sujetarlas a ciertos límites que respondan al interés general, rompiendo de esta manera con la tendencia liberal decimonónica donde se otorga cierta preponderancia al beneficio de las utilidades o preferencias individuales. De nueva cuenta podemos observar cómo se superpone la idea de la colectividad a los intereses individuales, justificándose de esta manera la actuación gubernamental en perjuicio de una irrestricta libertad del mercado.

#### 4. La planificación económica

Uno de los aspectos más relevantes para la configuración del orden económico constitucional lo encontramos en la facultad del Estado para intervenir en la actividad económica mediante la planificación, prevista en el artículo 131 constitucional y reconocida, asimismo, en los artículos 38 (correspondiente a la libertad de empresa) y 149.1.13 (que señala como facultad exclusiva del Estado las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Se trata de una situación que, como podemos observar, contrasta de manera visible con los derechos y libertades admitidos por el liberalismo clásico (basado en el sistema descentralizado o de economía de mercado), no sólo por el hecho de introducir un mecanismo de intervención estatal sino, además, porque supone una clara matización a la libre iniciativa privada.<sup>41</sup> Así, el artículo 131 constitucional dispone lo siguiente:

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.
2. El gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

Como se desprende del artículo 131.1 de la CE (al indicar que “el Estado, [...], *podrá* planificar la actividad económica general”), la facultad concedida al Estado para planificar la economía implica lo que Carl Schmitt denominó un mero formulismo constitucional de compromiso, es decir, que el precepto constitucional citado tiene un carácter optativo (no preceptivo) que hace posible su no desarrollo por el

<sup>41</sup> De esta forma, la inclusión de la planificación económica en la CE responde al viejo debate entre el sistema económico descentralizado y el sistema económico centralizado o de planificación central, pero que tal como se encuentra regulado, según veremos más adelante, adopta una posición ecléctica.

legislador y, en consecuencia, su no puesta en práctica por la autoridad administrativa. Esta característica es lo que lleva a algunos autores, como Bassols (1981, p. 380), a afirmar que la Constitución prevé la existencia de la planificación como una opción constitucionalmente válida aun cuando no inherente al sistema político y económico.

El carácter optativo del precepto constitucional en comento no sólo ha sido admitido por la doctrina constitucional de manera generalizada sino que además ha llevado efectivamente a la planificación de la actividad económica general a una situación de desuso. Desde la promulgación de la CE hasta la fecha nunca se ha puesto en práctica el procedimiento previsto por el mismo. Sin embargo, para los efectos de nuestro trabajo, esta situación de obsolescencia de la planificación no le resta importancia, toda vez que existe la posibilidad constitucionalmente reconocida de echar mano de ella en cualquier momento que se juzgue oportuno, lo que lógicamente tendría una repercusión directa respecto del sistema económico español adoptado e indirecta en la atención de criterios de carácter social.

Claro que la posibilidad de utilizar la planificación de la actividad económica como medida de intervención estatal para alcanzar unos fines concretos no es una facultad irrestricta, ya que, como lo iremos desarrollando, se encuentra sujeta a límites impuestos no sólo por el propio fundamento constitucional que le da vida (art. 131 constitucional) sino también en razón de los derechos y libertades a los que nos hemos referido, especialmente aquél que se refiere a la libertad de empresa.

Por lo que hace a este último aspecto, cabe mencionar que el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa usualmente se contrapone por la doctrina a la planificación a efecto de buscar su conciliación, lo cual resulta evidente si consideramos que una planificación absoluta e imperativa de la actividad económica (representante *ad hoc* del sistema económico centralizado) ahogarí­a la existencia de aquélla (ejemplo clásico del sistema de economía de mercado). De ahí que gran parte de la doctrina constitucional señale que la planificación a que se refieren los artículos 38, 131 y 149.1.13

de la CE tiene un carácter indicativo.<sup>42</sup> Al respecto, Font Galán (1987, p. 157) indica:

[...] el texto constitucional no formula expresamente el carácter (indicativo o vinculante) de la planificación económica, [...] el carácter de ésta deberá determinarse en función del contenido esencial de la libertad de empresa, en la medida en que la ley mediante la cual se planifique la actividad económica general no puede ahogar la esencialidad de dicha libertad (arts. 38 y 53.1 en relación con el art. 131.1). Y esto supone ya un primer argumento para mantener que la planificación económica no puede tener un carácter total y vinculante, toda vez que aquélla no puede invadir las 'aguas jurisdiccionales' de la esencialidad de la libertad de empresa. [...]. Para solucionar esta incompatibilidad hay que sopesar la naturaleza jurídica constitucional de los elementos en tensión: en efecto, mientras que la libertad de empresa constituye una de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, amparada por las garantías constitucionales previstas en los artículos 53.1 y 161.a) y acogida al mecanismo reforzado de reforma constitucional que prevé el artículo 168, la planificación económica viene reconocida en el texto constitucional (arts. 38 y 131.1) sólo como una de las posibles fórmulas alternativas de intervencionismo económico del Estado, que si bien no es en todo caso incompatible con el sistema de economía de mercado, sí ha de respetar, en su caso, el contenido esencial de la libertad de empresa.

Asimismo, Balado (1994, p. 66) señala que la planificación "deberá interpretarse en armonía con la libertad de empresa y el marco econó-

<sup>42</sup> Atendiendo a una clasificación tripartita, OJEDA MARÍN señala: "Tradicionalmente se viene distinguiendo entre planes imperativos (coactivos, compulsivos o coercitivos), planes indicativos (también llamados orientativos) y planes mixtos. [...] Los imperativos, como revela su propio nombre, tienen fuerza vinculante y los sujetos económicos vinculados por ellos tienen que adecuar sus actividades a los objetivos y previsiones formuladas en el Plan. [...] Los planes indicativos son seguidos libremente por los interesados en función de una concertación previa o como fruto de haber adquirido ciertos beneficios. [...] Los planes mixtos utilizan ambos criterios: sancionan la obligatoriedad para ciertos agentes económicos (por ejemplo, el sector público) y al mismo tiempo estimulan la participación de otros (por ejemplo, el sector privado). [...] Así las cosas, resulta obvio que la planificación 'occidental' se plasmará bien mediante planes indicativos, bien a través de planes mixtos". OJEDA MARÍN, Alfonso, *El contenido económico de las constituciones modernas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1990, p. 63. Al respecto cabe aclarar que nosotros adoptamos una postura bipartita, en el sentido de que la planificación indicativa comprende tanto a ésta como a la que OJEDA MARÍN denomina mixta.

mico de mercado en el cual debe desarrollarse aquélla, razón por la cual el sistema de planificación que el texto constitucional consagra, no puede tener carácter vinculante, sino meramente indicativo, ya que de lo contrario vulneraría el principio de libertad de empresa, por afectar el contenido esencial de este derecho [...].” Pero, conviene destacar que dicho carácter indicativo no es óbice para reconocer el valor vinculante de la planificación respecto del sector público, así como para aquellas empresas que voluntariamente se adhieran o supediten al plan a cambio de ciertos incentivos o ventajas de naturaleza fiscal, laboral o de cotización a la seguridad social.

De esta manera, se hace evidente que el reconocimiento generalizado del carácter indicativo de la planificación por gran parte de la doctrina,<sup>43</sup> no obstante la omisión en la que incurre la Carta Fundamental, atiende a la pretensión de conciliar las diferentes instituciones previstas por la propia Constitución, lo que demuestra una vez más el carácter mixto del sistema económico constitucional y la necesidad de realizar una interpretación integral de la ley suprema.

Por otra parte, con independencia del carácter de la planificación económica, el artículo 131 establece una serie de requisitos para su

<sup>43</sup> Un claro ejemplo lo encontramos en GARRIDO FALLA, de conformidad con el cual “[...] lo que diferencia definitivamente la planificación socialista de la que se aplica en los países de mercado libre son los efectos jurídicos de la planificación económica frente al sector privado: en estos últimos el Plan sólo es vinculante para el sector público, mientras que tiene carácter indicativo para el sector privado. [...] Este carácter indicativo, sin embargo, no deja de tener efectos directos para los particulares”. GARRIDO FALLA, Fernando (coord.), *El modelo económico en la Constitución española*, op. cit., p. 59.

De igual forma, BASSOLS señala que el carácter potestativo y no obligatorio de la planificación, así como la naturaleza de su contenido (como indicativa o, al menos, que quedara patente ese carácter mediante una interpretación conjunta del texto constitucional) fueron dos de los aspectos más importantes en el debate preconstitucional y a los que se llegó a un acuerdo por parte de los diversos partidos políticos. No obstante ello, el propio autor admite que “la pretensión de clasificar *a priori* el tipo de planificación sancionado en la Constitución como incompatible con los métodos imperativos —es decir, con capacidad para el sector privado de imponer o señalar objetivos detallados para el sector privado con control exacto de su cumplimiento e imposición de sanciones o sustituciones en caso de desviación— y sólo conforme a los modelos indicativos —limitada a la proyección de previsiones globales susceptibles de ser desarrolladas por vías indirectas de impulso o fomento para la iniciativa privada— es metodológicamente incorrecta y no se ve respaldada por el examen de los antecedentes parlamentarios, anteriormente partidarios de que en el texto constitucional no figurara formalmente la calificación de la naturaleza de la planificación”. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, op. cit., pp. 228, 236 y 237.

implementación que, a su vez, se constituyen en verdaderos valladares respecto de su alcance, contenido y formación. Estos requisitos son los que a continuación se enuncian:

1. La planificación a que se refiere el artículo 131 constitucional sólo podrá efectuarse sobre la “actividad económica general”, lo que implica en sí un cierto límite en cuanto a su objeto, toda vez que dicha planificación no sería viable respecto de aquellas actividades económicas “sectoriales”, tal como destaca Bassols (1985, p. 233).<sup>44</sup>
2. El precepto constitucional en comento establece que el Estado podrá planificar la actividad económica general “mediante ley”. Esto significa, como ya lo hemos visto respecto de otras instituciones aunque con otros fundamentos jurídicos, que opera el principio de reserva de ley para cada caso en el que se desee implementar la planificación.
3. Asimismo, el artículo 131 establece determinados objetivos a seguir mediante la planificación de la actividad económica. Estos objetivos son, al tenor del citado precepto, los siguientes: “atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

<sup>44</sup> De acuerdo con BASSOLS: “Punto clave para la interpretación de la norma constitucional y de la propia viabilidad operativa de la planificación económica tal como la concibe el texto constitucional es la expresión ‘actividad económica general’. Por lo pronto, del texto constitucional parece posible diferenciar los términos ‘general’ y ‘sectorial’ para referirse a las acciones económicas. Así previamente el artículo 130.1 especifica que los poderes públicos deberán atender ‘a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía’. En consecuencia, frente a la acción económica sectorial existe una acción económica general como visión de conjunto de la totalidad del sistema económico en sentido global”. BASSOLS COMA, Martín, op. cit., p. 233.

Aunque con otro sentido, FONT GALÁN también hace alusión a la “actividad económica general” como un concepto de carácter restringido. Así, el citado autor señala: “[...] es obvio que por actividad económica general del país no puede entenderse la organización interna y externa de las empresas que dirigen los sujetos económicos, ni la libertad de éstos para asumir o no los riesgos que toda empresa comporta, ni la forma y contenido de las ofertas al público de los bienes y servicios ofrecidos al mercado, [...]”. FONT GALÁN, Juan Ignacio, op. cit., p. 158.

El primero de los objetivos señalados, esto es, la atención a las necesidades colectivas, tiene una connotación amplísima toda vez que el término "necesidades colectivas" no admite una interpretación unívoca. Sin embargo, siguiendo a Bassols (1981, p. 408), es claro que "la alusión del texto constitucional hace referencia a aquel conjunto de actividades y servicios públicos que configuran el marco de la existencia social contemporánea: como la educación, la sanidad, los transportes y comunicaciones, la cultura, etc.", aunque, evidentemente, dicho concepto posee un carácter maleable que le permite adaptarse a las circunstancias imperantes en un determinado momento histórico.

El objetivo referente al equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, según el citado autor (p. 409), "postula la necesidad de corregir los desequilibrios intersectoriales, formulando una directriz de integración económica general". Aquí se hace patente la intención del Constituyente de proveer determinados instrumentos de actuación gubernativa (como lo es la planificación económica) a fin de procurar una cierta igualdad en todo el territorio español.

El tercero de los objetivos, es decir, el estímulo al crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, da lugar a considerar a la planificación económica como un posible instrumento de política económica y social en el que se ponderen los criterios de eficiencia económica y equidad. Como señala Bassols (p. 410), el Constituyente introduce una fórmula que permite matizar y equilibrar la idea de crecimiento económico (en términos de riqueza) con la de distribución de la renta.

4. Finalmente, el segundo párrafo del precepto en comento indica: "El gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley". Con esto llegamos al último de los requisitos previstos por el multicitado artículo 131, consistente en el carácter participativo y democrático de la planificación económica tanto en su elaboración como en su posterior aprobación por el Parlamento.

#### V. INCIDENCIA ECONÓMICA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE TERCERA GENERACIÓN

Como lo he manifestado en reiteradas ocasiones, la Constitución económica se impregna de las ideas procedentes del proceso de socialización operado en la mayoría de los países europeos en el transcurso del siglo XX. Esta situación logra explicarse si tomamos en consideración que dicho proceso dio lugar a una visión colectivista del orden jurídico en oposición a la hegemonía decimonónica de la corriente individualista, provocando, a su vez, la modificación de las normas fundamentales que hacen posible la adopción de un sistema de economía de mercado a efecto de buscar el equilibrio entre éstas y ciertas garantías sociales, como hemos visto en el apartado anterior, así como la constitucionalización de los llamados derechos sociales y de tercera generación que, al decir de Muñoz de Bustillo (1989, p. 25), "responden a necesidades objetivas creadas por el cambio traumático que supone la consolidación del capitalismo industrial".

De esta forma podemos enfatizar que la función social de los derechos fundamentales de contenido patrimonial, preferentemente, no es la única consecuencia derivada del distanciamiento de la tendencia económica liberal. Este distanciamiento supone, asimismo, la inclusión de una serie de derechos dirigidos a la protección y promoción de determinados grupos o clases considerados como "desaventajados", así como la instauración de otros derechos de reciente creación, caracterizados por la presencia de los "intereses difusos", derechos que se constituyen en la razón de ser del Estado de bienestar como forma de organización social.

Evidentemente la CE no ha sido indiferente a esta evolución sino que, por el contrario, al ser su promulgación muy posterior a las constituciones europeas avanzadas de su entorno, recoge la casi totalidad de los derechos propios de un Estado social de derecho, aunque con la suficiente flexibilidad que haga posible su adaptación a las condiciones políticas y económicas preponderantes en un determinado momento histórico. De esta forma, la CE consagra el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la huelga (art. 28) y a la libertad sindical (art. 7o.), a los que les otorga las máximas garantías constitucionales previstas por el artículo 53.2 constitucional; el derecho a

la asistencia jurídica gratuita en el caso de pobreza para hacer “real y efectivo” el derecho al acceso a la justicia (arts. 119 y 24); y, en un apartado específico, los llamados “principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52), dentro de los que se encuentran la protección de los consumidores y usuarios (art. 51), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45), el derecho a la protección de la salud (art. 43), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47), la seguridad social (art. 41) y las pensiones para la tercera edad (art. 50), entre otros.

Si bien los derechos constitucionales de contenido social de que tratamos no se integran comúnmente dentro del concepto de Constitución económica, como lo demuestra la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional apuntada anteriormente al referirnos a dicho concepto, es evidente que los mismos informan de manera directa su contenido, ya que no sólo participan en la interpretación y consiguiente aplicación de los derechos fundamentales de contenido patrimonial a fin de dar congruencia al propio contenido integral de la Carta Magna, sino que, además, determinan de manera directa el modelo económico a seguir por cuanto que elevan considerablemente el techo de intervención económica estatal alterando, de esta forma, el funcionamiento natural del mercado,<sup>45</sup> a efecto de añadir obje-

<sup>45</sup> Una perspectiva desde el derecho constitucional respecto de la estrecha relación que presentan los derechos sociales con el modelo económico constitucional la podemos encontrar en CASCAJO CASTRO, de conformidad con el cual: “El significativo carácter económico de los derechos sociales suscita el difícil problema de los límites políticos y constitucionales del llamado modelo económico de la Constitución. Se ha dicho con razón que la Constitución no plasma una imagen fija del orden económico social a alcanzar sino que se limita a configurar un marco amplio de principios a modo de un programa a desarrollar progresivamente por los poderes públicos. Es justamente en este contexto donde surgen, con frecuencia, los condicionamientos derivados de las exigencias del Estado social al libre ejercicio de la iniciativa económica privada, al reconocimiento del derecho a la propiedad privada, en suma, al reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Y de forma paralela, aunque en sentido contrario, también parece correcto pensar que la función promocional de los poderes públicos en el terreno económico, para ampliar la esfera de los derechos sociales, deba encontrar en la propia Constitución, aunque sea difícil determinarlo de modo absoluto y general, sus propios límites”. CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 31.

tivos de carácter social. Esta injerencia estatal para el cumplimiento de su función de promoción de objetivos sociales puede adoptar muy diversas formas y grados, debido principalmente al carácter flexible de la CE, pero sus consecuencias económicas pueden hacerse notar tanto en la afectación de las relaciones entre particulares, v. gr., la relación jurídica-laboral entre los trabajadores y los empleadores, como en sus efectos redistributivos, especialmente cuando implican un gasto social directo. A manera de ejemplo y por lo que se refiere a la afectación de las relaciones entre particulares, podemos hacer notar que la presencia de sindicatos con un alto poder negociador, apoyados en el derecho a la huelga, puede suponer un medio para limitar la oferta laboral provocando el incremento de salarios por encima de los precios competitivos, lo que originaría, a su vez, un desequilibrio entre la oferta y la demanda y, por ende, una situación ineficiente.<sup>46</sup>

Esta idea queda claramente expuesta por Bassols (1985, p. 79), quien señala que los sindicatos y las organizaciones empresariales cumplen en la sociedad moderna dos funciones capitales: a través de la negociación colectiva laboral condicionan o regulan el mercado de trabajo y la política de salarios y rentas, magnitudes de política económica coyuntural que ningún gobierno puede dejar de tener presente; y al mismo tiempo, por su condición de grupo político-social o de presión, constituyen un componente que participa en la vida

<sup>46</sup> En opinión de MUÑOZ MACHADO: “[...] toda intervención pública en el mercado de trabajo comporta una u otra clase de ‘rigidez’, un obstáculo institucional al ajuste del mercado a las cambiantes condiciones de la oferta y la demanda. En algunos supuestos, esas rigideces escorarán la relación laboral del lado de la equidad y en detrimento de la eficiencia; en otros, del lado de la eficiencia y en detrimento de la justicia social. En esa medida, es de entera aplicación el principio de subsidiariedad, [...]. Con arreglo a ese principio, es deseable que los poderes públicos se vayan ‘retirando’ de la regulación del mercado de trabajo (sin nunca renunciar a la debida tarea de supervisión) conforme maduran y se fortalecen las instituciones básicas del mercado. Eso es lo que ha venido sucediendo en España desde 1978 [...]”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA (directores), *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 1997, p. 176. Al respecto es necesario decir que desde nuestro particular punto de vista no necesariamente los derechos laborales fundamentales generan ineficiencias, ya que, en algunos casos, al equilibrar el poder de mercado de los trabajadores frente al poder de mercado de los empleadores, también pueden constituirse en medios para combatir aquéllas.

política y, en definitiva, en las decisiones políticas capitales que afectan al sistema económico, a través de distintos cauces más o menos institucionalizados (conexiones con los partidos políticos, representación profesional, participación con órganos económicos decisores, pactos de concertación social, presencia en los llamados Consejos Económico-Sociales). De tal forma que, de acuerdo con el mismo autor (p. 81): “[...] no debe desconocerse la trascendencia que para la evolución y transformación de la Constitución económica pueden significar los sindicatos por la ideología de que son portadores y por su actuación a través de la concertación social, como fuente de distribución de las rentas y de promoción de compromisos de reformas en el seno de la empresa y de carácter legislativo”.

Ahora bien, cabe decir, por lo que se refiere al carácter redistributivo de los derechos sociales, proveniente de su propia naturaleza como derechos fundados en objetivos éticos o de justicia social, que es evidente la alteración que genera en el orden económico, concretamente en la asignación eficiente de los recursos. En otras palabras, el reconocimiento de ciertos derechos sociales (concretamente los “principios rectores de la política social y económica”, previstos en el Capítulo III del Título I de la CE, y la educación) pretende modificar los resultados de asignación de recursos generados por la ley de la oferta y la demanda a efecto de beneficiar a las personas menos favorecidas o, en su caso, proporcionar “a todos” los recursos que la sociedad considera como fundamentales para garantizar la igualdad de oportunidades y una vida digna, sustrayéndolos del ámbito del mercado. Evidentemente esta situación también tiene un alcance macroeconómico que se manifiesta principalmente en la actividad presupuestaria del Estado, ya que éste requiere de allegarse de recursos necesarios, a través de su función impositiva, para hacer frente a los gastos sociales que por mandato constitucional le corresponden.

Precisamente el alto impacto económico que presentan dichos derechos sociales ha provocado que la Constitución española sea muy cuidadosa en su reconocimiento, dejando a la legislación secundaria tanto la delimitación de su contenido como la forma de hacerlos efectivos, lo que, a su vez, ha dado lugar a serias disquisiciones en la doctrina

constitucional española.<sup>47</sup> De ahí que afirmemos que el grado de alteración provocado por los derechos sociales en el orden económico,

<sup>47</sup> Básicamente son dos las posturas que la teoría constitucional española admite respecto de la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica previstos en el Capítulo III del Título I de la CE. La primera de ellas, atribuida inicialmente a GARRIDO FALLA, consiste en la idea de que los principios rectores no son verdaderos derechos o, en todo caso, son derechos que no tienen su origen en la Constitución sino en las leyes que los desarrollen. Así, los principios rectores se conciben como pura “retórica constitucional”, esto es, como meras disposiciones *ad pompa ostentationem*. GARRIDO FALLA, Fernando (coord.), *op. cit.*, pp. 55 y ss. En la misma línea de argumentación, AMORÓS DORDA señala que las normas contenidas en los artículos 39 a 52 del texto constitucional son esencialmente enunciaciones de obligaciones que asume el Estado español en cuanto que Social, por lo que van dirigidas en primer término al poder público y sólo de manera indirecta a los ciudadanos. Son normas que representan programas de acción para el Estado (técnicamente denominadas normas programáticas según el término acuñado por LOWENSTEIN) y que, por ende, implican deberes genéricos y no obligaciones en sentido estricto. Así, de conformidad con el citado autor, el mandato constitucional no sirve de base, por su propia naturaleza, a la configuración de una auténtica relación obligacional, lo que origina, a su vez, que ante un eventual desconocimiento por el Estado del mandato constitucional, que generaría un perjuicio en el ciudadano o agrupación a que beneficiaría en el último término el cumplimiento del mismo, difícilmente podría ser invocado por éstos ante los órganos jurisdiccionales, en orden a obtener la reparación o corrección del mal causado. AMORÓS DORDA concluye que el Estado, pese a que la Constitución le obliga formalmente, goza de discrecionalidad para cumplir o no con la conducta a que le vinculan las normas del Capítulo III de la CE e, igualmente, goza de discrecionalidad para moverse en el amplio marco que determina la generalidad con que se produce el texto constitucional. AMORÓS DORDA, Francisco Javier, “Principios de la política social y económica”, en Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1984, pp. 7 y ss. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 45/1989, de 20 de febrero, relativa a una cuestión de inconstitucionalidad y siendo ponente Francisco RUBIO LLORENTE, reconoce que “la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III [...] hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta”.

La segunda postura recae, en origen y por lo que hace al caso de España concretamente, en la persona de GARCÍA DE ENTERRÍA y se encuentra avalada, posteriormente, por PÉREZ LUÑO, VIDA SORIA y PALOMEQUE, entre otros. PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Medio ambiente”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *op. cit.*, pp. 264 y 265; VIDA SORIA, “Seguridad social”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *op. cit.*, pp. 84 y ss.; y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 96. De acuerdo con la misma, todos los preceptos constitucionales, incluyendo los relativos al Capítulo III de la CE, enuncian efectivas normas jurídicas, son algo más que meras normas programáticas en el sentido tradicional (esto es, que se les niega toda aplicabilidad judicial). El Tribunal Constitucional se ha manifestado, a través de la magistral ponencia presentada por TOMÁS Y VALIENTE en la conocida sentencia 16/1982, de 28 de abril, relativa a un recurso de amparo derivado de un

indefectible en cualquier caso, varíe de acuerdo con la forma en que éstos se encuentran regulados y a los métodos de implementación utilizados. Es necesario puntualizar, sin embargo, que todo análisis serio de la Constitución económica debe incluir una referencia obligada a los derechos y libertades fundamentales de contenido social.

proceso penal, en el sentido de que "la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.)". Sin embargo, unos meses después, en la STC 80/1982, de 20 de diciembre, siendo ponente el mismo TOMÁS Y VALIENTE, se especificó que, si bien la Constitución es la norma suprema y no una declaración programática o principal en virtud del artículo 9.1 y que en ese contexto es indudable su valor como norma, "tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la CE".

De esta forma, aun la postura más benevolente respecto del alcance y sentido del artículo 53.3 constitucional, admite, como no podría ser de otra manera debido a su tenor literal, que los principios rectores de la política social y económica carecen, en principio, de eficacia directa, esto es, están excluidos del recurso de amparo y, por ende, no pueden prosperar las peticiones ante los tribunales basadas directamente en los artículos del Capítulo III; lo que, por supuesto, no es óbice para que se relacionen con otros derechos y libertades que sí tengan dicha característica o, como señala CASCAJO CASTRO, para que se conviertan en "garantía de transformación de obligaciones jurídicas del Estado, en derechos subjetivos del individuo". CASCAJO CASTRO, José Luis, *op. cit.*, p. 75.

## ALGUNAS APLICACIONES DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA AL DERECHO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hermenéutica analógica*. III. *Hermenéutica analógica aplicada al derecho*. 1. *Analogía del ser y del conocimiento en la interpretación*. 2. *Racionalidad analógica y justicia*. 3. *Derechos humanos: igualdad y diferencia*. A. *Hermenéutica diatópica con relación a los derechos humanos*. 4. *Analogía y iusnaturalismo histórico*. 5. *Interpretación y epiqueya*. IV. *Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho*. 1. *Qué es el uso alternativo del derecho*. 2. *Uso alternativo del derecho: uso alternativo de toda la juridicidad*. 3. *Uso alternativo del derecho, movimiento ligado a la hermenéutica*. 4. *Algunas notas sobre el garantismo*. 5. *Uso alternativo del derecho y garantismo*. 6. *Analéctica, hermenéutica analógica y necesidad del uso alternativo del derecho*.

### I. INTRODUCCIÓN

“La hermenéutica es el arte y ciencia de interpretar textos”,<sup>1</sup> es la disciplina de la interpretación. Debe entenderse por textos aquellos que van más allá de la palabra y el enunciado; textos no son sólo los escritos, “sino también los hablados, los actuados y aun de otros tipos”,<sup>2</sup> los textos a interpretar son, entonces, documentos, diálogos y hechos y actos significativos.

<sup>1</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos de Personal Académico, UNAM, 1997, p. 11.

<sup>2</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, UNAM, México, 2002, p. 11.

La hermenéutica tiene lugar en los textos que no tienen un solo sentido, esto es, donde hay polisemia, es decir un múltiple significado. Por eso, dice Beuchot, "la hermenéutica estuvo, en la tradición, asociada a la sutileza",<sup>3</sup> más allá del sentido profundo y hasta el oculto.

En la interpretación se juntan, convergen, tres cosas: el texto (con el significado que encierra y vehícula), el autor y el lector. Por lo que "el lector o intérprete tiene que descifrar el contenido significativo que el autor dio a su texto, sin renunciar a darle también él algún significado o matiz.

La hermenéutica, pues, en cierta manera, descontextualiza para recontextualizar, llega a la contextualización después de una labor elucidatoria y hasta analítica".<sup>4</sup>

El objeto de la hermenéutica es, entonces, el texto; las diversas clases de textos: documentos, palabra hablada, hechos y acciones con significación. Y el objeto o finalidad de la hermenéutica o acto interpretativo, es la comprensión del texto mismo, la cual tiene como medio principal (intermediario) la contextualización.

Poner un texto en su contexto, evitar la incompreensión o la mala comprensión que surge de descontextuar. Tal es el acto interpretativo y a la vez la finalidad de la interpretación. En eso la hermenéutica lleva ya supuestos antropológicos, y, por lo mismo y en la lejanía, pero fundamentalmente, éticos y metafísicos.<sup>5</sup>

La interpretación es un acto humano y tiene que ver con textos, que en cuanto que documentos, diálogos y actos son también acciones humanas. Por eso dice Beuchot que la hermenéutica lleva supuestos antropológicos y por eso éticos y metafísicos.

Sin embargo, advierte Beuchot, "recientemente se ha tendido a restarle ontologíca a la hermenéutica a favor de su sola lingüística"; lo cual es "abusivo",<sup>6</sup> agrega el propio Beuchot, pues si bien dicen que el ser se da en el lenguaje, es necesario reiterar que el lenguaje sólo vive gracias al ser, al cual dice o expresa.

Se ha querido desvincular de toda fundamentación ontológica o metafísica a la hermenéutica. Esto lleva necesariamente al relativismo. Por eso, insiste Beuchot, "es necesario recuperar para la hermenéutica su relación con la ontología",<sup>7</sup> para que la hermenéutica tenga pleno sentido debe estar referida al ser, a la realidad y a la posibilidad de conocimiento de la misma. De igual modo, la hermenéutica jurídica, la interpretación de la juridicidad, debe ligarse al ser mismo del derecho, a su realidad, y a la posibilidad de que pueda conocerse. Interpretar es comprender, en este caso al derecho; por lo que esa comprensión de lo jurídico, está referida al *ser* y al *conocer*.

Por otro lado, siguiendo a Aristóteles, Beuchot sostiene que la hermenéutica es tanto ciencia como arte. Para Aristóteles la ciencia es un conjunto estructurado de conocimientos, en el que los principios dan la organización a los demás enunciados; de tal modo que, en este sentido, la hermenéutica en ciencia, ya que tiene algunos principios que le sirven para estructurar lo que va aprendiendo acerca de la interpretación de los textos. Asimismo el propio Aristóteles entiende el arte o la técnica como el conjunto de reglas que rigen algo, como una determinada actividad; la hermenéutica es arte, porque constituye un conjunto de reglas que nos enseñan y aleccionan a aplicar correctamente la interpretación.

## II. HERMENÉUTICA ANALÓGICA

Mauricio Beuchot nos dice que la hermenéutica hoy se debate entre puntos extremos que piden una solución intermedia. Los extremos propuestos son entre una interpretación que busca esclarecer la intencionalidad del autor o el ser mismo de aquello que se interpreta, por un lado, y aquella otra que admite que los textos puedan interpretarse infinitamente. Para hallar la solución intermedia que propone Beuchot "nos ayuda la doctrina antigua y medieval de la analogía".<sup>8</sup>

"La analogía se colocaba como intermedia entre la equivocidad y la univocidad".<sup>9</sup>

<sup>3</sup> BEUCHOT, *Tratado de hermenéutica...*, op. cit., p. 11.

<sup>4</sup> *Idem, supra*, p. 12.

<sup>5</sup> *Idem, supra*, p. 13.

<sup>6</sup> *Idem, supra*, p. 71.

<sup>7</sup> *Idem, supra*.

<sup>8</sup> *Idem, supra*, p. 27.

<sup>9</sup> *Idem, supra*.

A continuación Beuchot nos dice en qué consisten los términos equívoco, unívoco y análogo.

Lo equívoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente diverso, de modo que la una no tiene conmensuración con la otra. Lo unívoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente idéntico, de modo que no cabe diversidad alguna entre unas y otras. En cambio lo análogo es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido, en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad; es idéntico según algo, según algún aspecto, y diverso de modo simple (*simpliciter et secundum quid eodem*); esto es, es diverso de por sí y principalmente, y sólo es idéntico o semejante de modo secundario.<sup>10</sup>

Entonces tenemos que las interpretaciones, que la hermenéutica, tiene dos peligros, por un lado el sostener que todas las interpretaciones son válidas, que al hacer hermenéutica todo se vale, esta posición es la de un relativismo extremo o absoluto de la interpretación; el otro peligro es el opuesto, el que sostiene que sólo una interpretación puede ser válida o verdadera. “Al primer extremo, el del relativismo, podemos verlo como equivocismo. Al segundo extremo, el de la interpretación única, podemos verlo como univocismo”.

Pero entre lo equívoco y lo unívoco se encuentra la analogía. Lo equívoco es lo totalmente diverso, lo no conmensurable con otro. Lo unívoco es lo totalmente idéntico. Pero lo análogo es lo que en parte idéntico y en parte diverso; más aún, en él predomina la diversidad, pues es lo idéntico según algún respecto y lo diverso sin más.<sup>11</sup>

Beuchot agrega:

La analogía consiste en evitar la tan temida unificación o identificación simplificadora, la monolitización del conocer, la entronización parmenídea de la mismidad; pero también consiste en evitar la nociva equivocidad, la entronización heraclíteica de la diferencia, la coronación del relativismo, que es otro monolitismo, sólo que atomizado, cada átomo es un monolito (como

<sup>10</sup> *Idem, supra.*

<sup>11</sup> *Idem, supra*, pp. 27-28.

se dice que Platón atomizó en las “ideas” del ser parmenídeo), el monolitismo de lo que es átomo sin ventanas, sin posibilidad alguna de conectarse con el otro en algo común. Así vemos que los extremos se tocan. El univocismo es un monolitismo, y el equivocismo es un univocismo atomizado, un monolitismo roto en fragmentos igualmente monolíticos, en un archipiélago.<sup>12</sup>

El univocismo y el equivocismo también pueden verse de otra manera: como hermenéutica positivista el primero y hermenéutica romántica el segundo. La positivista cree en una única interpretación verdadera y por lo tanto válida; las demás interpretaciones todas son incorrectas. Adopta la forma cientificista del siglo XIX; reductivamente sólo se valen las “interpretaciones científicas”. La hermenéutica romántica, por su parte, hace predominar la subjetividad. Es lo opuesto al positivismo. Se relaciona con la subjetividad absoluta del idealismo. “El romanticismo reaccionaba contra las ciencias formales y naturales que le presentaba el positivismo, pero no contra las ciencias sociales que nacían...”<sup>13</sup>

Las escuelas metodológicas del derecho constituyen expresiones, en buena medida, de las hermenéuticas positivista y de la romántica, predominando la primera. La Escuela de la Exégesis, el dogmatismo o jurisprudencia de conceptos, el positivismo analítico y muy claramente la neoexégesis de Luhmann proponen métodos de interpretación positivistas, de corte claramente univocista. Y en el otro lado, el sociologismo jurídico en general y en concreto las posiciones extremas de la doctrina del “derecho libre” especialmente el realismo sociologista norteamericano, son manifestaciones de una hermenéutica romántica.

Insisto: la hermenéutica romántica es equivocista, acepta diversidad de interpretaciones en donde se introduce el yo; se da subjetivismo y hasta sentimentalismo; la hermenéutica positivista es univocista, la interpretación es una sola, y tiene que ser compartida por todos, constituye el cientificismo.

Para remediar esa caída en los extremos, podemos proponer un medio análogo, que sería una hermenéutica en la que las interpretaciones no

<sup>12</sup> *Idem, supra*, p. 32.

<sup>13</sup> *Idem, supra*, p. 36.

fueran todas inconmensurables, equívocas, ni todas tuvieran que ser idénticas por sólo haber una posible, unívoca, sino que fueran en parte comunicables, precisamente por tener una parte de comunidad e igualdad, pero preponderantemente diversas, por guardar en cierta medida la particularidad del intérprete. Con ello se salvaría la conmensurabilidad, y podría compararse entre las interpretaciones, y decidir cuáles de ellas son mejores que otras, y en este sentido podría hablarse de unas que se acercan más a la verdad y otras que se alejan de ella. Habría una interpretación principal, más cercana a la verdad objetiva; pero eso no quitaría la posibilidad de que hubiera otras más que se acercaran a ella, y que tuvieran su parte o grado de verdad, en el sentido de aproximación en la correspondencia a lo que el autor dice del texto.<sup>14</sup>

La hermenéutica analógica que Beuchot nos propone no constituye sólo propuesta metodológica, "sino un modelo teórico de la interpretación, con presupuestos ontológicos y epistemológicos..."<sup>15</sup>

La hermenéutica analógica no constituye, entonces, solamente un método de interpretación, presupone una concepción del ser y la posibilidad de su conocimiento.

La hermenéutica nos conduce a la ontología o metafísica, y a una hermenéutica analógica sólo puede acompañarla y fundamentarla una ontología o metafísica analógica también. La analogía nos hace llegar a la metafísica, porque nos hace abordar no sólo el sentido del signo, o el sentido del texto, sino también el sentido del ser.<sup>16</sup>

Esto es lo que hemos intentado hacer en el análisis del derecho. Nosotros partimos de una epistemología o teoría del conocimiento de realismo crítico o moderado,<sup>17</sup> que Beuchot llama *realismo analógico*;<sup>18</sup> esto para conocer el derecho desde el conocimiento mismo de la naturaleza del ser humano y la naturaleza de las cosas y del

conocimiento de las condiciones sociales e históricas del propio ser humano. Y luego, para desentrañar el ser del derecho, para su comprensión, recurrimos también a la analogía, concretamente a la analogía de atribución estableciendo una jerarquía o prioridad en los diversos analogados del derecho, entendiendo a éste prioritariamente, como lo justo objetivo, esto es, la cosa o conducta debida a otro que es el derecho. Cerramos la racionalidad analógica con relación a lo jurídico, aceptando la hermenéutica analógica que nos propone Beuchot, como método de interpretación.

De tal modo que el método de interpretación jurídica que aceptamos, esto es la hermenéutica analógica, tiene relación directa con el método que aceptamos de conocimiento (epistemología) y la comprensión que tenemos del ser del derecho. Epistemología, ontología y hermenéutica se interrelacionan y presuponen mutuamente. El modo de conocer, lleva al modo de entender el ser y de interpretarlo.

Por eso se puede tener hermenéutica y ontología. No sólo hermenéutica, sino además ontología, en el límite donde se juntan el lenguaje y el ser, y se interpretan sin confundirse, y se tocan sin devorarse. Es decir, podemos asimilar la lingüistización y la historización de la filosofía, pero sin perder el asidero fuerte de lo ontológico. Nos pone en el límite, como está en el límite el propio ser humano, con su carácter de mestizo del universo, de microcosmos. La analogía es limítrofe, por eso el hombre es un icono del universo, del macrocosmos.<sup>19</sup>

Hemos sostenido que *el derecho* es un concepto análogo, no unívoco, ni equívoco o ambiguo. *El derecho* da razón de las normas, la ley o derecho objetivo; de las facultades o potestades de las personas sobre lo suyo, o derecho subjetivo; y de lo justo objetivo o cosa o conducta debida a otro. Así que cuando decimos que aplicamos, para interpretar el derecho, la hermenéutica analógica, no estamos diciendo sólo "interpretar la ley" o normatividad, sino interpretar el derecho en toda su riqueza analógica, como ley ciertamente, pero también derechos subjetivos, reconocidos o no en la normatividad, y la concretización de justicia, como cosas o conductas debidas.

<sup>14</sup> *Idem, supra*, pp. 37-38.

<sup>15</sup> *Idem, supra*, p. 41.

<sup>16</sup> BEUCHOT, *Perfiles...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>17</sup> Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Filosofía del derecho. Epistemología", *Revista Jurídica Jalisciense*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, núm. 8, enero-abril, 1994.

<sup>18</sup> Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Sobre el realismo y la verdad en el camino de la analogicidad*, Ed. Universidad Pontificia de México, México, 1988.

<sup>19</sup> BEUCHOT, *Perfiles...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

### III. HERMENÉUTICA ANALÓGICA APLICADA AL DERECHO

#### 1. Analogía del ser y del conocimiento en la interpretación

El maestro Efraín González Morfín, al tratar lo relativo a la hermenéutica jurídica, o interpretación del derecho, sostiene que ésta no se agota, no es completa en lo que se refiere al mero aspecto normativo como sistema autosuficiente. La interpretación jurídica requiere de supuestos ontológicos y gnoseológicos (del conocimiento). Lo jurídico requiere de tomar en cuenta a la realidad en su totalidad, la cual es compleja y mutable. Y el conocimiento humano debe adaptarse de tal modo que capte esa realidad en su complejidad y cambio. La realidad toda, entera, es fuente material del derecho; para éste “ninguna realidad es extraña porque todos los aspectos de la realidad tienen o pueden tener relación con las personas humanas, que son el origen, la causa eficiente y los destinatarios de las normas jurídicas”.<sup>20</sup>

La hermenéutica, como hemos venido sosteniendo, requiere de bases ontológicas y de teoría del conocimiento. Éstas dan razón de la realidad, por lo tanto de la naturaleza del ser humano y de las cosas, así como de la complejidad misma de la propia persona y de la realidad en que está inmersa, así como de los cambios sociohistóricos de la propia realidad y de las personas mismas. De tal modo que se requiere del uso de una racionalidad analógica, de una hermenéutica analógica que de cuenta de lo fijo y lo mutable, de lo que corresponde a naturaleza y aquello que tiene carácter histórico. La realidad no es unívoca, pero tampoco equívoca; la realidad experimenta el cambio pero manteniendo datos de identidad. Existe un principio de *identidad en el cambio* como dice González Morfín:

Este principio de identidad en el cambio expresa la analogía del ser, que fundamenta la analogía del conocimiento. La identidad en el cambio es el fundamento más sólido de una posición jurídica equilibrada que concilie los cambios justos necesarios de la realidad mutable con la legítima permanencia de elementos invariables en la realidad. Si se niega la identidad, se cae en la negación de las naturalezas, las esencias y los valores permanen-

<sup>20</sup> GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Temas de filosofía del derecho*, Ed. Oxford y Universidad Iberoamericana, México, 1999, p. 75.

tes; si se niega el cambio, se adopta una posición de rigidez inhumana y contraria a la historia.<sup>21</sup>

El propio González Morfín agrega:

En relación con los fundamentos gnoseológicos de la interpretación; hay que señalar la esencial interdependencia del conocimiento humano y la realidad, de tal modo que la analogía en el orden del ser, que expresa la identidad y la diferencia en los seres reales, se manifiesta en la analogía del conocimiento.<sup>22</sup>

#### 2. Racionalidad analógica y justicia

La realidad no se nos presenta “clara y distinta”; no es unívoca. La realidad es compleja y como tal es captada por nuestro entendimiento. Por eso requerimos de un método que dé cuenta de esa complejidad, de ahí la propuesta de utilización de la analogía, ya que nos permite conocer esa complejidad expresada como relaciones diversas entre los seres y proporciones varias entre ellos.

Por otro lado, si aceptamos que la *justicia* no está constituida por ideas abstractas, sino que implica un equilibrio, una proporción, entre seres reales, personas reales, viviendo en una realidad, el método de la analogía nos ayuda al establecimiento de esa proporción que es la justicia. Escribe Santo Tomás:

Debe decirse que es propio de la justicia, entre las demás virtudes, el que ordene al hombre en sus relaciones con los demás. Pues implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, porque se dice vulgarmente que se ajustan las cosas que se igualan. Y la igualdad es con otro... Y esto ciertamente es el derecho. Por lo cual es evidente que el derecho es objeto de la justicia.<sup>23</sup>

Para Santo Tomás, entonces, la justicia implica cierta *igualdad*, pero ¿a qué *igualdad* se refiere? Márquez Muñoz nos recuerda que

<sup>21</sup> *Idem, supra*, p. 78.

<sup>22</sup> *Idem, supra*.

<sup>23</sup> Santo Tomás de AQUINO, *Suma teológica*, t. XI. *La prudencia, la justicia y el derecho*, Cuestión LVII, artículo I, *op. cit.*, p. 108.

existen dos significados del término igualdad, y cita a Douglas Lummis:

En las diversas nociones de igualdad, es posible distinguir dos familias de significados: en la primera, la palabra *igualdad* indica una clase de justicia o trato justo. En la segunda, *igualdad* indica semejanza u homogeneidad. En algunos contextos los dos significados pueden superponerse o converger, pero son diferentes. Tratar a las personas en forma justa puede requerir tratarlas en forma diferente; por otro lado, tratar a las personas como si fueran semejantes no es tratarlas necesariamente en forma justa.<sup>24</sup>

Es, entonces, a la *igualdad* como relación de justicia a la que Santo Tomás se refiere, por lo que esa igualdad no implica homogeneidad. Las personas en sus relaciones, se presentan una frente a otra en posiciones distintas y su relación, para ser justa, debe ser igualada, debe ajustarse. La racionalidad analógica permite ese ajustamiento, porque la analogía nos lleva a razonar pensando siempre en una relación proporcional, en la que los seres relacionados combinan conveniencia y discrepancia. En el caso de las personas que deben ajustarse o igualarse en una relación que se pretende sea justa, convienen, mantienen unidad, en cuanto a datos esenciales, como seres humanos y por lo que ve a su dignidad, pero discrepan en la distinta posición real social. De tal modo que al darse la relación justa, entre una y otra persona, en sus intercambios de cosas o conductas, se tiene que pensar analógicamente, proporcionando sus identidades y sus diferencias. Por eso decimos que la racionalidad analógica permite la justicia.

### 3. Derechos humanos: igualdad y diferencia

Podemos aplicar la racionalidad analógica también al tema de los derechos humanos.

El derecho de la modernidad proclama la igualdad jurídica formal como principio básico. Parte de considerar a todos los seres humanos como libres e iguales. Y esa igualdad jurídica formal, al aplicar-

<sup>24</sup> MÁRQUEZ MUÑOZ, José F., "El lugar del género vernáculo", en *Ixtus*, núm. 28, Cuernavaca, 2000, p. 37.

se a una realidad social caracterizada por la desigualdad material de los seres humanos, hace más grande la desigualdad y profundiza la injusticia.

Llevando lo anterior al terreno de los derechos humanos, el jurista italiano Ferrajoli hace críticas certeras al decir que la "ficción" de la igualdad deja sobrevivir la desigualdad, precisamente porque desconoce la diferencia. El caso de los pueblos indígenas, por ejemplo, es exactamente el de diferencias; de pueblos con una cultura y una socialidad —modo de relacionarse— diferente a nosotros. Ferrajoli escribe:

... la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales.<sup>25</sup>

Una de las críticas fuertes que se hacen a los que opinamos que debe reconocerse la autonomía de los pueblos indígenas, consiste en decirnos que queremos regresar a un derecho de grupos, particularizado, propio de las juridicidades premodernas; por lo que se estarían creando especies de "reservaciones" de grupos humanos privándolos de las ventajas de la vida actual. Pero no es así. Lo que pretendemos es superar el derecho de la modernidad en cuanto a su univocidad; queremos salvar realmente la eficacia de los derechos, reconociendo las diferencias, para que la igualdad se dé en la realidad y no sólo en las formas.

La juridicidad moderna será superada 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*.

Los indígenas, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad, su ser *otro*. Por esa razón cuestionan y ponen en crisis el derecho de la modernidad. Un derecho univocista, incapaz de relacionar coincidencia y diferencias.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 84.

### A. *Hermenéutica diatópica con relación a los derechos humanos*

Boaventura de Sousa Santos, profesor de la Universidad de Coimbra, hace planteamientos muy interesantes en lo que se refiere a la realidad compleja de los derechos humanos. En primer lugar los relaciona con el fenómeno de la *globalización*, o mejor de las *globalizaciones* como él sostiene, y en segundo lugar, analiza su complejidad en relación con las culturas, precisamente en lo que se refiere a la tensión entre universalización o particularismo cultural. Con referencia a este segundo punto y para resolver la tensión entre una visión universal de los derechos humanos y el particularismo cultural, De Sousa Santos propone una *hermenéutica diatópica*, que consideramos constituye una versión de la hermenéutica analógica. Veamos cómo expone el tema el profesor de Coimbra.

#### a. *Globalizaciones*

Comencemos por tratar de establecer lo que se entiende por *globalización*. Este término se aplica sobre todo referido a la nueva economía mundial, caracterizada por la cada vez más intensa transnacionalización de la producción de bienes y servicios y de los mercados financieros, en donde las empresas multinacionales adquieren una enorme importancia como actores internacionales. Las características más marcadas de este proceso de globalización son: grandes inversiones en la creación de nueva tecnología; el capital cada vez está más concentrado en grandes conglomerados financieros y fondos de inversión, que pretenden lucrar al máximo en el menor tiempo posible; y el núcleo básico de todas las grandes decisiones económicas no está más en los Estados nacionales, sino en las grandes instituciones financieras internacionales.<sup>26</sup>

Boaventura de Sousa Santos no refiere el término *globalización* sólo al aspecto económico, sino que lo amplía a sus dimensiones sociales, políticas y culturales. Y así nos advierte que lo que llamamos *globalización* consta de “conjuntos diferenciados de relaciones

<sup>26</sup> Cfr. RAMOS FILHO, Wilson, “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo”, en *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interinter-disciplinar*, Ed. Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Curitiba, 1996, pp. 87-92.

sociales” que dan origen a “diferentes fenómenos de globalización”; agrega que en tal virtud “no existe estrictamente una entidad única llamada *globalización*, sino que existen *globalizaciones*; en rigor, este término sólo debería usarse en plural”.<sup>27</sup> Y así el profesor de la Universidad de Coimbra propone la siguiente definición:

La *globalización* es un proceso mediante el cual determinada condición o entidad local extiende su influencia a todo el globo y, el hacerlo, desarrolla la capacidad de designar como local otra condición social o entidad rival.<sup>28</sup>

De Sousa Santos agrega que deben considerarse cuatro diferentes modos de producción de la *globalización*, que a su vez dan origen a cuatro formas de *globalización*, que son las siguientes: *localismo globalizado*, que consiste “en el proceso mediante el cual determinado fenómeno local se *globaliza* con éxito”,<sup>29</sup> como la actividad mundial de las transnacionales, o la transformación de la lengua inglesa en “lengua franca”; segunda: *globalismo localizado*, está constituida por el “impacto específico de prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, las cuales, por esa vía, se desestructuran y reestructuran de manera que responden a esos imperativos transnacionales”,<sup>30</sup> como enclaves de comercio libre o zonas francas, deforestación o fuerte destrucción de los recursos naturales para el pago de la deuda externa, etcétera.

La división internacional de la producción de la *globalización* asume el siguiente modelo: los países centrales se especializan en *localismos globalizados*, mientras que a los países periféricos sólo les toca escoger *globalismos localizados*. El sistema mundo es una trama de *globalismos localizados* y *localismos globalizados*.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Coordinación de Humanidades, México, 1998, pp. 12 y 13.

<sup>28</sup> *Idem, supra*, p. 13.

<sup>29</sup> *Idem, supra*, p. 15.

<sup>30</sup> *Idem, supra*.

<sup>31</sup> *Idem, supra*, p. 16.

Así algunos dicen que la “globalización” es la “americanización del mundo occidental y, cada vez más, de todo el planeta...”.<sup>32</sup>

Los otros dos procesos de globalización, De Sousa Santos les llama *cosmopolitismo* y *patrimonio común de la humanidad*; el primero está constituido por la organización transnacional en la defensa de sus intereses percibidos como comunes de parte de Estados-nación, regiones, clases y grupos sociales subordinados, y en el uso en su beneficio de las posibilidades de interacción transnacional creados por el sistema mundial; y el segundo tiene que ver con temas que tienen sentido si se relacionan con el mundo (globo) en su totalidad, como la sustentabilidad de la vida humana en la tierra.<sup>33</sup>

Por lo tanto, es necesario distinguir globalización de arriba hacia abajo (hegemónica) y globalización de abajo hacia arriba (contrahegemónica).

#### **b. Los derechos: entre el localismo globalizado y el cosmopolitismo**

Los derechos humanos revisten una gran complejidad. Siguiendo a De Sousa Santos pueden concebirse como una expresión de “localismo globalizado”, en este caso desde la globalización hegemónica, o como “cosmopolitismo” que es una forma de “globalización contrahegemónica”. Esta perspectiva, por sí misma, es compleja; entre otros aspectos, tiene que ver con la visión universal de los derechos humanos *versus* su particularismo cultural.

De Sousa Santos establece esta tesis: “mientras se conciben como universales, los derechos humanos tenderán a operar como localismo globalizado: una forma de globalización de arriba hacia abajo... como arma de Occidente contra el resto del mundo”.<sup>34</sup>

Todas las culturas consideran sus valores como los de mayor alcance; “pero sólo la cultura occidental tiende a formularlos como

<sup>32</sup> BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loïc, *Las argucias de la razón imperialista*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p. 30.

<sup>33</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Ed. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 1999.

<sup>34</sup> DE SOUSA SANTOS, *Por una concepción... op. cit.*, p. 18.

universales”.<sup>35</sup> Además las políticas de derechos humanos, en buena medida, han estado al servicio de los intereses económicos y geopolíticos hegemónicos.

De Sousa propone un “diálogo intercultural sobre la dignidad humana”, lo que puede llevar a “una concepción mestiza de los derechos humanos”.<sup>36</sup>

Ese diálogo intercultural, implica no sólo intercambio de saberes, sino también de culturas, “entre universos de sentido diferentes”, en buena medida “inconmensurables”. Estos universos de sentido consisten en *topoi* fuertes, esto es, en “los lugares comunes retóricos de mayor alcance de determinada cultura”. Estos *topoi* fuertes se vuelven muy vulnerables, y problemáticos al usarse en una cultura diferente. De Sousa considera imposible comprender determinada cultura a partir de los *topoi* de otra; en razón de ello propone una *hermenéutica diatópica* como guía en el diálogo intercultural que propone relativo a esa dignidad humana, base de los derechos humanos. Luego pasa a explicarnos su propuesta hermenéutica:

La hermenéutica diatópica se basa en la idea de que los *topoi* de determinada cultura, por más fuertes que sean, son tan incompletos como la propia cultura a la que pertenecen. Tal calidad de incompleto no es visible en el interior de esa cultura, dado que la aspiración a la totalidad conduce a que se tome la parte por el todo. No obstante, el objeto de la hermenéutica diatópica no es lograr el estado de completo, un objetivo inalcanzable, sino, por el contrario, ampliar al máximo la conciencia de mutua calidad de incompleto a través de un diálogo que se desarrolla, por así decirlo, con un pie en una cultura y el otro, en otra. En eso reside su carácter diatópico.<sup>37</sup>

A continuación de Sousa ejemplifica, utilizando su hermenéutica diatópica, con los *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* de la *umma* en la cultura del Islam.

Pero Boaventura de Sousa nos previene al decir que el carácter emancipatorio de la hermenéutica diatópica no está garantizado *a priori*, y afirma que “el multiculturalismo puede ser el nuevo rótulo

<sup>35</sup> *Idem, supra*, p. 19.

<sup>36</sup> *Idem, supra*, p. 23.

<sup>37</sup> *Idem, supra*, p. 24.

de una política reaccionaria".<sup>38</sup> Lo que significa que las políticas reaccionarias, mejor diríamos inhumanas, vienen tanto de posiciones univocistas (universalistas) como equivocistas (multiculturalistas). Como dice Beuchot, desde su hermenéutica analógica, los extremos se tocan: "El univocismo es un monolitismo, y el equivocismo es un univocismo atomizado...".<sup>39</sup>

Para prevenir esa "perversión", De Sousa Santos propone dos imperativos interculturados de la hermenéutica diatópica:

El primero puede formularse así: *de las diferentes versiones de una cultura determinada, debe elegirse aquella que represente el círculo más amplio de reciprocidad dentro de esa cultura, la versión que vaya más lejos en el reconocimiento "del otro"...* El segundo imperativo intercultural puede enunciarse de la siguiente forma: dado que todas las culturas tienden a distribuir personas y grupos de acuerdo con los dos principios concurrentes de pertenencia jerárquica y, por consiguiente, con concepciones concurrentes de igualdad y diferencia, *las personas y los grupos sociales tienen el derecho de ser iguales cuando la diferencia los inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza.*<sup>40</sup>

La hermenéutica diatópica es una magnífica herramienta para la consideración de los derechos humanos. Es una interesante versión de la aplicación de la analogía, de la hermenéutica analógica.<sup>41</sup>

#### 4. Analogía y *iusnaturalismo histórico*

Hemos sostenido que la raíz del derecho es el ser humano. En cuanto que realidad compleja la juridicidad de manera prioritaria está constituida por el *derecho subjetivo* que consiste en la facultad de la persona de exigir lo suyo y por lo *justo objetivo* como la cosa o conducta debida a *otro*, que es precisamente su derecho. En otras palabras, lo fundamental de lo jurídico, a lo cual deben ordenarse normas,

instituciones y procedimientos está constituido por los derechos humanos y la justicia. Esto lo afirmamos desde una posición filosófica de *iusnaturalismo*.

En virtud de que tanto lo relativo a los derechos humanos, como aquello que tiene que ver con la justicia y el bien común, es presentado habitualmente de una manera abstracta, desligado de la historia concreta, es que hemos pensado en hacer reflexiones *iusfilosóficas* buscando exponer un *iusnaturalismo histórico*. Así hemos tratado de presentar un *iusnaturalismo* con otro rostro, un derecho natural con otra cara.

De tal modo que teorizamos sobre el *iusnaturalismo histórico* partiendo del *iusnaturalismo clásico*, ligándolo al *personalismo* e incorporando categorías de la llamada *filosofía de la liberación*. Con una visión integradora de esas tres corrientes filosóficas, y utilizando la *racionalidad analógica*, hemos intentado construir un discurso teórico que pretende ser un ensayo de *iusnaturalismo histórico analógico*.

Esta concepción *iusnaturalista* no entiende el derecho natural como un cuerpo normativo acabado, terminado una vez y para siempre; sino como un conjunto de criterios racionales basados en los datos objetivos que nos proporciona la naturaleza del ser humano, esto enriquecido con el *personalismo*. Le llamamos *histórico* porque pretende afrontar el reto de la *ahistorización* que señala Ellacuría,<sup>42</sup> y para ello introducimos categorías de pensamiento de la *filosofía de la liberación* (totalidad/exterioridad, alienación/liberación).<sup>43</sup> Creemos que con estas categorías podemos reflexionar siempre en concreto, históricamente, sobre los derechos humanos, la justicia y el bien común.

Es frecuente la crítica a la locución *iusnaturalismo histórico*, por implicar, se dice, una contradicción precisamente entre naturaleza e historia, ya que la primera es inmutable y la segunda implica cambio constante. Ya hemos visto Beuchot nos muestra, haciendo uso de la analogía, esto es desde la *racionalidad analógica*, que el ser humano

<sup>42</sup> Cfr. ELLACURÍA, Ignacio, "Derechos humanos en una sociedad dividida", en *Christus*, núm. 257, México, octubre, 1979.

<sup>43</sup> DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, Ed. Edicol, México, 1977.

<sup>38</sup> *Idem, supra*, p. 32.

<sup>39</sup> BEUCHOT, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>40</sup> DE SOUSA SANTOS, *Por una concepción...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

<sup>41</sup> Cfr. GUTIÉRREZ DE VELASCO, José Ignacio, "Hermenéutica analógica de los derechos humanos", en *Hermenéutica analógica, derecho y derechos humanos*, compilador Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.

puede ser considerado entre naturaleza e historia, porque en la persona humana hay naturaleza o esencia y es quien hace la historia.<sup>44</sup>

El ser humano es naturaleza e historia; no unívocamente esencia, no sólo naturaleza; sino que análogamente, proporcionalmente, naturaleza e historia en relación: ser en la historia. Por eso hablamos de *iusnaturalismo histórico analógico*.

Este entender al ser humano no sólo como naturaleza, ni sólo como historia, sino, análogamente, *ser en la historia*, permite, todavía más, hacer otra relación analógica entre el *otro* como simple *semejante* y como *oprimido*. Y es que es al *otro* que en justicia se le deben cosas y conductas, se le debe su derecho; y entre el *otro* —cualquier persona— y el *inequívocamente otro* —persona negada, la víctima, el pobre—, existe analogía: iguales derechos comunes en su reconocimiento, pero el *inequívocamente otro* es negado en la eficacia histórica de esos derechos. A esta aplicación de la *analogía* Enrique Dussel, desde la filosofía de la liberación, le llama *analéctica*.<sup>45</sup>

Analogía en la visión misma del *otro* como *prójimo*, en cuanto que éste es “imagen y semejanza” dice Hubard.<sup>46</sup> Así al aplicar esa analogía, concebimos el derecho, la justicia y los derechos fundamentales del ser humano a partir de la naturaleza o esencia de las mujeres y los varones como personas, con una historia concreta, personal y comunitaria, distinguiendo y relacionando, analógicamente, al *prójimo* como *imagen y semejanza* y al *prójimo* como víctima concreta en cuanto que despojado de sus derechos y padeciendo la injusticia.

## 5. Interpretación y epiqueya

La ley, en cuanto que conjunto de normas, es una expresión de derecho muy importante y básica para la convivencia humana. Pero no

<sup>44</sup> Cfr. BEUCHOT, Mauricio, “Réplica a Ángel Hernández”, en *Isonomía*, núm. 6, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril de 1997, pp. 180 y 181. (Se trata de una respuesta al artículo de Ángel HERNÁNDEZ, publicado en la misma revista titulado “¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? Las tesis de Bobbio y de Beuchot”).

<sup>45</sup> Cfr. DUSSEL, *op. cit.*

<sup>46</sup> Cfr. HUBARD, Julio, “Divagación contra el otro”, en *Letras Libres*, núm. 12, México, diciembre de 1999, pp. 36-39.

constituye la única expresión del derecho, ya que, como hemos visto, lo jurídico está constituido por varias realidades relacionadas entre sí: la propia normatividad, ciertamente, pero también los derechos subjetivos o facultades que tienen las personas sobre lo suyo y lo justo objetivo, cosa o conducta debida a otro, como expresión concreta de la justicia. Y de la justicia vamos a hablar, más propiamente de la *equidad* que es la corrección de lo “justo legal” o ley. Sobre esto escribe Suárez, siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás:

En este sentido tomó Aristóteles la equidad cuando dijo que era la corrección de lo justo, se entiende de lo justo legal, y a la virtud de la cual procede este acto la llamó *epiqueya* de la cual trata también Santo Tomás. A ella le toca en las cosas particulares obrar contra la letra de la ley humana cuando su observancia sería contraria a la equidad natural, y entonces el juez no obra conforme al *ius* —se entiende, materialmente y tal como suena— sino conforme a lo equitativo y bueno; esto es observar el *ius* conforme a su intención, y hacer lo contrario sería violarlo...<sup>47</sup>

Suárez distingue entre interpretación y *epiqueya*. La primera tiene un sentido mucho más amplio que la segunda; toda *epiqueya* es interpretación de la ley, pero no toda interpretación de la ley es *epiqueya*. Las leyes necesitan siempre la interpretación por su oscuridad o ambigüedad, pero no todas estas interpretaciones constituyen *epiqueya*, “sino solamente por las cuales interpretamos que una ley falla en un caso particular por razón de su universalidad, es decir, porque la ley se dio en términos generales y en algún caso particular falla de tal manera que en él no puede observarse justamente”.<sup>48</sup>

Gadamer, siguiendo las enseñanzas de Aristóteles, dice que un una situación concreta, el que aplica el derecho, no será obligado a hacer concesiones respecto “a la ley en sentido estricto, pero no porque no sea posible hacer las cosas mejor, sino porque de otro modo no sería justo. Haciendo concesiones frente a la ley no elimina aspectos de la justicia, sino que por el contrario, encuentra un derecho

<sup>47</sup> SUÁREZ, Francisco, S. I., *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, edición bilingüe de *De Legibus*, versión española de José Ramón Enguillor, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, Lib. I, cap. II, núm. 10, t. I, p. 13.

<sup>48</sup> *Idem, supra*, Libro II, cap. XVI, núm. 4, t. I, p. 174.

mejor”.<sup>49</sup> Y agrega que la hermenéutica jurídica tiene aquí su verdadero lugar:

La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas.<sup>50</sup>

Al aplicarse la ley debe ligarse ésta con la razón, con la razón jurídica. La razón jurídica no es sólo de la ley, sino razón del derecho—ley ciertamente, pero también derechos subjetivos y justicia—; y prioritariamente justicia, que al aplicarse al caso concreto viene a ser *equidad* o *epiqueya*. Así que la ley precisa de aplicarse con *razón de equidad*.<sup>51</sup>

Beuchot recuerda que la jurisprudencia tiene mucho que ver con la interpretación. Nos muestra cómo su nombre mismo de *jurisprudencia* acude a la prudencia o *frónesis* para determinar lo que es justo; y agrega que también interviene, en la jurisprudencia, la equidad o *epiqueya* para hacer ver cómo se aplica una ley a un caso concreto. “Todo esto tiene ya mucho que ver con la hermenéutica analógica, pues tanto la prudencia como la equidad son virtudes eminentemente analógicas o proporcionales, son la analogía misma puesta en práctica”.<sup>52</sup>

#### IV. HERMENÉUTICA ANALÓGICA, JUSTICIA Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

A manera de introducción al tema, hacemos alusión a un caso concreto de trascendencia nacional.

El 7 de octubre de 1998, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación resolvió las contradicciones de tesis que habían sostenido algunos tribunales colegiados, relacionadas con el cobro de intereses en cierto tipo de contrato de apertura de crédito, capitalización de intere-

<sup>49</sup> GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método I*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1996, p. 389.

<sup>50</sup> *Idem*, *supra*, p. 390.

<sup>51</sup> Ver el interesante tratamiento del tema de la equidad que hace Luis RECASÉNS SICHES, en *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cap. VI, Ed. Porrúa, México, 1980, pp. 260-276.

<sup>52</sup> BEUCHOT, *Perfiles... op. cit.*, p. 97.

ses y otros temas afines. Su fallo fue estableciendo jurisprudencia sobre la legalidad del llamado *anatocismo*, esto es el cobro de interés sobre interés, estableciendo la legalidad de esta práctica bancaria.<sup>53</sup>

La resolución, se ha dicho, es legal pero injusta. Algunos juristas han comentado que, desde el punto de vista técnico jurídico, la resolución de nuestro máximo Tribunal es inobjetable, pues está perfectamente fundada en la ley, y su interpretación es correcta.

Nosotros creemos que la resolución de la Corte pudo haber sido en sentido contrario a como se dictó, esto es, declarando ilegal el *anatocismo*, e igualmente el fallo podría haber estado fundado en la propia ley y, además, en un concepto jurídico más amplio que la propia legalidad, que es la justicia misma.<sup>54</sup> Pero ésta hubiera implicado hacer *uso alternativo del derecho*.

#### 1. Qué es el uso alternativo del derecho

El *uso alternativo del derecho* emerge como una corriente teórica y práctica de la juridicidad en contra de los mitos de la cultura jurídica moderna capitalista, contestando o negando que las tareas de interpretación y aplicación del derecho sean estrictamente científicas,<sup>55</sup> sosteniendo en contrapartida, “la función política del derecho”.<sup>56</sup> Surge a principios de la década de 1960 en Italia, impulsada por un grupo de jueces asociados con el colectivo denominado *Magistratura Democrática*. Siguiendo a los principales teóricos, como Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Pietro Barcellona y otros, el iusfilósofo español Saavedra, define así el *uso alternativo del derecho*: “la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emanci-

<sup>53</sup> Cfr. Comunicado de Prensa núm. 138, Suprema Corte Justicia de la Nación, Dirección de Comunicación Social, México, 7 de octubre de 1998; revista *Proceso*, núm. 1145, México, 11 de octubre de 1998.

<sup>54</sup> Un ministro de la Suprema Corte de Justicia así lo consideró y votó en contra de la tesis jurisprudencial, me refiero al maestro Juventino Castro: Cfr. CASTRO, Juventino V., *La Suprema Corte de la Nación ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado anatocismo*, Ed. Porrúa, México, 1999.

<sup>55</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás Ma., “Sobre el alcance teórico de uso alternativo del derecho”, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, del propio Modesto LÓPEZ CALERA, SAAVEDRA LÓPEZ y Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1978, p. 12.

<sup>56</sup> LÓPEZ CALERA, *op. cit.*, p. 40.

padora; o, lo que es lo mismo, de aplicar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Para ello se trataría de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico —especialmente el plano judicial— unos determinados intereses o una determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación.<sup>57</sup>

A fines de 1990 un grupo de jueces de Río Grande do Sul, ocuparon la primera plana de los diarios brasileños más importantes dando origen a un debate nacional sobre el modo en que los jueces deben usar la ley para administrar justicia. La discusión se originó porque este grupo de jueces “gauchos” han fundado sus sentencias en criterios de justicia y no en la ley, siendo lo anterior totalmente contrario a las teorías jurídicas más aceptadas desde hace dos siglos. Todo esto, por cierto, con la rasgadura de toga de los juristas tradicionales.

Esta práctica jurídica heterodoxa de los jueces de Río Grande do Sul, comenzó a consolidarse y a constituirse como movimiento, conocido como “Movimiento de Derecho Alternativo”, en 1986 durante el Congreso de la Asociación de Jueces de Río Grande do Sul. Pero antes de esta experiencia latinoamericana de *uso alternativo del derecho* desde el poder judicial, esta práctica jurídica alternativa se había dado como una necesidad práctica social de los abogados y de los diversos promotores sociales que han puesto sus conocimientos y destrezas al servicio de grupos, con necesidades vitales sentidas, dentro del proceso popular de nuestros países. Y es que estas necesidades de los grupos populares se topan, de una u otra forma, con el complejo fenómeno de la juridicidad.

Llegando a este punto, y antes de profundizar más, es necesario decir que no es fácil dar todavía con el concepto, que satisfaga a todos, del *uso alternativo del derecho* para América Latina. Germán Palacio nos dice: “las prácticas jurídicas alternativas se encuentran en el terreno relativamente pantanoso, un terreno teórico, donde to-

<sup>57</sup> SAAVEDRA LÓPEZ, “Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho”, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, op. cit., p. 40.

davía no estamos en capacidad de definir con claridad la denominación que corresponde a este tipo de prácticas... estamos frente a una limitación teórica importante y es que tenemos un conjunto de experiencias, todas ellas muy ricas pero todas ellas más o menos parciales, no generalizables, fragmentadas, no institucionalizadas”.<sup>58</sup> Algunos autores incluso cuestionan el que se siga usando para América Latina la expresión *uso alternativo del derecho*.<sup>59</sup>

A continuación ofrecemos algunas definiciones de *uso alternativo del derecho*:

El *Diccionario enciclopédico de teoría y sociología del derecho* define el término “Alternativo (uso-del derecho)”, de tres maneras:

En primer lugar, como “*corriente doctrinal y de praxis jurídico-política del derecho, su carácter de clase y admite la posibilidad de su interpretación contra los intereses de la clase dominante y al servicio de las clases oprimidas*”.

En segundo lugar, como *metodología jurídica* establecida a partir de una “*reflexión teórica sobre el conocimiento jurídico y la naturaleza del derecho*”.

Por último, como *práctica jurídico-política* en el sentido de “*utilización de las normas jurídicas [...] como objetos, intereses y valores distintos de los que reivindica la clase burguesa dominante y hegemónica en la creación y aplicación del derecho*”.<sup>60</sup>

La primera definición dice que el *uso alternativo del derecho* es una doctrina y una praxis “generalmente de inspiración marxista”, y es cierto, el neomarxismo, no dogmático, sobre todo inspirado en las tesis de Antonio Gramsci (1891-1937), ha sido una de las teorías que ha servido de base a esta corriente jurídica. Pero no ha sido el único sostén teórico del *uso alternativo del derecho*, otros hemos teorizado

<sup>58</sup> PALACIO, Germán, “Prácticas Jurídicas Alternativas (P.J.A.)”, en *Documentos*, núm. 6, Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (I.L.S.A.), Asociación Internacional de Servicios Legales, Bogotá, 1990, p. 31.

<sup>59</sup> BERGALLI, Roberto, “Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión ‘uso alternativo del derecho’?”, en *Revista de Derecho Alternativo*, Amilton Bueno de Carvalho (organizador), Ed. Academia, Sao Paulo, 1992, pp. 9. 19 y ss., 145.

<sup>60</sup> Juristes-Solidarités, *Prácticas del derecho, producciones de derecho: iniciativas populares*, Ed. Trilce y Juristas-Solidarités, Montevideo, 1998, p. 102.

sobre el mismo desde el propio iusnaturalismo “de la caminata” o “histórico”,<sup>61</sup> y otros más desde lo que llaman “iuspositivismo de combate”.<sup>62</sup>

Nosotros, con la debidas reservas, y mientras no nos convenza una expresión más feliz, seguiremos usando la de *uso alternativo del derecho*, que referida a nuestro medio latinoamericano *constituye las diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad.*

Cuando hablamos de *pobres como sujeto histórico*, como usuarios de la juridicidad alternativa, estamos aludiendo a una categoría sociológica y ética.

Hemos optado por el término *pobre* o *pobres* como categoría sociológica, y no por otro como podría ser *proletariado*, *clases subalternas* o *dominadas*, *pueblo*, u otros, en virtud de que creemos que ese término es el que más se acerca, en cuanto que categoría sociológica, a la caracterización de estos nuevos sujetos de derecho. No optamos tampoco por *víctimas*, porque en el lenguaje jurídico tiene la connotación precisa de aquellos sujetos pasivos de una acción delictiva.

La adopción de la categoría *pobre*, es siguiendo a José de Souza Martins, que explica:

Pienso que es muy importante considerar que la categoría explícita que organiza el pensamiento de los miembros de esas comunidades es la categoría *pobre*... La categoría *pobre* es amplia y abarca todo tipo de pobreza, desde la miseria del hambre hasta la falta de justicia y derechos, la desigualdad, la opresión, la falta de libertad, el compromiso de la fe por degradación del hombre. Es diferente de la situación de clase social, que se defi-

<sup>61</sup> Cfr. BUENO DE CARVALHO, Amilton, *Magistratura e Direito Alternativo*, Ed. Académica, São Paulo, 1992; Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, *El derecho como arma de liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecueménicos, México, 1984, y *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, Ed. Instituto Cultural de Aguascalientes, Aguascalientes, 1997.

<sup>62</sup> Cfr. ROSA DE ANDRADE, Lédio, *O que é direito alternativo?*, Ed. Obra Jurídica, Florianópolis, 1998.

ne por una categoría económica, como el salario o la propiedad, que por eso queda centrada en la *producción*. La categoría *pobre*, al contrario, tiene una definición ética e histórica que implica considerar los *resultados* de la producción, no sólo la acumulación de capital, sino también *la acumulación de la pobreza* que de ella resulta. La realidad social para ser considerada no a partir de la *igualdad jurídica* que sustenta las ficciones básicas sobre los derechos, sino que a partir de la desigualdad *económica y social* que desenmascara y denuncia la falta de derechos. Es por eso también que es otra la concepción y la práctica de las relaciones sociales. No la concepción societaria, abstracta e ideológica de las relaciones de contenido contractual, que presuponen la equivalencia, la igualdad, la negación, del yo y el otro. Sino la concepción comunitaria, concreta y utópica, democrática del *nosotros*. Es común en el lenguaje de esos movimientos, grupos y entidades la palabra *unión* y su práctica en búsqueda de las condiciones para unir a los pobres —los hambrientos, los que padecen la injusticia, los marginados—. <sup>63</sup>

Podemos decir, que el derecho puede ser usado políticamente. Y la política del derecho puede constituir su uso alternativo. Es decir, usar el derecho en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de bienes de la sociedad.

El *uso alternativo del derecho* presupone superar las llamadas ideologías del “rechazo”. Es decir, que para hacer política del derecho en el sentido indicado, es necesario no rechazar de manera absoluta la juridicidad vigente, ni tampoco aceptarla acríticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural, y procurar darle un sentido que beneficie a las clases dominadas. Como afirman Barcellona y Cotturri: “la superación del modelo presupone en cambio la conciencia de la diversidad y comprensión del tiempo histórico.”<sup>64</sup>

El uso alternativo del derecho por los *pobres* constituye un espacio de lucha por la prevalencia histórica de los derechos humanos frente a los estragos del capitalismo, causados, precisamente, a los portadores de estos derechos.

<sup>63</sup> DE SOUZA MARTINS, José, *A militarização da Questão Agrária do Brasil*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1985, p. 106.

<sup>64</sup> BARCELLONA, Pietro y COTTURRI, Guisepppe, *El Estado y los juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1972, p. 111.

## 2. *Uso alternativo del derecho: uso alternativo de toda la juridicidad*

Amilton Bueno de Carvalho, después de sintetizar y analizar diversas concepciones que sobre el *uso alternativo del derecho* tienen distintos autores europeos como los italianos Barcellona y Ferrajoli, los españoles López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez, algunos autores latinoamericanos como los brasileños Paulon, Lima Lopes y Batista Guedes y el mexicano que esto escribe, concluye que existen diferencias entre la visión europea y la nuestra acerca de los alcances del *uso alternativo del derecho*, pues en Europa todavía se “impone el límite: no sobrepasar el sistema de su legalidad”.<sup>65</sup>

El propio profesor de Direito Alternativo en la Escola Superior da Magistratura Gaúcha, dice con mucha razón:

En nuestra realidad, tengo que, en determinados casos, hay que romper los límites de la legalidad. Aquí todo es tan cruel y agresivamente contradictorio que, en la lucha trabada en lo jurídico, no se permite aceptación de tales límites. El derecho que allá es tenido como alternativo ante la conquistas de la clase trabajadora ya erigidas a condición de ley, aquí asume el papel de uso alternativo del propio derecho en la búsqueda de las mínimas condiciones de vida con dignidad del pueblo. Y en esta búsqueda, si la legalidad es obstáculo, debe ser superada con la actualización de *principios generales de derecho del pobre*, los cuales están por encima del derecho privatizado.<sup>66</sup>

Consideramos que el anterior texto de Amilton Bueno es de extraordinaria importancia para la teorización del *uso alternativo del derecho*. Por un lado recoge, como raíz filosófica-jurídica, la concepción de los derechos humanos de matriz latinoamericana, que concibe a éstos *a partir del pobre*, que no es otra que la concepción bíblica del derecho como *mispát*: liberación del oprimido.<sup>67</sup> Y par-

<sup>65</sup> BUENO DE CARVALHO, Amilton, “Lei núm. 8,009/90 eu Direito Alternativo”, en *Lições de Direito Alternativo I*, Ed. Academia, Sao Paulo, 1991, p. 57.

<sup>66</sup> *Idem, supra*.

<sup>67</sup> Este tema lo desarrollamos con amplitud en nuestras obras: *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1992; y *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1991.

tiendo de esa concepción filosófica, del hombre y de sus derechos, es consecuente en hablar de la posibilidad teórico-práctica de construir unos *principios generales del derecho del pobre*, que serían criterios jurídicos fundamentales alternativos.

Por otro lado, la segunda cuestión en donde creemos que acierta Bueno de Carvalho es en dejar sentado el principio para el *uso alternativo del derecho*, que la juridicidad no se agota en la legalidad. Es toda la juridicidad la que debe usarse alternativamente. En efecto, el derecho, la juridicidad, como hemos visto reiteradamente, es un fenómeno social complejo que no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se le da a la palabra “derecho”. El fenómeno jurídico está formado, también, por los derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales que constituyen propiamente los derechos humanos; por lo justo objetivo, que es la cosa o conducta debida a otro; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del derecho.

## 3. *Uso alternativo del derecho, movimiento ligado a la hermenéutica*

Lédio Rosa de Andrade, teórico y juez alternativista brasileño, propone la locución *Derecho alternativo (Direito alternativo)* como género que admite tres especies: el “positivismo de combate”; el “uso alternativo del derecho” y el “derecho alternativo” en sentido estricto.<sup>68</sup> El primero consiste en la lucha porque el derecho objetivo, aquellas leyes que reconocen derechos al pueblo, a las clases populares, a los pobres, sean realmente afectivos; la búsqueda de que el derecho positivizado sea eficaz en aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. Esta primera acepción de derecho alternativo, nosotros la hemos considerado como uno de los espacios del *uso alternativo del derecho*.<sup>69</sup> La tercera especie, esto es el “derecho alternativo” en sentido estricto constituye el “pluralismo jurídico” del que

<sup>68</sup> Cfr. DE ANDRADE, Rosa, *op. cit.*, pp. 46-48.

<sup>69</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El derecho como arma de liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecueménicos, México, 1984, pp. 87-89.

teoriza Antonio Carlos Wolkmer;<sup>70</sup> y que otros hemos llamado “el derecho que nace del pueblo”,<sup>71</sup> que consiste en aquella juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales, como los usos y costumbres de los pueblos indígenas o el derecho que se ha dado a sí mismo para organizar la tenencia de la tierra el Movimiento de los *sem terra* (MST) en Brasil; constituye lo que se ha llamado *o direito achado na rua*,<sup>72</sup> y también *direito insurgente*.<sup>73</sup>

El *uso alternativo del derecho* es la segunda especie de “derecho alternativo” según la clasificación de Rosa de Andrade, y lo relaciona directamente con la hermenéutica jurídica. Así sostiene que el *uso alternativo del derecho* “es el proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante”.<sup>74</sup> Así hará interpretación extensiva de los textos legales que favorecen al pueblo, y restrictiva de las normas que favorecen a las clases hegemónicas.<sup>75</sup> Como movimiento ligado a la hermenéutica jurídica, el *uso alternativo del derecho* tiene las certezas que anota Bourdieu relativas al “campo jurídico” y a la “fuerza del derecho”:

La interpretación opera la *historización de la norma*, adaptando las fuentes a las nuevas circunstancias, y descubriendo en ellas posibilidades inéditas, dejando de lado lo superado y lo caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que a veces llega hasta la determinación o el equívoco, la operación hermenéutica de la *declaratio* dispone de una inmensa libertad. No es nada extraño que el derecho, instrumento dócil, adaptable, flexible y poliformo, sea utilizado, en realidad, para contribuir a racionalizar *ex post* decisiones en las que él no ha tenido ninguna participación. Los juristas y los jueces disponen todos, aunque en grados muy diferentes, del poder de

<sup>70</sup> Cfr. WOLKMER, *Pluralismo jurídico*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1994.

<sup>71</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes y Fideicomiso Enrique Olivares Santana, México, 1986.

<sup>72</sup> Se trata de una locución utilizada por los juristas brasileños Roberto LYRA y José Geraldo DE SOUSA JÚNIOR; ver: *O Direito Achado na Rua*, Curso de Extensão Universitária Distância 1, Universidad de Brasilia, Brasilia, 1987.

<sup>73</sup> Cfr. PRESSBURGER, Miguel, “Direito Insurgente: o direito dos oprimidos”, en *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*, Ed. Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1990.

<sup>74</sup> DE ANDRADE, Rosa, *op. cit.*, p. 47.

<sup>75</sup> Cfr. DE ANDRADE, Rosa, *op. cit.*, p. 47.

explotar la polisemia o la anfibología de las fórmulas jurídicas recurriendo bien a la *restrictio*, procedimiento necesario para no aplicar una ley que, entendida en sentido literal debería ser aplicada, bien a la *extensio*, procedimiento que permite aplicar una ley que, tomada al pie de la letra no debería serlo, o incluso recurriendo a todas las técnicas que como la analogía, la distinción entre la letra y el espíritu de la ley, etc. Tienden a obtener el máximo partido de la elasticidad de la ley, de sus contradicciones, sus equívocos o sus lagunas.<sup>76</sup>

Por su parte, María de Lourdes de Souza, en una estupenda obra sobre el tema, comienza su estudio sobre el *uso alternativo del derecho*, tratando cuestiones teóricas básicas sobre lo jurídico en especial referidas a la hermenéutica y sosteniendo que esta actividad teórico-práctica del *uso alternativo del derecho* encuentra sus fundamentos en una postura hermenéutica antiformalista y en el neomarxismo como “praxis revolucionaria y/o transformadora de las realidades jurídica, social y política”.<sup>77</sup>

#### 4. Algunas notas sobre el *garantismo*

Algunos autores europeos, sobre todo italianos, que hace aproximadamente treinta años impulsaron el movimiento del *uso alternativo del derecho*, como Luigi Ferrajoli, hoy sostienen teóricamente otra postura con relación a lo jurídico, aunque no contraria sí distinta a la alternativa, llamada *garantismo*.

Ferrajoli habla de tres acepciones de la palabra *garantismo*, que implican tres realidades diversas pero relacionadas. Una primera acepción se refiere a un modelo normativo de derecho, en donde se establecen niveles de normas, distinguiendo entre el modelo jurídico que establece la Constitución (normas constitucionales) y el resto de las normas del sistema; distinguiendo también entre ese modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema por él regido. La

<sup>76</sup> BOURDIEU, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Col. Palimpsesto, Bilbao, 2000, p. 184.

<sup>77</sup> DE SOUZA, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2001, p. 29.

segunda acepción de garantismo es una teoría jurídica que distingue entre *validez* y *efectividad* como categorías distintas entre sí, pero también distintas respecto de la existencia y vigencia de normas. Este segundo modo de entender el *garantismo* implica una crítica de las leyes vigentes, por parte de juristas y jueces, contraponiendo validez y efectividad a vigencia; se trata de una crítica interna al derecho, no externa, crítica jurídica entonces.<sup>78</sup> El tercer modo de expresarse el *garantismo* constituye una filosofía política “que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”.<sup>79</sup> Aquí equivale a recoger un punto de vista externo; tiene que ver con la *legitimación* o *deslegitimación* ético-política del derecho y el Estado.

Ferrajoli propone un modelo de Estado de Derecho democrático. Sostiene que el Estado de Derecho debe tener una legitimación formal y una legitimación sustancial. El Estado de Derecho es aquel que se encuentra sometido a las leyes, que deben ser generales y abstractas. Pero existen, podríamos decir, dos versiones de Estado de Derecho: una débil, en sentido *lato*, formal, es cuando cualquier poder es conferido por la ley y se ejerce conforme a ella; y una fuerte, en sentido estricto o sustancial, se entiende que “cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos”.<sup>80</sup> En el primer sentido, cualquier Estado es Estado de Derecho, en el segundo sólo los “Estados constitucionales”, “que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder”.<sup>81</sup> Es esta segunda versión de Estado de Derecho la que equivale a *garantismo*. Se trata no sólo de un estado legal, es decir regulado por la ley, sino que se caracteriza en el plano formal por el principio de legalidad (legitimación formal) y en el plano sustancial, por el funcionamiento de todos los poderes del Estado “al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, es decir,

<sup>78</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 851-853.

<sup>79</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 853.

<sup>80</sup> *Idem, supra*, p. 856.

<sup>81</sup> *Idem, supra*.

de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como uno de los poderes correlativos de los ciudadanos de activar la tutela judicial”.<sup>82</sup> Se trata de una legitimación sustancial, de contenidos sustanciales.

Ferrajoli distingue, también, entre “democracia formal” y “democracia sustancial”; el *garantismo* constituye la base de la democracia sustancial. Esta democracia recoge garantías liberales y sociales y las reglas tanto del Estado de Derecho liberal, como del social. La regla del primero se expresa así: no sobre todo se puede decidir, ni por mayoría; y la regla del segundo: no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría (sobre cuestiones de supervivencia y subsistencia, por ejemplo). En el resto vale la regla democrática de la mayoría.<sup>83</sup>

Después Ferrajoli desarrolla la teoría del *derecho ilegítimo*. Aquí parte de distinguir entre “iuspositivismo dogmático” y “iuspositivismo crítico”. Y lo que distingue a uno de otro, es precisamente su diversa posición frente a las nociones clave de *derecho vigente*, *derecho válido* y *derecho efectivo*.

Llamo ‘iuspositivismo dogmático’ a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad; tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes solamente las normas efectivas.<sup>84</sup>

La teoría garantista o de “positivismo crítico”, parte de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad.

“Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como de la competencia del órgano que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que

<sup>82</sup> *Idem, supra*, p. 857.

<sup>83</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 871.

<sup>84</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 871.

satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior”.<sup>85</sup>

Ferrajoli dice que este planteamiento de “positivismo crítico”, se ve en el modo en que se entienden el trabajo del jurista en general y de los jueces, y se “pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avaliativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente”.<sup>86</sup>

Esta cuestión tiene relación directa con la hermenéutica. La propuesta garantista es que el jurista y el juez, interpreten las leyes de acuerdo con el criterio de validez y no sólo de vigencia, y adopten sus criterios de acuerdo con la validez y no sólo a la vigencia de la ley. La validez viene dada por la normatividad constitucional que recoge *valores* tales como la igualdad, la libertad y las garantías de los derechos de los ciudadanos.<sup>87</sup> Ferrajoli, en este sentido, enfatiza el trabajo interpretativo de los jueces, él lo fue y además juez alternativista:

Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad, normalmente distinta del juez llamado a aplicarla, como es por ejemplo, en nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que por razones obvias de certeza y de funcionalidad asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica de juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez.<sup>88</sup>

En fin, la técnica garantista, que debe expresarse en su hermenéutica jurídica, “consiste en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos”.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> *Idem, supra*, p. 874.

<sup>86</sup> *Idem, supra*, p. 872.

<sup>87</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 874.

<sup>88</sup> *Idem, supra*, p. 873.

<sup>89</sup> *Idem, supra*, p. 877.

### 5. *Uso alternativo del derecho y garantismo*

Las teorías del *uso alternativo del derecho* y del *garantismo* tienen, como hemos dejado ver ya, los mismos progenitores, pero son sin duda dos teorías distintas. Lourdes Souza se pregunta: “¿hay un nexo de sentido que une las dos teorías? O, por el contrario ¿son teorías antitéticas e incompatibles?”<sup>90</sup> Para responder a esos cuestionamientos, lo primero que pone a consideración es la distinta fuente doctrinal de uno y otro proyecto; así el *uso alternativo del derecho* basa su teoría en el neomarxismo, y el *garantismo*, por su parte, en la teoría liberal del iluminismo. Esto implica diversos objetivos y estrategias, que Lourdes de Souza explica: “El uso alternativo del derecho autojustifica su proyecto sobre la instrumentalización política del derecho; en tanto que el garantismo se autopropone como objetivo la instrumentalización de la política por el derecho”.<sup>91</sup>

Lourdes de Souza, a continuación, hace consideraciones sobre los motivos y las causas que determinaron el giro de las tesis alternativistas hacia el garantismo. Ese cambio de rumbo comienza a darse a partir del tercer Congreso de *Magistratura Democrática* en 1977, cuando los jueces alternativistas italianos comienzan a adoptar actitudes autocríticas con su programa jurisprudencial de uso alternativo; explícitamente hacen crítica de la exagerada politización de las decisiones judiciales. Esto implicaba unos usos instrumentales políticos del sistema legal que atentaban contra las garantías básicas establecidas en la Constitución; esto aunado a debilidades teóricas de las tesis alternativistas.<sup>92</sup>

Vamos ahora a considerar los puntos paradigmáticos de coincidencia y de divergencia entre una y otra teoría y práctica del derecho. Souza nos recuerda el principal alegato alternativista: “el derecho es ante todo una forma política que condensa la voluntad de los sectores dominantes en una sociedad”,<sup>93</sup> agregan los alternativistas

<sup>90</sup> DE SOUZA, María de Lourdes, “Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica”, en *Anuario de filosofía del derecho*, t. XV, Madrid, 1998, p. 234.

<sup>91</sup> *Idem, supra*.

<sup>92</sup> Cfr. SOUZA, “Del uso alternativo...”, *op. cit.*, pp. 235-243.

<sup>93</sup> SOUZA, “Del uso alternativo...”, *op. cit.*, p. 243. En apoyo de esta afirmación la autora a pie de página hace una larga cita de un texto de ACCATTATIS, SENESE y el mismísimo FERRAJOLI.

que el ordenamiento jurídico es incompleto, abierto, con muchas lagunas, fisuras y grietas.

De tal forma que el procedimiento hermenéutico alternativo consistiría en la búsqueda de las contradicciones o aporías clasistas en el interior del ordenamiento jurídico, para a la luz de este hallazgo, manejar jurisprudencialmente las contradicciones normativas es una perspectiva radicalmente libertaria e igualitaria.

La retórica hermenéutica alternativista se desarrolla sobre la base de la preeminencia de las normas constitucionales sobre las infraconstitucionales.<sup>94</sup>

También María de Lourdes Souza nos describe características básicas del *garantismo*. Nos recuerda que recurre al iluminismo, a la cultura liberal-burguesa, como modelo, que deriva en positivismo jurídico. Desde este fundamento trata de llevar a sus raíces los valores y principios del sistema de garantías, dándoles un sentido fuerte y fundamentos. Y, como hemos visto, para el *garantismo* la legalidad del derecho moderno tiene condiciones formales y sustanciales o de contenido; distinguiendo entre vigencia y validez. Se basa en el Estado constitucional de derecho, resaltando la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales. Este punto concreto, de resaltar la importancia del texto constitucional como normativa fundamental, conteniendo reconocimiento y defensa de derechos así como de valores, es un lugar de coincidencia, de encuentro, de afinidad con los alternativistas.

El *garantismo* trata de resignificar los mecanismos de garantías ideados por la cultura legal-positivista, transformándolos en el principal vector de garantía y realización de las normas constitucionales, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Esta postura tiene ciertas afinidades con la teoría alternativista, que ha sido pionera en la defensa de la Constitución como punto de partida y como punto de confluencia de toda y cualquier interpretación de las normas jurídicas. Incluso se puede decir que la valorización de los principios constitucionales como valor operativo y condicionante de la legalidad es patrimonio de los alternativistas.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> *Idem, supra*.

<sup>95</sup> *Idem, supra*, pp. 247-248.

Souza, sin embargo, considera esta similitud más virtual que real, por el distinto modo en que una y otra teoría valoran los derechos constitucionales. El *uso alternativo del derecho* toma los derechos constitucionales como instrumento de desestabilización del orden vigente, y el *garantismo*, por el contrario, como mecanismo de defensa, estabilización e integración del orden jurídico. Ese distinto modo de encarar los derechos fundamentales constitucionales se explica por los contextos sociojurídicos diversos en que se desarrolla una y otra teoría; conflictivo, desigualitario y con prácticas autoritarias en el caso de los alternativistas (América Latina); en un contexto democrático más o menos igualitario y justo, pero con tendencias regresivas, en el caso de los garantistas (Europa).

Como se puede ver, aunque el énfasis en la utilización de las normas constitucionales para la relectura de las normas ordinarias es uno de los puntos comunes entre las dos teorías, los alegatos justificadores son muy distintos. En pocas palabras, el uso alternativo intenta utilizar el sistema jurídico positivo para realizar objetivos extrajurídicos, mientras que el *garantismo* rehabilita los mecanismos internos de control y garantía de la legalidad, para que actúen de modo correctivo y proyectivo sobre el sistema de legalidad.<sup>96</sup>

Otro punto importante de comparación entre las dos teorías está en lo que se refiere al modo en que entienden el papel de los jueces. Tema éste vinculado directamente con la labor hermenéutica de los juzgadores. Los sostenedores del *uso alternativo del derecho* hacen una crítica de los métodos tradicionales de interpretación, como el exegético con la subsunción, porque se prestan a reforzar el estado de dominación existente (capitalismo); pero al mismo tiempo tienen la pretensión, de que los jueces con sus decisiones, a través de su labor interpretativa, reviertan los efectos político-clasistas en beneficio de los grupos sin poder. El *garantismo*, por su parte, también propone un cambio en el rol que se asigna a la jurisdicción institucionalmente. El juez no está sujeto a la ley en términos meramente formales, sino que su sujeción deviene de elementos materiales, es decir porque la normatividad reúne condiciones sustanciales de validez, que, como hemos visto, se liga a los derechos fundamentales

<sup>96</sup> *Idem, supra*, p. 249.

reconocidos por la Constitución. El juez se convierte en garante de los derechos fundamentales y los valores constitucionales, incluso frente al mismo legislador.<sup>97</sup>

Con relación a la práctica judicial existen entre una y otra teoría, convergencias y discrepancias. Coinciden en que no reducen el rol del juez a un actuar mecánico. Discrepan en que el uso alternativo del derecho da al juez un cierto papel político para el cambio social; y el garantismo desvincula y trata de preservar la función jurisdiccional de posturas politizantes. En el bien decir de Lourdes de Souza:

Las dos teorías defienden que la práctica judicial no tiene un carácter puramente mecánico o lógico-formal, sino que está supeditada a la ejecución de los principios y valores formulados en el nivel normativo superior. En este sentido, ambas teorías cuestionan y rechazan los dogmas tradicionales que reservan al Juez un papel meramente descriptivo y avalorativo en relación con el derecho vigente, defendiendo, en contrapartida, la bipolaridad de dicha actividad, o sea, como una actividad cognoscitiva y como actividad de denotación y de dicción del derecho. Sin embargo, a pesar de estas peculiaridades comunes, hay también diferencias acusadas entre ambas. La principal es que el uso alternativo del derecho desacredita los parámetros formales limitadores de la manipulabilidad normativa, con el objetivo de permitir una efectiva funcionalidad política de la jurisdicción simétrica con una línea político-institucional representada por el socialismo. Mientras el garantismo trata de desvincular y preservar la función jurisdiccional de cualquier influencia politizante, incluso contra las fuerzas democráticas mayoritarias, con el objetivo de frenar y corregir los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas que pueden incurrir tanto los sujetos políticos como sociales.<sup>98</sup>

En buena medida, a pesar de sus caminos teóricos distintos, el *uso alternativo del derecho* y el *garantismo*, a final de cuentas, tienen una misma meta práctica: la realización efectiva, real, del programa normativo constitucional, considerado como la máxima expresión de los valores de libertad, igualdad y justicia, de una democracia sustancial; María de Lourdes de Souza considera que entre una y

<sup>97</sup> Cfr. SOUZA, *Del uso alternativo...*, op. cit., pp. 249-250.

<sup>98</sup> SOUZA, "Del uso alternativo...", op. cit., pp. 251-252.

otra doctrina jurídica existe una línea de continuidad y lo que ha habido ha sido un cambio de estrategia; pero ambas "conforman un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las (i) lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital".<sup>99</sup>

## 6. Analéctica, hermenéutica analógica y necesidad del *uso alternativo del derecho*

¿Ha sido superado el *uso alternativo del derecho* por el *garantismo*? El *garantismo*, con su "cambio de estrategia", sustituye al *uso alternativo del derecho*?

O como cuestiona López Calera: "¿Tiene sentido el uso alternativo del derecho a finales del siglo XX?"<sup>100</sup> O mejor, ¿a principios del XXI?

Algunos consideran, como el propio López Calera que un "alternativismo fuerte" sólo tiene sentido "cuando los derechos y libertades fundamentales de amplias masas de población están seriamente cuestionadas", en lugares "con conflictos y desigualdades sociales muy graves"; pues de no ser así lo que cabe es sólo un "*uso alternativo razonable*", "que no cuestiona el principio de legalidad", sobre todo la legalidad constitucional. En realidad ese *uso alternativo razonable* es equiparable al *garantismo*.<sup>101</sup>

Sostenemos que, aunque el traslado del alternativismo al garantismo sea sólo "cambio de estrategia" y ambas teorías tengan "una misma meta práctica",<sup>102</sup> como sostiene Lourdes Souza; el hecho de que el garantismo abandone al neomarxismo y adopte las tesis jurídicas del iluminismo, esto es "los principios de la cultura legal-positivista de raíz liberal",<sup>103</sup> le hace tener una visión distinta del derecho y de sus usuarios prioritarios desde el punto de vista de la justicia. El hecho de que se abandone en sí el neomarxismo no

<sup>99</sup> *Idem, supra*, p. 255.

<sup>100</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", en *Claves de razón práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997, p. 32.

<sup>101</sup> Cfr. LÓPEZ CALERA, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", op. cit., pp. 32-35.

<sup>102</sup> SOUZA, "Del uso alternativo...", op. cit., p. 252.

<sup>103</sup> *Idem, supra*, p. 249.

tiene demasiada importancia; lo trascendente está en que al adoptar el iluminismo el sujeto viene a ser el ciudadano, deja de ser el sujeto primordial el *pobre*. Lleva razón Jon Sobrino cuando dice que en las sociedades que tienen como máximo valor a la democracia “en el centro no está el pobre —el sufriente— sino el ciudadano”.<sup>104</sup> En nuestro medio los empobrecidos en sus derechos son mayoría.

Por lo tanto, sostenemos que sigue siendo válido el *uso alternativo del derecho*. Y no sólo “en países con conflictos y desigualdades sociales muy graves”, o sociedades “poco juridizadas”. Porque los *pobres*, los empobrecidos están en todas partes; hoy, más claramente que nunca, la injusticia es global, es planetaria. Acaso la satisfecha Europa y el prepotente Estados Unidos están “libres” de *pobres* o están preservados de injusticia.

Gustavo Gutiérrez en un trabajo de reciente publicación, al estar tratando de la injusticia que padecen actualmente los pobres, en este mundo globalizado de economía neoliberal, escribe:

Esta situación, tal como la conocemos actualmente, con su carga de muerte injusta y prematura, lanza un cuestionamiento radical y englobante a la conciencia humana y a la manera de aproximarse a la fe cristiana.<sup>105</sup>

Y agrega el teólogo peruano que esto configura un “campo hermenéutico”; que él lo propone para la relectura del mensaje bíblico y seguimiento de Jesús, y nosotros nos atrevemos a llevarlo al mundo del derecho, a la juridicidad. Lo que significa que estamos proponiendo como clave de interpretación del derecho visto integralmente, de la juridicidad toda, “la muerte injusta y prematura” de los pobres.

La propuesta de este “campo hermenéutico” —la *muerte injusta y prematura de los pobres*—, está fundada en la provocación del otro y radicalmente del inequívocamente otro, *el prójimo* por la justicia, por la eficacia histórica de sus derechos. Del conocimiento de la realidad sabemos, que no existen las posibilidades y condiciones de vida digna para todos, lo que origina esa *muerte injusta y prematura* para muchos.

<sup>104</sup> SOBRINO, Jon, *Terremoto, terrorismo, barbarie y utopía*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 176.

<sup>105</sup> GUTIÉRREZ, Gustavo, “Una óptica teocéntrica”, en *Páginas*, núm. 177, Lima, octubre de 2002, p. 7.

Al incorporarse este “campo hermenéutico” a la interpretación del derecho, lo jurídico adquiere otra dimensión, se ve distinto. Se trata de una *hermenéutica analéctica*,<sup>106</sup> esto es la *hermenéutica analógica* llevada a la dimensión del inequívocamente otro, del prójimo. Aquí está la racionalidad del uso alternativo del derecho.

El uso alternativo del derecho, en cuando que haga uso de la hermenéutica analógica, su interpretación jurídica no será la de la univocidad de la ley por la ley misma, pero tampoco interpretará equívocamente, en el todo se vale. Hará uso de las dos virtudes analógicas ligadas al derecho, la *equidad* y la *prudencia*, considerando siempre el criterio analéctico de que el derecho no puede permitir e incluso debe poner remedio a la muerte injusta y prematura de los pobres.

<sup>106</sup> Cfr. DUSSEL, *op. cit.*

## LOS DISTINTOS ENFOQUES DE LOS GRANDES PROBLEMAS DE LA BIOÉTICA

Clemente VALDÉS S.

Mi propósito en este artículo es hacer una presentación inicial de los distintos enfoques con los que se abordan algunos de los problemas más debatidos en el campo de la bioética.

El asunto tiene que ver directamente con los temas más controvertidos sobre la vida y la libertad en las sociedades contemporáneas: el aborto, la muerte asistida, la unión o el registro oficial de convivencia de personas del mismo sexo, la reproducción asistida, la sexualidad en general y otros temas que dividen las opiniones en las sociedades, acaban con relaciones de amistad y, en ocasiones, llegan a separar a personas de la misma familia.

Cuando hablo de enfoques no me refiero a las opiniones opuestas sobre los problemas concretos, sino a las distintas posiciones a partir de las cuales pueden verse tales problemas. Es decir, las distintas maneras de acercarse a estos temas. Quizás lo más conveniente para precisar a qué me refiero, es mencionar algunos de estos enfoques.

El enfoque democrático, que podría describirse como aquel que busca resolver los problemas de la bioética a partir de la opinión de la mayoría. El de la prioridad del bien común, es decir, las cuestiones de la bioética deben resolverse de acuerdo con lo que sea más conveniente para la sociedad. El enfoque de la prioridad de la vida humana, según el cual, con distintas variantes, la vida de los seres humanos, su preservación y su mantenimiento, es lo más importante en muchos o en todos los problemas que presenta la bioética, y no puede subordinarse a los deseos o los intereses de la sociedad, ni al bien común o al bienestar de la sociedad, ni a la voluntad de la ma-

yoría. El enfoque de la libertad individual, de acuerdo con el cual los seres humanos pueden hacer lo que quieran con su vida y con su cuerpo en tanto no causen un daño directo a otros seres humanos.

Hay muchos otros enfoques: el de la tradición de los pueblos, o más bien, el de la tradición de cada pueblo, que es un criterio necesariamente localista, que se expresaría diciendo que las cuestiones de la bioética deben decidirse de acuerdo con las tradiciones heredadas en cada sociedad y de acuerdo con las costumbres particulares de las distintas sociedades humanas; los enfoques religiosos, que responden a las creencias y los mandatos contenidos en los documentos básicos de las distintas religiones y a las interpretaciones obligatorias en cada una de ellas; el de la prioridad del Estado, de la nación o de la raza. Algunos de los enfoques resultan bastante extraños en la actualidad, por ejemplo, los que establecen criterios diferentes, según las creencias, la nacionalidad, o la religión de los individuos que tengan que ver con un problema concreto o, más aún, según si los interesados o los afectados pertenezcan al grupo de los buenos y los escogidos o al grupo de los malos y los réprobos.

Naturalmente no voy a referirme a todos los enfoques existentes, sino solamente a algunos de los más importantes, por ser los más invocados en las discusiones sobre los distintos temas de la bioética.

Casi no es necesario hacer notar que en los argumentos de las discusiones sobre los problemas de la bioética, con mucha frecuencia se mezclan razones que son o pueden ser parte de varios enfoques o criterios distintos. Así por ejemplo, el enfoque de la democracia se usa, en ocasiones, junto con el enfoque del bien común, el enfoque de la libertad individual se presenta como un aspecto de la felicidad social, y el enfoque de la prioridad del Estado con frecuencia se usa mezclándolo con el criterio del bienestar de la sociedad, como si ésta fuera lo mismo que el Estado imaginario. Pero en otras ocasiones los criterios o los enfoques se desechan unos por los otros y se establecen prioridades con las que se pretende declarar cuáles criterios deben estar por encima de los otros, según convenga a los propósitos de quien los expone.

Espero que estas ideas sirvan para disminuir la distancia que existe entre distintas posiciones pero, si no fuera así, al menos, tal vez, pueden ayudar a que la discusión de los grandes temas de la bioética se lleve a cabo de una manera más seria y más informada sobre el

fondo en el que se asientan y a partir del cual se desarrollan los distintos argumentos, lo cual, entre otras cosas, puede servir para revisar la coherencia lógica de las argumentaciones propias.

En las cuestiones que se refieren a la salud, a la muerte, al aborto, al trasplante de órganos, a la reproducción, al uso de la sangre, y en forma muy importante a la sexualidad, algunas personas además de vivir de acuerdo con sus ideas (que es algo que generalmente no hace la mayoría), se sienten obligadas a difundir sus opiniones o sus creencias, a llevar a cabo todo tipo de manifestaciones públicas a favor de ellas, a procurar y a veces a imponer por la fuerza sus ideas a los demás, a luchar en forma violenta y, a veces, a acabar con la vida propia o la vida de otros —en ocasiones la vida de sus propios hijos— para apoyar su punto de vista.

1. El 25 de febrero de 1975, la Corte Constitucional alemana dictó su resolución en un juicio promovido por 193 miembros de la dieta federal y por los gobiernos de cinco Laender, es decir, cinco de los estados federados. El juicio constitucional había sido iniciado originalmente por el estado de Baden-Württemberg en contra de una reforma por la cual se establecía que los abortos llevados a cabo voluntariamente después de doce semanas de embarazo no se penalizaban, siempre y cuando hubiera una certificación médica suficiente de que existía un peligro para la vida de la madre o un grave daño a su salud, o un peligro o un daño irreversible para el no nacido.

La resolución final de la Corte Constitucional alemana nulificó la sección reformada del código penal diciendo que la reforma que despenalizaba los abortos voluntarios, en esos casos, era contraria a la Constitución de la República Federal Alemana.

En su resolución, la Corte citada hace notar primeramente que el tema del aborto *“ha sido discutido públicamente por décadas y desde varios puntos de vista”*. *“De hecho —dice—, este fenómeno de la vida social da lugar a diversos problemas de naturaleza biológica, antropológica, médica, psicológica, social y sobre todo de tipo ético y teológico-moral”*.

La Constitución de la que era entonces la República Federal Alemana, en su artículo 2o., párrafo segundo, primera frase, dice: *“toda persona tiene el derecho a la vida”*. *“Esta afirmación del valor fundamental de la vida humana puede ser explicada, dice la Corte en su*

resolución, principalmente como una reacción a la idea del nazismo que postulaba *La destrucción de la vida sin valor*, y la llamada *Solución final*, para acabar con los judíos”.

A continuación la Corte declara: “*la vida, en el sentido del desarrollo de la existencia de un individuo humano, en cualquier caso comienza, de acuerdo con los descubrimientos biológicos y fisiológicos, el decimocuarto día después de la concepción*”, y agrega después que, si bien la libertad de la mujer embarazada debe también ser reconocida y protegida, “*este derecho no se da sin limitaciones, pues el derecho de otros, el orden constitucional y la ley moral la limitan*”. ¿Cuál es esta ley moral? Jean Rivero, el gran profesor de la Universidad de París, al comentar la resolución del Consejo Constitucional Francés que un mes antes, el 15 de enero de 1975, se había negado a revisar la ley francesa recientemente aprobada por el Parlamento relativa a la interrupción voluntaria del embarazo con una serie de limitaciones, por la posible contradicción con el artículo segundo de la Convención Europea de los Derechos Humanos, dice: “*le guste o no le guste a alguien, en la base de nuestro sistema jurídico hay una ética judeo-cristiana, nacida del antiguo testamento y de los evangelios*”.<sup>1</sup>

En la resolución de la Corte Constitucional Alemana se hace una declaración muy seria: “*es imposible —dice— conciliar la garantía de la protección de la vida del nasciturus y conceder a la mujer embarazada la libertad de terminar su embarazo, porque la terminación del embarazo siempre significa la destrucción de la vida prenatal*” y, poco después, agrega algo igualmente importante: “*El Estado —señala— no puede evadir su responsabilidad absteniéndose de hacer una valuación y dejar la decisión a la responsabilidad propia de la madre*”.

Independientemente de que veamos un poco más adelante los votos particulares en contra de algunos de los jueces de la Corte Constitucional Alemana, es conveniente empezar por señalar que el enfoque en la resolución de dicha Corte se apoya en una premisa: la vida humana del feto. Si bien el texto de la resolución no dice que el feto

<sup>1</sup> (1975) A.J.D.A.IIJur.134, nota del profesor J. Rivero de la Universidad de París, en *L'Actualité Juridique du Droit Administratif*.

sea una persona, sí habla de “*la vida en el sentido del desarrollo de la existencia de un individuo humano*”. Es decir, se refiere a una vida en desarrollo, de lo cual naturalmente podrían sacarse distintas conclusiones sobre si quiso decir que el feto es o no es una persona, pero lo que no deja lugar a dudas es que lo que se intenta proteger en esa resolución es la vida. En esta declaración, que es la premisa mayor de toda la resolución, hay algo categórico: esa vida, en el sentido del desarrollo de la existencia de un individuo humano, comienza el decimocuarto día después de la concepción, y para apoyar esta última conclusión se invocan “*los descubrimientos biológicos y fisiológicos*”, es decir los descubrimientos de la ciencia.

2. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en su resolución del caso *Roe v. Wade*, parte de un enfoque diferente.

En el caso citado la Suprema Corte de los Estados Unidos empieza por hacer una referencia a las diferentes ideas sobre la penalización o no penalización del aborto en diferentes lugares, en distintas épocas, desde el pensamiento griego antes de la era cristiana, mencionando la opinión de Platón en la República,<sup>2</sup> que recomendaba que el gobierno de la ciudad impidiera el nacimiento del fruto de las uniones ilegítimas, por no tener los progenitores la edad adecuada o por relación de parentesco de ascendencia o descendencia directa, y la opinión de Pitágoras que sostenía que la vida se iniciaba desde el momento en que el semen del hombre se reunía con los fluidos de la mujer, e inmediatamente después hace una larga reseña histórica de las distintas teorías sobre el comienzo de la vida humana, en la cual destaca la idea de Aristóteles, de San Agustín,<sup>3</sup> de Galeno, que en tres de sus escritos relacionados con la embriología aceptaba el pensamiento de Aristóteles y sus seguidores respecto a la afirmación que el feto se animaba, es decir tenía vida, a los cuarenta días después de la concepción, si el feto era de varón y a los ochenta días si se trataba de un feto femenino; la idea de Bracton, según la cual “*quickening is the critical point*”, es decir, el movimiento “*dentro de la madre*” es el punto crítico con el que empieza la vida.

<sup>2</sup> PLATÓN, *La República*, Libro V, núm. 461.

<sup>3</sup> SAN AGUSTÍN, *De origine animae* 4.4.

La diferencia inicial en el enfoque de la Suprema Corte de los Estados Unidos respecto de la Resolución de la Corte Constitucional Alemana, es que la primera, después de citar las antiguas teorías y las diferentes opiniones de biólogos y fisiólogos desde mediados del siglo XIX y las muchísimas opiniones divergentes que se presentaron por parte de asociaciones de biólogos, médicos, químicos, teólogos de diferentes denominaciones y filósofos de distintas escuelas que hicieron llegar a la Corte norteamericana sus puntos de vista, ésta concluye su planteamiento inicial señalando la gran discrepancia que existe en las opiniones sobre cuándo empieza la vida, diciendo: *“cuando aquellos entrenados en las respectivas disciplinas de medicina, filosofía y teología, son incapaces de llegar a ningún acuerdo, el órgano judicial, hasta el momento del desarrollo actual del conocimiento humano, no está en posición de hacer especulaciones sobre cuál es la respuesta”*.<sup>4</sup>

Como se ve en las transcripciones ya mencionadas en el punto 1, en su resolución la Corte Constitucional Alemana manifiesta su respeto por la libertad de la mujer embarazada, pero categóricamente declara que esa libertad está subordinada a la vida en desarrollo del individuo humano.

El enfoque de la Suprema Corte de los Estados Unidos es muy distinto; pues parte de que no es posible saber con precisión cuándo se inicia la vida del feto, pero reconociendo el legítimo interés de la legislación estatal en protegerla desde el momento en que el feto tiene la posibilidad de vivir fuera de la matriz de la madre, dice: *“es perfectamente justificado y lógico que un estado imponga reglas para proteger la vida fetal a partir de que el feto pueda sobrevivir fuera del seno materno, ya que en esa etapa únicamente podría ser justificable el aborto cuando es absolutamente necesario para preservar la vida o la salud de la madre”*; pero agrega: *“la protección de los derechos personales fundamentales que están implícitos en el concepto de libertad deben comprender la decisión de la madre sobre la terminación o no terminación anticipada de su embarazo. Un estado de la unión no puede imponerse en detrimento de la mujer emba-*

<sup>4</sup> JANE ROE, *et al.*, Appellants, v. Henry Wade 410-159 Argued December 13, 1971. Reargued October 11, 1972. Decided January 22, 1973.

*razada negando su derecho obvio a escoger. La maternidad puede imponer sobre la mujer una vida y un futuro de gran dolor y sufrimiento. El daño psicológico puede ser inminente. La salud física y mental pueden estar en riesgo por el cuidado de un hijo. Junto con esto también está el dolor y sufrimiento para todos aquellos relacionados con un hijo no deseado y el problema de traer un niño a una familia que es incapaz por razones psicológicas o de otro tipo de hacerse cargo de él. Además de las dificultades adicionales, en otros casos, y el estigma de la madre soltera”*.<sup>5</sup>

La resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos pone el énfasis en la libertad de la madre, aunque establece serias limitaciones:

*“El apelante y algunas de las personas y asociaciones que han rendido su opinión como amigos de la Corte alegan que el derecho de la mujer es absoluto y que ella está facultada para terminar su embarazo en cualquier tiempo, de cualquier manera y por cualquier razón que ella escoja. No estamos de acuerdo con esto ... las decisiones de la Corte que reconocen un derecho a la privacidad (como derechos personales fundamentales o implícitos en el concepto de libertad) reconocen también que la regulación de estas áreas protegidas por ese derecho es necesaria. Un Estado puede con toda propiedad afirmar intereses importantes en la salvaguarda de la salud y en la protección de la vida potencial tal como se ha señalado anteriormente”*.

*“La parte apelada y otros amigos de la corte, explica la resolución (con posiciones bien diferentes de los amigos citados en el párrafo precedente), alegan que el feto es una “persona”. Si así fuera, el derecho del apelante, desde luego, caería de inmediato, porque el derecho del feto a la vida estaría entonces garantizado específicamente por la Enmienda Catorce. Todo parece indicar que ninguna de las tres referencias a la “persona” contenidas en la sección primera de dicha enmienda ni las que aparecen en la cláusula del debido proceso legal y en la cláusula de la igual protección de las leyes, así como todas las referencias a “persona” usadas en muchas otras partes de la Constitución, ninguna indica que la palabra “persona” incluya al no nacido”*.

<sup>5</sup> VIII 410 US 153 (18).

Para concluir provisionalmente con estos primeros enfoques de los problemas de la bioética, diferentes y opuestos, y a reserva de volver sobre algunos puntos, es conveniente destacar las opiniones de los jueces que, en ambos casos, votaron en contra de la opinión de la mayoría.

Al dictarse la opinión de la Corte Constitucional Alemana votaron en contra tres de los jueces que integraban dicha corte, aunque uno de ellos, el juez Haager, no expresó su voto particular. Los jueces Rupp-v. Brünneck y Dr. Simon, que sí expresaron su opinión en contra de la opinión de la mayoría, sostenían, igual que los jueces que integraban la mayoría, que *“la vida de cualquier ser humano es, desde luego, un valor central del orden legal”*, y no objetaban la afirmación de la mayoría que decía que *“la vida, en el sentido del desarrollo de la existencia de un individuo humano, en cualquier caso comienza ...el decimocuarto día después de la concepción”*. Su opinión es un enfoque que tiene que ver con algo diferente, concretamente con la cuestión de si el propósito de la protección a esa vida en desarrollo después de los catorce días, sin que exista un peligro para la vida de la madre o un grave daño a su salud, o un peligro o un daño irreversible para el no nacido, se logra de la mejor manera encarcelando a la madre. La parte central de su opinión dice: *“la decisión (sobre cómo debe protegerse la vida en su etapa preliminar antes del nacimiento) es responsabilidad del legislador. Bajo ninguna circunstancia puede deducirse de la Constitución que el gobierno está obligado a someter la terminación voluntaria del embarazo en cualquier etapa, al castigo penal”* y agrega en el siguiente párrafo: *“el legislador alemán —igual que en otros países occidentales civilizados— le ha dado prioridad a las medidas sociales y políticas sobre las ampliamente inefectivas sanciones penales”*.

En el desarrollo de su opinión en contra de la mayoría, los dos jueces disidentes citados señalaban: *“para lograr detener la epidemia de abortos que no solamente es un objetivo socialmente deseable, sino también algo que se requiere urgentemente con el fin de proteger mejor la vida y restablecer la credibilidad del orden legal ...en vista del fracaso de la sanción penal para lograr esos objetivos está abierto al legislador establecer medios más adecuados tomando en cuenta que el punto decisivo es hacer más fácil para la madre llevar a término el embarazo usando medidas preventivas psicológi-*

*cas, económicas y sociales, a fin de apoyarla para fortalecer la disposición de las mujeres a evitar el aborto a través de una mejor información sobre el uso de métodos anticonceptivos y la asistencia necesaria que le ofrezca a ella una salida a sus dificultades. Si esto no se puede hacer, entonces el castigo penal no es sino una excusa o una disculpa por la falta de una ayuda efectiva; es poner la carga de la responsabilidad social sobre los miembros más débiles de la sociedad ...la Corte Constitucional no puede forzar al legislador a utilizar el poder de castigar como el medio más poderoso de la presión gubernamental para compensar con una sanción penal el incumplimiento de la República de sus deberes sociales. Esto no es la función del derecho penal en un Estado social orientado hacia la libertad”*.

La resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Roe v. Wade, tuvo el voto en contra del juez White, apoyado por el juez Rehnquist. La parte medular de la opinión del juez White en contra de la opinión de la mayoría, es la siguiente:

*“En el fondo de la controversia en estos casos están esos embarazos que no presentan ningún peligro para la vida o la salud de la madre, pero que no son deseados por alguna o varias razones: conveniencia, planificación familiar, carencias económicas, falta de gusto por los niños, vergüenza de la ilegitimidad, etc. Las demandas que tenemos ante nosotros tienen algo en común, que por cualquiera de esas razones, o sin ninguna razón, y sin invocar o sostener que exista ninguna amenaza a la vida o a la salud, cualquier mujer tiene derecho a que se le practique un aborto si encuentra un consejero médico dispuesto a llevar a cabo el procedimiento. La Corte en su mayor parte sostiene esta posición. ...Con el debido respeto, estoy en desacuerdo. No encuentro nada en el lenguaje ni en la historia de la Constitución que respalde estas decisiones. La Corte simplemente forma y anuncia un nuevo derecho para las mujeres embarazadas y, con escasa razón o autoridad para esto, confiere a ese derecho un peso suficiente para dejar sin efecto la mayor parte de las leyes sobre el aborto existentes en los Estados. El resultado final es que el pueblo y las legislaturas de los cincuenta Estados no tienen facultades para sopesar la importancia relativa de la existencia y el desarrollo del feto, por una parte; en contra del espectro de los posibles impactos que esto tenga sobre la madre. ...La Corte aparentemente valúa en más la conveniencia de la mujer embarazada que la existencia continuada y el desarrollo de la vida o de la vida en potencia que*

*lleva en su seno. Esté o no esté yo de acuerdo con esa manera de ordenar los valores, no puedo de ninguna manera compartir el juicio de la Corte, porque no encuentro base constitucional para imponer ese orden de prioridades sobre el pueblo y las legislaturas de los Estados. No puedo aceptar que la Corte tenga el poder de decidir interponiendo una barrera constitucional a los esfuerzos estatales de proteger la vida humana e invertir a las mujeres y a los médicos con un derecho constitucionalmente protegido para exterminar esa vida. Esta cuestión, en su mayor parte, debe ser dejada al pueblo y a los procesos políticos que el pueblo ha inventado para gobernar sus asuntos".<sup>6</sup>*

3. Un tercer enfoque, particularmente interesante, surge de la idea de la existencia de un orden o un conjunto de reglas que están por encima de las leyes civiles. De alguna manera este enfoque está emparentado con la muy conocida y muy equivocada cita de sir Edward Coke, como presidente de la corte de *common law* en Londres en el caso del Dr. Bonham, resuelto en 1610, en donde éste expresó que las leyes del Parlamento que fueran contrarias al "*derecho común y a la razón serían declaradas nulas por el common law*", si bien en el mismo periodo y de acuerdo con sus necesidades políticas el mismo Coke, siendo presidente de dicha corte expresó frases en las que sostenía lo contrario<sup>7</sup> y posteriormente como miembro del Parlamento sostuvo la supremacía total del Parlamento sobre cualquier corte o tribunal.<sup>8</sup>

La idea, en síntesis, es que las leyes civiles y la Constitución civil están sujetas a una idea general de lo que es justo o correcto. Para algunos, estas reglas que están por encima de la Constitución y las leyes, son simplemente las reglas de la congruencia y de la equidad, así como su finalidad o sus objetivos, es decir: la protección o la seguridad de los seres humanos, el aseguramiento de sus libertades fundamentales y el bienestar general de la población. Para otros se trata de la justicia a la cual debe estar sujeto el derecho. Pero la manifestación más interesante tiene que ver con la idea de que las leyes y aun las constituciones deben interpretarse comparándolas con la

<sup>6</sup> Énfasis añadido para destacar lo que yo llamo el enfoque democrático.

<sup>7</sup> J. A. JOLOWICZ, *Fundamental Guarantees in Civil Litigation*, Milán, Dott. A. Giuffrè editore, Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1973, p. 131.

<sup>8</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 156.

tradición y las costumbres existentes para ver si son acordes con éstas y con las reglas contenidas en códigos o libros sagrados y en la interpretación que de ellas hagan aquellos encargados de descifrar su significado.

Desde hace cientos de años, en casi todos los países islámicos, como una costumbre tradicional, se practica en las niñas la clitoridectomía, que tiene como propósito impedir el desarrollo del deseo sexual de las niñas y asegurar así su buen comportamiento. Según los estudios de organizaciones médicas, en los últimos 20 años se ha incrementado el número de madres que mutilan los órganos genitales de sus hijas, como una manera de manifestar su vinculación al Islam. En 1996 el Ministerio de Salud en Egipto prohibió a médicos y enfermeras realizar tales intervenciones aun cuando fueran solicitadas por los padres; anteriormente la prohibición se les había hecho únicamente a los barberos y a las parteras sin título profesional, por los riesgos de llevar a cabo una intervención de ese tipo sin las condiciones de higiene necesarias.

Aunque en el código penal vigente en Egipto se prohíbe expresamente la mutilación del cuerpo femenino, salvo por razones médicas, la discusión sobre la orden del ministerio de salud a los médicos y personal sanitario giró en torno a la existencia de esa costumbre como una tradición de la sociedad islámica y, finalmente, sobre si la prohibición de la ley civil, en este caso del código penal, era acorde con los mandatos de la ley suprema, es decir si esa tradición era acorde o no con las reglas del Corán, a cuyas reglas deben estar sujetas todas las leyes civiles.

La demanda contra el ministerio egipcio de Salud, fue presentada por el jeque Youssef Al Badry, líder musulmán, ante la Suprema Corte Administrativa en El Cairo. En sus alegatos su abogado invocó un argumento muy peculiar: "*el profeta no prohibió nunca la ablación (de los genitales femeninos) y, por lo tanto, la ley no debe prohibirla*". La Corte también se fundó en los principios del Corán y finalmente resolvió que las disposiciones del código penal eran válidas y la orden del ministerio de Salud era correcta porque la clitoridectomía *no es un dictado que aparezca en los libros del Islam*.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Énfasis añadido.

*mismas cosas*".<sup>11</sup> El interés superior es el interés del Estado. En ese Estado los gobernantes serán los salvadores y los defensores del pueblo, "*guardadores del mismo rebaño*",<sup>12</sup> la idea y la proposición se justificarían en que los gobernantes deben ser los más sabios, los filósofos, "*de suerte —dice Platón— que la autoridad pública y la filosofía se encuentren juntas en el mismo sujeto*".<sup>13</sup> Este es el Estado perfecto.

4. Un enfoque distinto, más profundo que los anteriores, se refiere a algo que no se limita al punto de vista jurídico, es decir no se reduce a ver que es lo que dicen las constituciones y las leyes, ni se limita al tema del aborto; su alcance llega a todos los temas de la bioética y tiene relación con el derecho familiar y con muchos de los temas del derecho penal. No se trata simplemente de buscar y aplicar qué es lo que dicen las constituciones y las leyes o de cómo debe interpretarse lo que dicen, sino de la pregunta ¿hasta dónde llega y hasta dónde debe llegar el poder del gobierno, respecto de la libertad y la vida de los seres humanos?

Una primera posición es la que sostiene que la comunidad política, eso que llamamos el Estado, debe estar por encima de cualquiera de las libertades de los individuos que forman esa comunidad y, por lo tanto, el gobierno puede suprimir totalmente cualquiera de las libertades de los particulares o puede limitar como lo considere conveniente dichas libertades, en tanto la supresión o la limitación sean convenientes para la comunidad política organizada, de acuerdo con el criterio de los hombres del gobierno. Esta posición parte de la concepción de que la comunidad, el llamado Estado, es decir, los intereses generales, comunes del grupo, son, con mucho, más importantes que la vida y las libertades de los individuos.

En la *Politeia*, que es el nombre original del libro de Platón que en español se conoce como *La República*, y que es la obra que Platón dedica a la cosa pública, es decir al ente público superior, la idea se presenta en principio de una manera muy razonable, que podría calificarse de seductora. Se trata, hasta donde yo sé, de la más antigua de las exposiciones racionales filosóficas de la teoría totalitaria del Estado. En el estado ideal, dice Platón, "*todos sus miembros no constituirán más que un solo hombre ... cuando un particular experimente algo bueno o malo, todo el Estado lo sentirá y lo compartirá y, por lo tanto, según el caso, se regocijará y se afligirá con él*<sup>10</sup> ... nuestros ciudadanos participarán, por consiguiente en común, de los intereses de cada particular que mirarán como suyos personales, y en virtud de esta unión se regocijarán y se afligirán todos por unas

*"En ese Estado los gobernantes tratarán bondadosamente a los habitantes como miembros de un rebaño querido, pero para lograr ese estado hay que tener presente que las libertades de los individuos no tienen ninguna importancia. El estado debe primeramente formar guerreros y para que esos guerreros estén totalmente identificados entre sí hay que evitar los intereses personales, las posesiones individuales. Los guerreros, como todo el resto de la población, son hermanos, "no deben tener en propiedad ni casas, ni tierras, ni posesiones, todos impedirán que se divida el estado, lo cual sucedería si cada uno de ellos dijese respecto a los mismos objetos que eran suyos y cada uno tuviese aparte sus mujeres y sus hijos, luego pues la comunidad de mujeres y de hijos es la causa del mayor bien para ese estado"*.<sup>14</sup>

Dentro de esta concepción la intervención del Estado en las libertades individuales es completa. No es cosa de obstaculizar los intereses del Estado por minucias como puedan ser los sentimientos, los gustos, las decisiones sobre quién va a cohabitar con quién. "*Las mujeres desde los veinte años darán hijos al Estado y los hombres desde que haya pasado el primer fuego de la juventud hasta los cincuenta y cinco años*". "*Habrà, pues que instituir fiestas donde reuniremos a los esposos futuros ... dejaremos a los magistrados el cuidado de arreglar el número de matrimonios a fin de que haya siempre el mismo número de ciudadanos para que nuestro estado no sea ni demasiado grande ni demasiado pequeño. Enseguida se sacaràn a la suerte las parejas, haciéndolo con tal maña que los súbditos inferiores achaquen a la fortuna y no a los magistrados lo que les ha*

<sup>11</sup> *Op. cit.*, Libro V, 464 a y b.

<sup>12</sup> *Ibidem*, Libro III, 415 d y 416.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Libro V, 473 y Libro VI, 499 b.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Libro V, 464 a, b, c y d.

<sup>10</sup> PLATÓN, *La República*. Libro V, 462e. Utilizo la versión en español de la 19a. ed. de la editorial EDAF, Madrid, 2001, la cual usa la traducción de Patricio de Azcárate.

correspondido<sup>15</sup> ... los magistrados llevarán al redil común los hijos de los mejores ciudadanos que habitarán en un cuartel separado del resto de la ciudad. En cuanto a los hijos de los súbditos inferiores, lo mismo que respecto de los que nazcan con alguna deformidad se los ocultará en algún sitio secreto que estará prohibido revelar. Es el medio de conservar en toda su pureza la mejor raza. Se conducirá a las madres al redil en la época que asoman la leche y se hará de modo que ninguna de ellas pueda reconocer a su hijo. La duración ordinaria de la virtud generadora es de 20 años para las mujeres y 30 para los hombres si antes o después del plazo ideal un ciudadano da hijos al Estado, le declararemos culpable de injusticia y de sacrilegio por haber engendrado un hijo, cuyo nacimiento es obra de tinieblas y de libertinaje.<sup>16</sup> Pero cuando ambos sexos hayan pasado la edad fijada por las leyes para dar hijos a la patria permitiremos a los hombres libertad de tener relaciones con las mujeres que les parezca, menos con sus abuelas, sus madres, sus hijas y sus nietas. Las mujeres tendrán la misma libertad con relación a los hombres. Pero esto no se les permitirá sino después de haberseles prevenido que no han de dar a luz a ningún fruto concebido mediante tal unión, y si a pesar de sus precauciones naciese alguno, deberán abandonarlo a la muerte porque el Estado no se encargará de alimentarle.<sup>17</sup> El mayor bien es el bien del Estado. El bien de todos es el gran bien y nos aleja de los grandes males. Así el Estado no incurrirá en el mayor mal que es la división, lo cual es hacer de una sola comunidad, muchas.<sup>18</sup>

Este enfoque de la superioridad de los intereses del bien común, que es el que deben decidir los hombres sabios, los filósofos, o los justos, que gobiernan el Estado, se planteaba en Grecia alrededor del año 350 antes de Cristo. Muchos años después, en la Unión Soviética, el Código Civil promulgado en 1922 establecía en la primera frase del artículo 1o.: "Las libertades o los derechos de los individuos están protegidos por la ley excepto en los casos en que se ejerciten contra sus propósitos sociales y económicos". Aunque el abor-

<sup>15</sup> *Ibidem*, Libro V, 460 a.

<sup>16</sup> *Ibidem*, Libro V, 461 a.

<sup>17</sup> *Ibidem*, Libro V, 461 c.

<sup>18</sup> *Ibidem*, Libro V, 462 b.

to en la Unión Soviética era legal desde 1920, en la década de 1930, al intensificarse la amenaza de guerra en Europa, Stalin prohibió las medidas anticonceptivas y el aborto, con el propósito explícito de aumentar el ritmo de crecimiento de la población para defender a la Unión Soviética. Adolfo Hitler, que no tenía ningún respeto ni por la vida ni por la libertad de los seres humanos, alemanes o extranjeros, estableció como una de las obligaciones de las mujeres alemanas tener hijos, no para su satisfacción maternal o familiar sino para contribuir a la gloria de la nación y al fortalecimiento de la raza alemana y, como consecuencia, prohibió el uso de anticonceptivos y decretó que casi cualquier aborto fuera considerado como un crimen grave,<sup>19</sup> pues eran "actos de sabotaje contra el futuro racial de Alemania".<sup>20</sup> En 1943, el gobierno del Tercer Reich, implantó la pena de muerte para quienes practicaran el aborto "por socavar la vitalidad del pueblo alemán".<sup>21</sup>

Con el propósito contrario, a finales del siglo XX, en la República Popular China, para disminuir el crecimiento demográfico, se decretó que, como regla general, las parejas únicamente podían tener un hijo. Para hacer efectiva la medida se debía recurrir al aborto o a la esterilización de manera obligatoria. En la misma República Popular China, hasta hace todavía veinte años la exhibición de imágenes o figuras eróticas y aun la simple posesión de esas imágenes era castigada con largas penas de prisión y con la flagelación pública.

La postergación de las libertades de los seres humanos respecto de los intereses del Estado y la imposición total de las ideas de los gobernantes sobre cómo deben los individuos manejar su libertad ha tenido, desde siempre, todo tipo de manifestaciones. En algunos lugares, las leyes, igual que lo proponía Platón, han ordenado el infanticidio para acabar con niños defectuosos. En otros, el asunto no ha sido únicamente la esterilización obligatoria, el aborto forzado o la muerte de recién nacidos, sino la prohibición de actos sexuales de distinto tipo, el castigo por ciertas abstenciones y la imposición

<sup>19</sup> Mauro CAPPELLETTI y William COHEN, *Comparative Constitutional Law, cases and materials*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1979, p. 611.

<sup>20</sup> *The New Encyclopaedia Britannica*, vol. 15, p. 118, Icaho, 1991.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

de conductas rituales y obligaciones en la vida diaria, estrictamente personal, de los seres humanos.

Vuelvo a la gran pregunta: ¿hasta dónde debe llegar el poder del Estado en el área de la libertad personal privada de los seres humanos, en lo que concierne a las cuestiones de su cuerpo, de su salud, de su sexualidad y de su vida? ¿Existen áreas y conductas de los individuos que deben estar más allá del alcance del poder del gobierno y más allá del poder del pueblo o de la sociedad de la cual decimos que el gobierno es únicamente su representante? El problema no son las cuestiones teóricas sino los problemas reales, concretos, en una sociedad.

Las expresiones que se reducen a señalar qué debe distinguirse entre lo que es bueno y lo que es malo y entre lo que es la libertad y lo que no debe llamarse libertad, no nos solucionan el problema; pues la cuestión en todos los casos es ¿qué es lo que debe prohibirse y por qué?, y ¿qué es lo que debe permitirse por no ser parte de las funciones del Estado, pues corresponde a la esfera propia personal de los seres humanos? La expresión que se reduce a señalar que una cosa es la libertad y otra el libertinaje, no nos lleva muy lejos, pues de lo que se trata es de saber y decidir hasta dónde debe llegar la libertad, o bien dónde termina la libertad y dónde empieza el libertinaje. La distinción en los nombres no nos resuelve el problema, pues simplemente significa: "hay que distinguir entre lo que se debe y lo que no se debe hacer", pero sin decirnos cómo se puede hacer tal distinción. El problema central es: ¿con base en qué podemos decidir entre lo que se debe y lo que no se debe hacer en estas materias?

Voy a tratar de presentar la complejidad del problema y las contradicciones a las cuales nos enfrentamos, con algunos ejemplos.

Frente a la posición que sostiene que el Estado puede legítimamente imponer las limitaciones que juzgue necesarias a las libertades o los derechos individuales, incluyendo la educación de los hijos, como decía el artículo 10. del Código Civil de la Unión Soviética de 1922, o frente a la idea de Platón de que las decisiones sobre el cuidado y la vida de los hijos deben corresponder al Estado, nosotros sostenemos que todas las decisiones sobre la educación, el cuidado, la salud física y la salud espiritual de los hijos, especialmente en su relación con un ser supremo, corresponden a los padres, que son quienes tienen el derecho de decidir por sus hijos, por lo menos en la

etapa en que esos hijos lo permitan más o menos de buena gana, que es precisamente la etapa que determina casi siempre su manera de ser y de pensar en su vida futura.

A diferencia de los grupos religiosos teocráticos, como son la mayoría de los grupos que se identifican con el Islam y algunos Estados modernos que establecen desde sus textos constitucionales su identificación con distintas religiones, los Testigos de Jehová mantienen una completa separación respecto de los gobiernos de todos los países en los que viven. Las estadísticas indican que actualmente su afiliación asciende a varios millones en el mundo. Basándose en muchas de las menciones que se hacen en el antiguo testamento de la Biblia sobre la prohibición de derramar la sangre de los animales y en el nuevo testamento, concretamente en los Hechos de los Apóstoles, capítulo 15, versículo 20, de abstenerse de la sangre, una de sus creencias más importantes es su oposición a las transfusiones sanguíneas, aun a costa de la vida propia y la vida de sus hijos. La Iglesia de la Ciencia Cristiana, que originalmente se llama en inglés *The First Church of Christ Scientist*, parte de la idea de que siendo Dios todopoderoso, omnipresente y omnisapiente y de que por lo tanto nadie sana, ni nadie muere, si no es porque el mismo Dios, concretamente Cristo, que es el único que posee la verdadera ciencia así lo determina en sus designios inescrutables, rechazan por consecuencia los servicios médicos y dejan que sus hijos y familiares sanen o mueran sin ninguna asistencia de la ciencia médica humana, sólo con el apoyo de la oración. Para los fieles que obedecen los mandatos de esa Iglesia, todo auxilio de la ciencia médica humana es una falta de fe en Dios y de confianza en su providencia divina y debe, por lo tanto, ser rechazado.

¿Deben los gobiernos pasar por encima de las libertades o los derechos de los fieles de esas iglesias obligando a los miembros adultos de esas confesiones a aceptar transfusiones sanguíneas y servicios médicos humanos para ellos y para sus hijos, contra su voluntad y contra su fe? ¿Debe obligárseles a hacerlo únicamente respecto de sus hijos que no tengan uso de razón o también respecto de los mismos adultos? ¿Pueden los gobiernos legítimamente obligar a recibir tratamiento médico a una persona que en uso total de sus facultades mentales no quiere recibirlo? ¿Por qué? ¿Para que esa persona sirva a la patria, para que siga cumpliendo con su obligación de pagar

impuestos, para complacer a la sociedad o para que se vaya al cielo, aunque él crea que con tal acción, si no lucha con todas sus fuerzas contra ese intento, va a ir sin duda alguna al infierno?

5. El último enfoque que quiero únicamente presentar, para no fastidiar a los lectores, es el de la regla democrática o regla de la mayoría, que se expresaría de una manera general diciendo que las cuestiones concernientes a cuál debe ser el alcance de la libertad de cada persona, en lo que toca a las decisiones sobre su propio cuerpo, su sexualidad, su vida y su salud, deben ser fijadas democráticamente.

Este enfoque tiene dos manifestaciones: una es que los límites y las prohibiciones deben establecerlas los representantes que la mayoría elige precisamente para hacer las leyes. En el caso *Roe v. Wade* la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que la ley penal del estado de Texas que penalizaba los abortos, *excepto únicamente aquellos que se llevaran a cabo para salvar la vida de la madre, sin considerar la etapa del embarazo y sin reconocer los otros intereses involucrados* (principalmente los intereses de la madre) violaba la *Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda Catorce*, y por lo tanto dicha ley en ese punto era inconstitucional. Pero en su voto, en contra de la resolución dictada por la mayoría de sus colegas, el juez White invocaba precisamente la regla democrática: *“El resultado final según la resolución —decía el juez White en su voto— es que el pueblo y las legislaturas de los cincuenta estados no tendrían constitucionalmente facultades para sopesar la importancia relativa de la existencia y el desarrollo del feto, en contra del espectro de los posibles impactos que esto tenga sobre la madre. ... Esta cuestión, en su mayor parte, debe dejarse al pueblo y a las legislaturas de los estados, como representantes del pueblo.*

Es oportuno hacer notar que la regla o el enfoque democrático es también contrario a la resolución de la Corte Constitucional Alemana de febrero de 1975, por la cual se dejaron sin efecto reformas hechas al Código Penal por legisladores federales, representantes del pueblo alemán, electos democráticamente, en las cuales despenalizaban los abortos voluntarios bajo ciertas condiciones.

Este enfoque tiene otra manifestación aún más interesante: la regla democrática o regla de la mayoría —se dice— no puede dejarse libremente a la decisión de los legisladores; la decisión sobre los

límites a las libertades de los individuos, en lo que toca a su persona, su salud, su sexualidad, su cuerpo y su vida, debe hacerse por la mayoría de la sociedad, por el pueblo, por la comunidad, sea que los legisladores establezcan tales límites basándose puntualmente en las creencias o las opiniones de la mayoría de la sociedad, o que las leyes en esas materias sean aprobadas por los líderes de opinión reconocidos, o bien que la población directamente, a través de plebiscito o referéndum, lo cual es más confiable, apruebe las reglas en estas materias.

En mi opinión, la gran dificultad es que no existen respuestas satisfactorias generales para los diferentes temas y, en algunos casos, ni siquiera principios que sirvan bien para una sola de las áreas. ¿Deben los seres humanos adultos disponer libremente, sin restricción alguna, de su cuerpo y de todas las partes del mismo? ¿De su sangre, sí; pero de sus órganos, no? ¿De sus órganos, sí; pero de su vida, no? ¿De esto podemos desprender algún principio general como sería que el dominio sobre algunas partes, o sobre la totalidad del cuerpo y la vida propia, no le pertenece al individuo, sino a la mayoría de la comunidad en la que vive, o bien a los órganos de gobierno que, de acuerdo con la regla democrática, representan a la mayoría?

Y entonces, como en algunas de las tragedias griegas y en el drama de la vida y la muerte de Sócrates, llegamos al fondo del viejo conflicto entre los intereses de los individuos y los intereses de la mayoría, entre los gustos de los individuos y los gustos de la mayoría, entre las creencias y las opiniones de los individuos y las creencias y las opiniones de la mayoría. Esto es, llegamos al conflicto inevitable entre la libertad y la democracia.

## SECCIÓN MONOGRÁFICA

### A 200 AÑOS DE LA CODIFICACIÓN NAPOLEÓNICA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

*A Paolo Grossi, maestro*

Resulta muy significativo que sea la Escuela Libre de Derecho una de las dos instituciones en la Ciudad de México que hayan decidido organizar sendos ciclos de conferencias para conmemorar la promulgación, hace exactamente doscientos años, del primer Código moderno: el *Code Civil* de los franceses, conocido muy pronto como *Código de Napoleón*. La organización de ambos eventos ha sido anunciada por bellos carteles difundidos en los muros de los principales edificios que, por una u otra razón, albergan la vida del derecho en la ciudad: tribunales, escuelas y facultades, registros y procuradurías. La fecha no podía ser olvidada fácilmente, entre otras razones, porque coincide con un aniversario más del nacimiento del Benemérito de las Américas. En efecto, el 21 de marzo de 1804, el Primer Cónsul Napoleón Bonaparte promulgó en un solo libro el conjunto de varias leyes civiles que había promulgado en forma independiente años atrás, y que habían sido elaboradas por una comisión integrada desde 1800 por los nombres inolvidables de Portalis, Tronchet, Bigot du Preameneu y Malleville, presididos por él que muy pronto se coronaría a sí mismo Emperador. Nombres que ahora cualquiera puede recordar junto a los restos mortales de éste en su tumba localizada en los Inválidos de París. Y si la Suprema Corte de Justicia ha tenido sus razones para conmemorar un hecho que en palabras de Paolo Grossi debe ser considerado como “la más colosal operación de política del derecho en todo el arco de la historia jurídica occidental”, a

la Escuela Libre le corresponde hacerlo por la razón de que a lo largo de su historia algunos de sus egresados han intervenido en la elaboración de diversos códigos —civiles, penales, procesales o de otras materias, tanto federales como locales— comenzando con su primer Rector Honorario, el abogado Luis Méndez (Campeche, 1832-México, 1916), uno de los miembros de la primera comisión revisora del proyecto de Código Civil presentado al gobierno de Juárez por Justo Sierra O'Reilly (Tixcacaltuyú, 1814-Mérida, 1861), misma comisión que más tarde elaboró el *Código Civil del Imperio* promulgado parcialmente por el emperador Maximiliano a partir de 1865. Pero esto es parte de una historia que el próximo jueves, en la segunda mesa instalada para reflexionar sobre el tema de la codificación, les contará el licenciado Francisco de Icaza.

A mí me corresponde referirme en general al significado actual de la codificación moderna —sea civil, penal o de cualquier otra disciplina— en el conjunto de las grandes y graves transformaciones que está sufriendo el derecho, particularmente la ciencia jurídica y su enseñanza, al comenzar el siglo XXI. Estoy bien consciente de que mis reflexiones son muy poco originales y provienen no de un jurista práctico, sino de un historiador del derecho cuya misión ha sido, desde hace años, precisamente cuestionar a los juristas prácticos; hoy se ofrece una oportunidad más, en el diálogo que habremos de entablar en estas mesas con maestros, condiscípulos y con ex alumnos convertidos ya en profesores de derecho civil.

En el ámbito de los estudios sobre la codificación moderna es imposible no referirse a los excelentes estudios de Francisco Tomás y Valiente,<sup>1</sup> Bartolomé Clavero,<sup>2</sup> Giovanni Tarello,<sup>3</sup> Enrique Gómez

<sup>1</sup> "La codificación, fenómeno europeo", en su *Manual de historia del derecho español*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1980, pp. 500-518. "La codificación, de utopía a técnica vulgarizada", en *Códigos y constituciones*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, pp. 111-124.

<sup>2</sup> "Codificación civil, revolución constitucional", en *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 61-128.

<sup>3</sup> *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Società editrice Il Mulino, 1976, y *Cultura jurídica y política del derecho*, México, FCE, 1995, pp. 39-122.

Arbolea,<sup>4</sup> Nicolò Lipari,<sup>5</sup> Manlio Bellomo,<sup>6</sup> y del mencionado profesor de la Universidad de Florencia, Paolo Grossi,<sup>7</sup> a quien tuvimos la suerte de escuchar en este mismo lugar apenas hace un año y quien acaba de estar entre nosotros en el mes de febrero. Sobre el tema de la descodificación y su "edad" tampoco nos son ajenas las ideas de Natalino Irti.<sup>8</sup> Es decir, mi conferencia ha de ser mejor entendida si se tiene en cuenta que su posible valor estriba en la reflexión que conlleva acerca de la relación entre codificación y realidad jurídica mexicana, pero siempre llevado de la mano con las ideas de éstos y otros autores, quienes realmente han puesto el dedo en la llaga en un tema que hace apenas treinta años era imposible reconocer, sobre todo en las aulas de esta Escuela, y todavía hoy no puede ser cabalmente entendido en la inmensa mayoría de las escuelas y facultades de derecho mexicanas: la precariedad del modelo codificador moderno.

Yo recuerdo, y creo que todos los presentes recordamos, que la lectura del libro de Manuel Borja Soriano acerca de las obligaciones<sup>9</sup> me dejó la impresión de que por alguna evidente razón el derecho acerca de las obligaciones había comenzado precisamente con el Código Civil de Napoleón; evidente porque el método asumido por el ilustre jurista presentaba el estudio de las distintas instituciones de ese derecho a partir de la comparación entre ese código y los mexicanos de 1870, 1884 y 1928, como si antes nada hubiera pasado ni nadie hubiera escrito acerca de las mismas. Cosa, por demás, que contrastaba rotundamente con lo que uno aprendía, por otro lado, en los cursos de Derecho romano. ¿Era cierto, pues, que nada hubiera de rescatable en la reflexión acerca de las obligaciones llevada a cabo

<sup>4</sup> "El racionalismo jurídico y los códigos europeos", en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 439-543.

<sup>5</sup> "Las vicisitudes de la codificación", en *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Real Colegio de España, 1980, pp. 37 y ss.

<sup>6</sup> "Triunfo y crisis de las codificaciones nacionales", en *La Europa del derecho común*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996, pp. 1-38.

<sup>7</sup> Principalmente en su ensayo "Códigos: algunas conclusiones entre dos milenios", publicado en su último libro: *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 67-93.

<sup>8</sup> *La edad de la descodificación*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992.

<sup>9</sup> *Teoría general de las obligaciones*, 2a. ed., México, Porrúa, 1956.

antes de 1804? La respuesta dada por los juristas dogmáticos parecía indicar que no. Y es que, además de que nadie se preocupara por contarnos la historia del *ius commune* medieval y de su recepción por los países europeos, la visión de estos juristas no era la del historiador del derecho, por más que Ortolán recomendara a todo jurista también ser historiador. ¿Qué podía ganar un abogado o un notario si aplicaba la perspectiva histórica al estudio de las obligaciones y de los contratos; de las servidumbres y de los testamentos? Nada, al parecer, y sí, por el contrario, introducir un mar de confusiones y un relativismo del todo inconveniente a la buena y segura aplicación del derecho vigente. La historia era precisamente lo que quedaba fuera de esta visión, por más que el método elegido por Borja Soriano relacionara códigos civiles de distintos lugares y fechas: si por una parte se reconocía la diversidad de códigos nunca se ponía en entredicho la idea ni la realidad misma del Código como el objetivo tantas veces deseado y por fin alcanzado por los juristas de la modernidad. El Código (repito, de cualquier materia) representaba una forma, una visión del derecho que podía alterarse, mas nunca cuestionarse, ni menos desaparecer; llamado, como estaba, a regir a una sociedad que entendió que el mismo le brindaba seguridad *para siempre*, en la medida que recogía el derecho racional por excelencia, es decir, el natural, aquel que se entendía como intemporal y predicable a todo hombre en la medida que éste fuera propietario, libre e igual.

A esta seguridad se unían y siguen uniéndose, en teoría, otras incuestionables ventajas de la codificación surgida a partir de 1804 y de inmediato imitada en casi toda Europa y en la inmensa mayoría de los países americanos: su claridad, su sencillez, la homogeneidad de su contenido (civil, o penal, mercantil, minero, procesal), su brevedad, la concisión de su redacción, la totalidad de la materia abarcada, su impecable lógica (más allá de las reiteradas críticas de nuestros maestros por aquello de las contradicciones y olvidos del legislador), y su indudable certeza. Seguridad y certidumbre ¡qué más pedirle a la ley!, sobre todo frente al viejo orden jurídico que la propia codificación se encargó de sepultar, caracterizado por la pluralidad de fuentes y la diversidad de ordenamientos, tal vez porque concibió que no todos los hombres eran iguales, ni con una libertad individualista, ni propietarios.

Hoy sabemos, por Tomás y Valiente, que la codificación moderna hay que entenderla (comprenderla, dirían los historiadores) dentro del proceso histórico que la vio surgir, si no es que también, en sí misma, como histórica. Si el pecado de los modernos fue despojarla de su historia, hoy nosotros proclamamos su evidente e inevitable historicidad. Una historicidad que nos obliga a remontarnos a sus orígenes, a las ideas que le hicieron surgir y a la compleja mentalidad que rodeó su nacimiento, así como también nos remitimos a las grandes transformaciones del derecho de los dos últimos siglos. Hoy estamos capacitados y somos sensibles para entender y captar algo que no por elemental ha sido fácil entrever: que la codificación nace del programa ilustrado europeo que hunde a su vez sus raíces en el iusnaturalismo racionalista que legitimó el apoderamiento del derecho por parte del Estado y su consecuente monopolio en manos del mismo, dentro de ese proceso que el propio Grossi ha calificado como *absolutismo jurídico*,<sup>10</sup> y que tanto nos ha impedido entender que la historia del derecho continúa y que la codificación moderna es sólo una etapa más, entre otras inimaginables, de una historia que se relaciona con el poder político, es verdad, pero también con la sociedad y con el hombre.

Hoy estamos dispuestos a aceptar que ni el Código ni el derecho pueden ser algo estáticos, sólo al servicio de una parte de la sociedad, y que si únicamente expresan los intereses, anhelos y preocupaciones de una fracción social, estarán condenados a ser rebasados por la compleja red de relaciones sociales que comienza a diseñarse a comienzos del nuevo milenio, y a ser calificados de pobres instrumentos del poder político, con todo lo negativo que esto significa para la consecución de la justicia, la tarea humana más postergada a lo largo del siglo que terminó.

La irrupción de lo propio y lo singular, como contrapunto de un fenómeno globalizador de inciertos y preocupantes resultados, ha permitido a los jóvenes juristas de nuestro milenio entender —¡por fin!— el rico y complejo tema de las fuentes del derecho, particularmente el de las fuentes formales, antaño reducidas a la explicación

<sup>10</sup> Vid. "Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX", en *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991, pp. 9-26.

del proceso legislativo. Saben, en consecuencia, que la codificación significó el triunfo (hoy sabemos que no definitivo) del derecho legal sobre el consuetudinario y el jurisprudencial (el derecho de los juristas), pero también que estas dos últimas fuentes vuelven a recuperar una cierta vitalidad que hace tres décadas era imposible imaginar, cuando menos en nuestro país. Paradójicamente, en una época dominada por los sistemas, los "curps", las evaluaciones, las auditorías y las contralorías deshumanizantes, la visión sistemática que implica la codificación comienza a resquebrajarse frente a un pensamiento que cada vez más clama por la tópica, por la pluralidad de fuentes y por el recurso a la equidad. Frente a la unidad jurídica, entendida como elemento básico de la unidad estatal, irrumpe la exigencia del reconocimiento de distintos y singulares ordenamientos jurídicos; de la unidad basada en la uniformidad se llega a la unidad en la diversidad, con el consecuente temor de los juristas que apostaron todo por la identificación entre poder político y derecho y se negaron a pensar al derecho como fruto, también, de la sociedad y del pensamiento autónomo de los propios juristas. Del mismo modo, la deseada globalización parece jugarle una mala pasada a la anquilosada visión estatalista y legalista del derecho imperante en los países de la familia romano canónica, al obligarlos a dialogar con la forma de producirse y aplicarse el derecho de los países del *common law*, y al acercarlos a otras visiones de lo jurídico de estirpe no europea, amenazando, ambas, a la fina y elaborada conceptualización realizada en el seno de aquella familia y considerada como uno de sus mejores y más difíciles resultados.

Si de lo jurídico nos trasladamos a lo filosófico y a lo político-social podemos apreciar con mayor claridad el verdadero significado de la crisis que sufre la codificación en nuestros días. Respecto a lo primero, hoy son muy pocos los que recuerdan, afirman y sostienen que los códigos no son ni pueden ser otra cosa que el derecho natural racionalista positivado, y que los mismos garantizan *per se* el progreso y la felicidad de los individuos. Además, ya nadie sostiene que con la formación de los códigos se llega al final de metas jurídicas anheladas y se pone fin a la evolución del derecho. La confianza y la certidumbre puestas en ellos se tambalean y cada día queda más claro el carácter mitológico que representaron en cierto momento de la historia humana. En relación con lo político-social, la burguesía

que encontramos detrás del inicial impulso codificador se ha transformado; bien porque ha tenido que hacer ciertas concesiones frente a la emergencia de clases y grupos sociales diferentes, bien porque sus propios intereses se han modificado y se hallan cada vez menos anclados a la idea del Estado-Nación, tan óptima para garantizar esos intereses durante las dos últimas centurias.

La consecuencia de estas modificaciones implica, por un lado, la quiebra del modelo individualista moderno (en consecuencia, de la autonomía de la voluntad, tan cara a nuestros civilistas), y el cambio de concepción de la propiedad (sobre todo de la inmobiliaria, por aquello de asegurar a los adquirentes de los bienes nacionalizados a la Iglesia sus derechos adquiridos sobre los mismos), antaño elevada al rango de derecho natural y absoluto. Puntos, ambos, en los cuales descansa la codificación moderna como en piedras angulares. En la actualidad, la propiedad inmueble no resulta significativa frente a las nuevas formas de riqueza que, incluso, prescinden de la moneda nacional, y el individualismo sigue encontrando resistencias en aquellos conceptos de "clase", "etnia", "nación", "pueblos", que con asombro contemplamos más vivos y peligrosamente beligerantes de lo que imaginábamos. Por otro lado, se hace evidente la crisis de la insularidad del Estado moderno; isla cercada ahora no por su propio y confortable concepto de soberanía sino sitiada tanto por la amenaza de una globalización impulsada por la nueva economía capitalista como por la emergencia de los grupos humanos que reclaman su derecho a ser reconocidos en sus diferencias y singularidades. Si la codificación significó el ascenso de la burguesía moderna y del capitalismo liberal nacionalista, su crisis responde a las transformaciones de los intereses y modos de operar de ambos que, llegado el momento, incluso podrán prescindir del otrora inmovible Estado-Nación.

Y arribo de esta forma a la parte de mi exposición que considero más reveladora: no puede olvidarse que el proceso codificador respondió a una auténtica reacción conservadora que proclamó el fin de la agitación revolucionaria y la consagración de una verdadera "pax burguesa". De aquí que todos los códigos del siglo XIX se entiendan como una respuesta estática a la agitada época precedente. La Revolución se había llevado a cabo y era llegado el momento de consagrar de una vez por todas sus principios y sus conquistas en códigos que aseguraran las reglas del nuevo juego político, económico y so-

cial implantado por aquélla. Pero este simple hecho exhibe con toda nitidez la fragilidad y la sinrazón del modelo codificador en nuestros días, caracterizados, precisamente, por un aire auténtico y gravemente “revolucionario” que afecta no sólo —como pudiera pensarse a primera vista— al Estado, a la sociedad, o a la propiedad, sino que trasciende a la propia naturaleza humana, al ser mismo de la persona humana: baste con recordar los excesos de un voluntarismo individualista que ha llevado a algunos a reclamar como justos los matrimonios entre homosexuales, el aborto y la eutanasia, así como las posibilidades infinitas y dramáticas que abre para el destino del planeta y del hombre el hecho de manipular a capricho el genoma humano. No son precisamente éstos, tiempos para codificar sino para recrear el derecho. Hoy, con perplejidad, volvemos a ver que el derecho brota de y en las relaciones humanas, al margen de la voluntad política, y al ser ésas complejas e inéditas, imprevisibles e incalculables, en fin, históricas, el derecho no puede quedar encasillado en un “Código”, y menos cuando éste responde a los intereses de un ente político que pretendió negar una historicidad también manifiesta. El cambio, por el contrario, parece ser el signo no sólo de nuestra generación sino de nuestro tiempo y obliga a repensar siempre el derecho, a seguirlo en el camino mismo de las relaciones humanas, tan impredecibles siempre.

Pero no únicamente la irrupción del cambio hace mella en la codificación: también el grado y la intensidad de la comunicación y el intercambio —en ocasiones, por desgracia, todavía violento— entre las culturas humanas. El Código fue, y en buena medida sigue siendo, un paradigma de la cultura jurídica occidental. Por lo mismo, no tomó en cuenta la percepción del derecho, de la ley, de la equidad y de la justicia de otras culturas jurídicas no occidentales: la islámica, la indostánica, la china, la indoamericana, la africana, por citar algunas en singular, sabiendo que al interior de éstas pueden existir, a su vez, otras diversas. Y es que la filosofía detrás del Código no se vio obligada a considerarlas, toda vez que se percibió como “derecho natural”, inmutable, universal, intemporal y ahistórico, y por lo mismo predicable para todo hombre en cualquier tiempo y lugar. Hoy percibimos y reconocemos la ingenuidad de este razonamiento, así como su europeidad, y el hacerlo nos enfrenta a una enorme responsabilidad como juristas: entablar el tan postergado y necesario diálogo

go jurídico con las otras culturas y los otros pueblos diferentes a los nuestros. Ni más ni menos que el mayor reto que se le impone al siglo que comienza. En este diálogo, los juristas occidentales habrán de reconocer que la codificación supuso lo siguiente: un rompimiento con las bases sociales del derecho en beneficio de la imposición de un “derecho de filósofos”; las tremendas consecuencias de haber suplantado la justicia material con la justicia formal de la ley estatal; el precio de haber roto con los “viejos derechos”, de estirpe milenaria algunos de ellos; la “esclavitud del jurista”, transformados desde entonces en meros “ortopedistas de la ley” (Grossi); la decadencia que ha sufrido la ciencia jurídica como consecuencia de esa esclavitud (la exégesis más infecunda); el empobrecimiento manifiesto de la enseñanza del derecho, sometida al profesor codiguero y al aburrido manual; el sometimiento servil de la clase judicial y las consecuencias terribles para el hombre concreto de la extinción del arbitrio judicial; la exclusión injusta de grandes masas de población humana de los beneficios predicados supuestamente por un mismo código para todos; y, por último, la transformación radical de la familia, de comunidad histórica ancestral a las nuevas formas de relaciones familiares basadas en el contrato y la voluntad. Al hacer este reconocimiento, repito, no se tiene por fuerza que negar las bondades y ventajas que ha representado la codificación en el mundo occidental, pero sí las limitaciones que implica para entablar de la forma más fecunda posible el esperado y necesario diálogo jurídico intercultural.

Cambio y comunicación, diferencias, nuevas relaciones y nuevos problemas, pero, ¿qué otra cosa ha justificado la existencia misma del derecho en el mundo? ¿No está, acaso, para tomar en cuenta todo esto? Novedad y problema, los dos rieles por los que ha corrido el derecho a partir del hombre para llegar, finalmente y después de un arduo caminar, al mismo hombre. Lo demás es historia y ésta habrá que escribirse para acabar, si es posible, de entender a cabalidad el derecho y si pretendemos seguir apelando a él para ser hacer justicia.

Precisamente esta es la tarea que queda pendiente por realizar, al menos en México: escribir *la otra historia de la codificación*. No las que se han realizado recientemente y que se limitan al estudio de los

códigos-texto,<sup>11</sup> sino la que atiende a las consecuencias que tuvo y ha tenido la adopción del modelo codificador en nuestros pueblos y regiones, en nuestras familias y personas, en las mujeres y en los niños, en los propietarios y comunidades. Tal vez esta historia, de realizarse, arroje una terrible conclusión: que la codificación en México se convirtió en la causa inmediata de un gran proceso de injusticia generalizada que afectó a miles de seres humanos directamente al no tomarlos en cuenta. Por fortuna, los primeros pasos comienzan a darse en este sentido;<sup>12</sup> el pretexto lo ha constituido el bicentenario de la Revolución francesa y el inminente arribo del bicentenario que esta semana conmemoramos. Hoy debemos preguntarnos, ¿a quién aprovechó la codificación en México?, ¿a quiénes y de qué manera perjudicó?, ¿quién pudo entenderla?, ¿qué implicó en relación con la vigencia real de las otras fuentes del derecho?, ¿a quiénes impidió o dificultó el acceso a la justicia?, ¿a qué nuevas formas de injusticia —formal y material— dio lugar?, ¿qué significó para la enseñanza del derecho?, ¿qué precio hubo de pagar frente a ella el otrora respetado arbitrio judicial?, ¿qué grado de originalidad tuvo respecto del Código de Napoleón?, ¿cómo aprovecharon los Estados la autonomía o libertad que les dejó la adopción del sistema federal para elaborar la suya propia y no meras copias de la codificación del Distrito Federal?, ¿cómo aprovechó el legado de la vieja cultura jurídica novohispana?, ¿qué ideas e intereses tuvieron sus autores mexicanos?, ¿cómo ayudó al triunfo del positivismo legalista?, ¿qué implicó su elaboración en relación con el equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo?, ¿de qué manera alteró las viejas prácticas de administración de justicia e impidió la perpetuación de prácticas y formas eficaces de justicia tradicional?, ¿cómo se relaciona con la vida jurídica de los indígenas?, ¿incrementó o no la cultura jurídica

de los abogados y juristas? En fin, ¿en verdad logró las ventajas de certeza y seguridad tan proclamadas por sus defensores? Preguntas que hoy, a más de siglo y medio de códigos mexicanos, nos resulta muy difícil contestar aunque intuyamos algunas respuestas.

Es cierto que otro paisaje mental nos conforma y que otras, muy diferentes, son las circunstancias históricas que nos rodean. Reconocer esto ya es un logro para una ciencia jurídica que no acostumbra pensar en términos históricos. Pero los hechos son contundentes: por una parte, la descodificación —que mucho recuerda el proceso de creación del llamado Derecho Indiano— no puede desconocerse, ni menos el esfuerzo por reconquistar una saludable autonomía judicial. Ambas, más la globalización que impone la formulación de fórmulas adjetivas y de normas sustantivas en el amplio mundo de los negocios internacionales dejan entrever una esperanzadora liberación de los juristas respecto de la legislación, y hasta la aparición de una fase más de un nuevo derecho de juristas no parece imposible. Si, además, añadimos lo rápido e intenso de los cambios sociales, el reconocimiento cada vez más pleno de la pluralidad humana —incluso al nivel constitucional—, la decadencia de la propiedad inmobiliaria como símbolo típico de la riqueza, la construcción “artificial” de familias “artificiales”, el renacimiento de un comunitarismo que dialoga forzosamente con el individualismo voluntarista más radical, la aparición del espacio cibernético y de la realidad virtual, la impotencia o ignorancia de los órganos judiciales estatales y su sustitución por arbitrajes rápidos y eficaces, el desbordamiento de las fronteras estatales en el ámbito del derecho penal y del propio derecho internacional —síntomas evidentes de la profunda crisis del otrora inmovible concepto de soberanía—, y el establecimiento de nuevas y graves conductas delictivas que exigen la participación de todos los seres humanos y no sólo la intervención de los Estados a través de acuerdos o tratados internacionales de difícil cumplimiento, como la defensa de todo tipo de minorías, la degradación del medio ambiente (capa de ozono), el terrorismo, la pornografía y prostitución infantiles, el tráfico sexual internacional, el narcotráfico, la venta y explotación de menores, los delitos cibernéticos, etc., estaremos de acuerdo en que la codificación del derecho no puede ser ya la panacea frente a nuestros nuevos problemas jurídicos, y menos si insistimos en otorgarle las mismas características y espe-

<sup>11</sup> Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, y CRUZ BARNEY, Óscar, *La codificación en México 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, 2004, por otro lado tan luminosos.

<sup>12</sup> Vid. NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, “La crisis de la codificación y la Historia del derecho”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XV, 2003, pp. 191-215; “Cuando la mujer no existía”, *Quaderni Fiorentini*, 30, t. II, 2001, pp. 611-627; y *El otro y el Código. Trascendencia jurídica europea en la codificación mexicana: el concepto de persona*, tesis doctoral, Universidad de Florencia, 2004.

ranzas que le dotaron sus creadores hace doscientos años. Hoy los tiempos son de cambio, como a comienzos del siglo XIX, y para los cambios se requiere un nuevo derecho, como lo fue en su momento la codificación. Ésta es, sin duda, una gran enseñanza. ¿Por qué, entonces, no ver que nuevos tiempos exigen nuevas formas y contenidos jurídicos?

La realidad ha desbordado la codificación y reta una vez más a la imaginación del jurista, ansiosa de escuchar de él *responsas* satisfactorias, justas y prudentes, como antaño, durante esos momentos de grandes y radicales transformaciones jurídicas que fueron la época clásica romana, el bajo medievo y la Europa de las revoluciones. Imaginación que, sin embargo, ha de partir de la existencia del propio Código, como resultado que fue también, fecundo y luminoso, de la historia jurídica, pero sin que se le exijan la totalidad de las respuestas a nuestros problemas ni significar la "plenitud del orden jurídico", pues, obra humana al fin y al cabo, sólo pudo aportar lo que su tiempo y sus necesidades le exigieron.

Ante la crisis del Estado, de su producto jurídico más sofisticado —la codificación— y de su consecuencia política más arbitraria —el absolutismo legalista—, tal vez sea llegado el momento de plantear una vez más para su discusión, ahora sí con toda seriedad, el olvidado tema de las fuentes del derecho.

## LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL DE NAPOLEÓN EN LA LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS REALES DE 1928

Miguel ALESSIO ROBLES

Corresponde ahora destacar la influencia de la legislación francesa en el pensamiento de las comisiones redactora y revisora del Código Civil de 1928, por lo que se refiere a la regulación de los derechos reales.

Dadas las limitaciones de tiempo, me concreto a hacer referencia a las disposiciones más importantes relativas al derecho de propiedad, a la posesión, a los derechos de uso de cosa ajena y a la posibilidad de modificar las reglas típicas de estos derechos, mediante la adopción de la tesis números abiertos.

Para tal efecto, haré breve referencia tanto a las disposiciones que son fuente directa, como a aquellas que fueron consideradas para establecer valoraciones jurídicas diferentes para las instituciones reguladas.

Por lo que respecta al análisis relativo al derecho de propiedad, destaco que al definir la posibilidad jurídica de los objetos indirectos de los contratos, el código francés sólo se refiere a aquellas cosas que se encuentren en el comercio, sin adoptar la exclusión doctrinaria de las cosas que están fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley, posición que sí adopta el legislador mexicano a partir del código portugués. Lo anterior supone dos conclusiones: la indebida confusión entre bienes de dominio público y de dominio privado que impera en algunos medios doctrinarios y legislativos, como ocurre en el caso de la conceptualización de los vacantes, puesto que tal distinción se daba por supuesta desde aquella codificación y,

segundo, la razón por la cual a la fecha generalmente se consideran a las cosas y no a los derechos sobre éstas como objeto indirecto de los actos jurídicos. En efecto, es común encontrar opiniones en nuestro medio que sostienen que la hipótesis normativa de los bienes vacantes constituye un imposible jurídico, a partir de la determinación constitucional de adoptar la tesis de *dominium* del Estado sobre el territorio como consecuencia del hecho generador de la independencia, de tal forma que no pueden existir inmuebles cuyo dueño se ignora. En términos simples podría señalarse que la codificación civil parte del supuesto de la regulación de las relaciones entre particulares, por lo que la institución de los vacantes debe leerse de tal forma que se entienda que está referida a aquellos inmuebles que habiendo sido reducidos a propiedad privada, su dueño no es conocido. En lo referente a la otra confusión, afirmo que si no se traspolan los objetos mediato e inmediato de los actos jurídicos, es posible sostener, como lo hizo Planiol para la posesión, que son los derechos objeto indirecto de los actos y los bienes objeto indirecto de las relaciones jurídicas, lo que a la vez permite sostener que no sólo las cosas materiales entran en esta clasificación, sino también los bienes inmateriales, como lo son los derechos intelectuales, en cualquiera de sus manifestaciones.

La indebida descripción taxativa de los bienes que deben clasificarse como inmuebles, tiene fuente directa en diversas disposiciones del código napoleónico, defecto que subsiste a la fecha por no coincidir con la realidad y respecto del cual existen claras tendencias a su corrección para adoptar prácticas formales contractuales, como ocurrió en la reciente supresión de la lista del material rodante de los ferrocarriles. Lo mismo ocurre con la descripción de los muebles, cuando parece más acorde con la simpleza legislativa el considerar como tales, además de los naturales, a los derechos personales y a los reales que tengan por objeto indirecto a un bien mueble. Por otro lado, destaco también que a partir del proyecto García Goyena, lo que el código francés denominó menaje de casa, dejó de ser objeto indirecto de los contratos de venta de esa clase de inmuebles, aunque subsiste la confusión de lo que debe comprenderse en el concepto general de bienes muebles, como objeto de contratos o de disposiciones testamentarias.

En la conceptualización del derecho de propiedad, el Código de Napoleón, con simpleza legislativa, señaló que daba derecho a gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se hiciera de ellas un uso prohibido por las leyes y los reglamentos y que sólo podía obligarse al propietario a transmitir su derecho por causa de utilidad pública y previa justa indemnización. De igual forma, el legislador francés establece obligaciones *propter rem* para el propietario, quien al hacer uso de la cosa, objeto indirecto de su derecho, debía sujetarse a las leyes y reglamentos aplicables. Ya desde los proyectos García Goyena y Sierra, hasta los primeros códigos civiles mexicanos, se hace referencia a las limitaciones establecidas en las leyes. Aunque estas breves referencias son suficientes para concluir que el Código de Napoleón sí es fuente directa de la actual legislación, todavía he de hacer algunas precisiones en relación con las transformaciones generales del derecho privado, referidas en concreto al derecho de propiedad y a la influencia a su regulación en el código vigente a partir de la famosa conferencia que el profesor de la Universidad de Burdeos, León Duguit, ofreció en la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 1911, que supone el cambio de criterio legislativo de la Comisión Redactora de la ley vigente.

Duguit sólo considera la transformación del derecho de propiedad a partir del realismo contrario a la naturaleza absolutista del código francés que para entonces tenía un siglo de aparición. En lo general, los conceptos del civilista francés pueden entenderse como ambiguos, sobre todo si se les considera negatorios del derecho de propiedad como primario, cuyas facultades subjetivas se deben ejercer con el fundamento de su función social. De ahí que los juristas que han profundizado en el tema hayan fundado tanto tesis capitalistas como socialistas en el concepto de propiedad función social sobre el que gira toda la conferencia.

No obstante puede señalarse que Duguit reconoce el valor jurídico de la propiedad privada como derecho, aun cuando lo considera una obligación que informan los derechos de terceros. En los subjetivismos que encierran los valores propios y de extraños, estriba la dificultad de comprender y la razón de fundar la tesis que se comenta.

Por mi parte, considero que el legislador de 1928 sólo se vio influenciado por la tesis de la propiedad como función social, a partir

de la consideración primaria de que se trata no sólo de un derecho natural de carácter secundario, sino de un derecho público subjetivo, consagrado como tal en el capítulo de las garantías individuales de la Constitución, pero restringido en sus facultades subjetivas, fundamentalmente en lo que denominó modalidades a la propiedad privada, en función de valores equiparables, como aquellos en que se basa lo que Rojina Villegas llamó los derechos de vecindad o de valores superiores como los derechos sociales que personas jurídicas públicas son titulares del derecho, como sucede en los casos de las restricciones en función del valor de la uniformidad urbana.

Aún quedaría por discutir la conceptualización del legislador civil a la restricción del derecho en límites y modalidades y a la interpretación judicial respecto de la autoridad legislativa facultada para imponerlas, pero excede a los límites de esta intervención.

Concluyo que el derecho de propiedad vigente tiene antecedente directo en la legislación francesa del siglo antepasado y que la tesis de la función social no hace sino reafirmar ese derecho individual, sólo limitado por el derecho ajeno según disposición general, abstracta e impersonal, con base en el principio de reserva de ley, que varía en sus postulados según la época y las circunstancias. León Duguit señalaba como ejemplos la privación del derecho a cosechar como consecuencia del no uso de la tierra, límite que ya existe en nuestro país y la limitación al especulador de la tierra urbana, que no ha sido considerada.

Por lo que se refiere a la posesión, las comisiones que se encargaron de redactar el código vigente se apartaron del correcto análisis científico de la realidad realizado por los creadores del Código de Napoleón, en tanto que se empeñaron en legislar según el camino sugerido por Ihering, en el sentido de que sólo debía considerarse el elemento objetivo de la posesión y, a partir de éste, presumir el subjetivo, de tal forma que quien detenta físicamente un derecho, es decir un bien corpóreo o incorpóreo, a través del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho distinto de la propiedad, se presume que lo hace en concepto de propietario o a título de dueño, según terminología de la legislación civil anterior en nuestro país y, además, se presume que ese elemento subjetivo es de buena fe, a menos, en ambos casos, que se demuestre lo contrario.

De manera que el legislador mexicano se aparta de la concepción romana del derecho de posesión, que por su claridad en el proceso analítico de la realidad a regular, concluye en la sencilla legislación francesa al referirse exclusivamente a la posesión que se ejerce como consecuencia de un hecho jurídico y no de un derecho derivado de un acto jurídico.

Al adoptar la tesis objetivista, el legislador de 1928 se ve obligado a considerar poseedor a todo aquel que ejerce un poder de hecho sobre el bien, a través de cualquier derecho, según la premisa sugerida por el concepto de poseedor. Así, debe considerar poseedor no sólo al poseedor propiamente dicho, sino también a cualquier persona que como consecuencia de un derecho, esté facultado para detentar el bien para su uso en cualquier forma. Sólo que el silogismo legislativo no aplica a la realidad por lo que se refiere al propietario que ha concedido el uso del bien por medio de cualquier derecho. Quien ejerce el poder de hecho es el titular de este derecho y, por tanto, él es el poseedor. Para corregir esta antinomia, se recurrió al formulismo de contrariar el silogismo, para considerar al propietario como poseedor originario y al detentador con derecho como poseedor derivado, con lo que las normas que regulan los conflictos posesorios, los derechos de los poseedores basados en presunciones legales, los derechos a la recuperación de gastos o percepción de frutos a la desposesión o las acciones procesales para mantener o recuperar la posesión, se entrelazan para aplicarse tanto a los poseedores propiamente dichos, como a los poseedores facultados como consecuencia de un derecho.

Mi opinión es en el sentido de que debemos adoptar la simplicidad de la legislación francesa, para regular el derecho de posesión y, al hacerlo, sólo considerar a la facultad subjetiva para poseer en las normas generales que se refieren a los conflictos posesorios y a los derechos que se tienen al perder esa facultad ante la existencia de un mejor derecho.

Regresando al derecho de propiedad, decía que en realidad sólo existe un cambio de conceptos para priorizar a la propiedad privada respecto de derechos ajenos individuales o colectivos, con base en restricciones generales. De hecho, el Código de Napoleón ya contenía límites que valoraban derechos de terceros, como ocurre por ejemplo en la obligación del constructor de hacer obras para evitar daños

a los colindantes, que como todos esos límites constituye una obligación *propter rem* y que en nuestro caso dio origen a la errónea jurisprudencia de la Suprema Corte que confiere naturaleza *propter rem* a la obligación que nace como consecuencia del riesgo objetivo por violación a la anteriormente mencionada obligación real, la cual sí tiene esa naturaleza.

Hablando de las obligaciones *propter rem*, son fuente de las actuales reminiscencias históricas del concepto de abandono como forma de liberarse de ellas, las disposiciones del Código de Napoleón que con similar redacción a la ley vigente, prevén esa forma de cumplimiento para la obligación de reparar el muro medianero o de realizar las obras de mantenimiento a que se hubiere obligado el dueño del predio sirviente; en este último caso, la ley francesa también es fuente directa de la naturaleza de dación en pago forzosa o unilateral que se otorga a esa causa de extinción de la relación jurídica personal que a mi juicio supone la obligación *propter rem*.

En la copropiedad, el Código de Napoleón es fuente directa por lo que toca a la legislación del principio de división de la cosa común, salvo por lo que se refiere al error legislativo actual que considera en primera instancia como excepción al principio el que el bien común no admita división, aun cuando inmediatamente lo considera divisible por medio de su venta a tercero. Tratándose del régimen de propiedad y condominio, el código francés sólo es fuente indirecta, pues exclusivamente regula los gastos comunes, aun cuando parte de la base de la existencia de distintos derechos de propiedad sobre distintos pisos de una casa.

Por lo que se refiere a los distintos derechos de uso de cosa ajena, la legislación civil vigente toma sustancial influencia en el Código de Napoleón, con algunas variaciones basadas en el proyecto García Goyena. De ese código parten las actuales disposiciones que facultan al usufructuario a disponer del bien y limitan esa facultad al usuario y al habituario; que establecen la naturaleza vitalicia y esencialmente temporal de todos esos derechos, la obligación del usufructuario universal de pagar los legados de pensión o de alimentos y la posibilidad de usufructuar bienes consumibles, como parte del cuasi usufructo romano, que a mi juicio corresponde a la naturaleza del mutuo.

El concepto de servidumbre adoptado por el legislador mexicano está tomado casi literalmente del Código de Napoleón, a pesar de su

deficiencia técnica anunciada en forma unánime por la doctrina, lo que demuestra suficientemente la poca importancia que en general se ha concedido en la legislación universal a las aportaciones académicas. Como consecuencia, la clasificación de las servidumbres y el error de confundir a las discontinuas con las causas de interrupción del plazo de la posesión para efectos de la usucapión, también tiene fuente directa en el Código de Napoleón, lo mismo que la denominada servidumbre constituida por voluntad del padre de familia, la cual requiere de una explicación técnica y en la que existe una agradable reminiscencia del derecho romano.

En efecto, las servidumbres discontinuas lo son porque se refieren a la actividad directa del titular del derecho en su ejercicio y no por lo que toca al ejercicio mismo que es lo que supone la característica de la posesión que la hace apta para usucapir el derecho, de tal forma que las servidumbres discontinuas debería poder adquirirse por medio de la posesión en el tiempo, siempre que su ejercicio sea continuo, es decir, no se vea interrumpido por actos que denoten el ejercicio del titular contra el que se prescribe. La servidumbre constituida por voluntad del padre de familia supone la existencia de un signo aparente entre dos propiedades que al dejar de pertenecer al mismo dueño constituye una causa para la constitución de ese derecho real, a menos que en el título de transmisión se establezca lo contrario; a mi juicio, en este caso no ha sido suficientemente considerada la posición académica de que el signo aparente debe estar en el predio sirviente y no en el predio dominante, con lo que se evita que pueda considerarse como causa de este tipo de servidumbres, la existencia de una ventana en un inmueble respecto de un terreno baldío.

Por lo que se refiere a la caducidad por el no uso del derecho, que debe aplicarse en general a todos los derechos de uso de cosa ajena, el código francés no incurre en el error del derecho positivo mexicano que establece a la prescripción como causa de extinción, pues sólo se refiere a la inactividad como causa de extinción del derecho real.

También es el Código de Napoleón fuente legislativa directa de la mezcla de las instituciones de usucapión y prescripción, así como de las causas de suspensión e interrupción del plazo, la causahabencia del derecho de posesión para efectos de la usucapión y las características generales de la posesión que la hacen apta para usucapir.

Por último, señalo que la legislación francesa es también fuente e influencia directa de la tesis números abiertos sostenida por el legislador civil mexicano, en cuanto se refiere a la posibilidad de que sean los particulares quienes fijen las facultades subjetivas para los titulares de los derechos reales de uso de cosa ajena, como regla primaria a las disposiciones de carácter supletorio con las que la codificación civil vigente regula las relaciones de carácter personal y con naturaleza *propter rem* que se dan entre el propietario y el titular del derecho real. Tanto el legislador francés, como el mexicano, consideraron que no existía razón o bien jurídico protegido que pudiera suponer la prohibición para que los particulares regularan las relaciones derivadas de los derechos reales, de tal forma que establecieron expresamente la posibilidad de hacerlo en el acto constitutivo del derecho real; a partir de esas normas que recogen el principio de legalidad, ambas legislaciones establecen reglas basadas en la equidad, establecidas para fundar derechos y dirimir controversias, para los supuestos de falta de regulación *de facto* o de interpretación de las reglas contractuales. Todo esto es también parte importante del argumento que sostiene la posibilidad para los particulares de crear derechos reales diversos a los tipificados, basado en el citado principio de legalidad.

#### CORRELACIÓN DE LAS DISPOSICIONES MÁS IMPORTANTES

Código Civil del D.F.	Código de Napoleón
747	1128
750	517, 518, 520, 524 y 526
754	529
759	527, 528 y 529
761	533 y 534
790	2228
798	2230
806	550
807	548 y 549
830	544
831	545
839	552

845	674
939	815
951	664
961	656
980	578
981	579
1002	595
1005	599
1027	610
1038	617
1040	619
1049	630, 632 y 633
1052	628 y 629
1057	637
1059	688 y 689
1109	686
1113	690
1114	691
1116	694
1118	686
1121	699
1128	703 a 706
1135	2219
1139	2236
1149	2235
1151	2229
1152	2262 y 2265
1153	2279
1154	2233
1165	2251
1166	2252
1167	2243 y 2245; 2248 t 2244
1168	2245

## EL CÓDIGO NAPOLEÓN Y EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE HERENCIAS

Juan Manuel ASPRÓN PELAYO

Como es sabido el Código de Napoleón es la *recopilación moderna* más importante del derecho privado, con ella se puso al alcance de los ciudadanos el conocimiento de sus derechos y obligaciones.

La grandeza del emperador Napoleón no se concretó al crecimiento de su Imperio mediante la invasión y la conquista, quiso lograr la equidad entre sus súbditos, la justicia con reglas claras, objetivas y agrupadas en un ordenamiento, resultando así el Código Civil francés, el Código Napoleón.

El principal influjo que ejerció el Código Napoleón en nuestro derecho fue la *sistematización* del derecho privado, el liberalismo también se reflejó en nuestro código, aunque en materia sucesoria fue más allá que él. El influjo del Código Napoleón fue indirecto, se dio a través del Código Civil español.

La presente exposición tiene por *finalidad* mostrar algunos *cambios* que ha sufrido el derecho sucesorio, del Código Napoleón (en lo sucesivo CN) al Código Civil vigente en el Distrito Federal (en lo sucesivo CCDF).

1. En el CN *la materia sucesoria se regulaba conjuntamente* con: "Los diferentes modos de adquirir el dominio"; actualmente el CCDF lo regula en un libro aparte, como una materia independiente, en el Libro Tercero "De las sucesiones", las herencias son mucho más que el simple modo de transmitir derechos.

2. Como consecuencia de lo anterior los testamentos en el CN se regulaban en el título de "*Las donaciones entre vivos y de los Testa-*

mentos”, mientras que en el CCDF se regulan específicamente en un título, el tercero, del libro tercero.

3. En el CN se abría la sucesión, además de la muerte o de su presunción, en el caso de *muerte civil*, institución en desuso actualmente.

4. En el CN (811) podía haber *herencias que se declararan vacantes*, cuando no hubiese heredero hábil para heredar, en el CCDF, no hay herencias vacantes en última instancia hereda la Beneficencia Pública (1602, fracción II y 1636), sin embargo, los bienes de las herencias vacantes, en el CN (539) finalmente también formaban parte del patrimonio público, aunque la causa no era la herencia, sino el hecho de ser vacantes, pese a lo señalado en el CN (723) señalaba más adelante que el último heredero era el Estado, contradiciendo lo anteriormente señalado. En las herencias declaradas vacantes se debía nombrar en el CN (812 a 814) un curador, cuya función es similar a la del actual interventor procesal del CPCDF (836).

5. En el caso de *conmorcencia* los códigos resuelven distinto:

- a) En el CCDF (1287) cuando dos o más personas fallecen sin que se pueda saber a ciencia cierta quién murió primero, se les tendrá por fallecidos al mismo tiempo, y en consecuencia, no habrá derecho a heredarse entre ellos, puesto que para que haya transmisión hereditaria se requiere de un muerto y de un vivo.
- b) En el CN (720 a 722) se tomaba en cuenta distintos criterios para definir quién murió primero y quién después, *fijaba los criterios de supervivencia basándose en la edad o el sexo*. Si todos los que fallecieron eran menores de 15 años se presumía que falleció al último el de más edad; si todos los fallecidos fueron mayores a los 60 años se presumía que fallecía al último el de menos edad; si todos los fallecidos fueron unos mayores de 60 años y los otros menores de 15 años, se presumía que estos últimos sobrevivían a aquéllos. Si todos los fallecidos tuvieran entre 15 y 60 años, si eran de distinto sexo se presumía que fallecían primero las mujeres y después los varones, siempre y cuando fuesen de la misma edad o la diferencia de edades no fuere superior a un año, y si en el supuesto todos los fallecidos fueren del mismo sexo se presumía que fallecía al último el más joven.

6. En la designación de *tutela por testamento*, en el CN (397) señalaba que *únicamente el padre o la madre*, el último en morir, podía nombrar un tutor testamentario, mientras que en el CCDF (470) este derecho le corresponde no sólo a los padres sino a *cualquiera de los ascendientes* que ejerza la patria potestad. Sin embargo, por una parte en el CN (399 y 400) *si la última en morir era la madre y se volviese a casar* no podía nombrarle tutor, y por otra, si ninguno de los progenitores hubiese nombrado tutor, dicho cargo le correspondía al ascendiente en línea recta varón más cercano, prefiriéndose siempre al ascendiente que lo fuere por la línea paterna, en caso de que en ambas líneas hubiere varones, por ejemplo, se prefería al abuelo paterno, sobre el abuelo materno.

7. En el CN se podía *designar tutor* para los hijos incapaces por testamento o *por declaración auténtica* (392 y 398), en tanto que en el CCDF únicamente se puede hacer por testamento (470 y siguientes), aunque en nuestro ordenamiento se pueden nombrar además tutor para el descendiente del cual se ejerce la tutela (475) y también se puede nombrar tutor administrador respecto de los bienes que se dejen a un incapaz que no esté sujeto a patria potestad de nadie (473).

8. Cuando una persona fuere designada como *tutor por testamento*, en el CN (401) *no era obligatorio* el desempeño del cargo, excepto que fuese al mismo tiempo una de las personas a las que les pudiese haber correspondido, por ley, el desempeño del cargo.

9. Con relación a la capacidad para heredar en ambos ordenamientos se requiere de *existir, ser capaz y ser digno*, pero en el CN (727) se llamaban indignidades a las que el CCDF llama incapacidades por causa de delito (1313, fracción II), aunque quiso quitarle dicha referencia y dejarlas sin nombre (comparar texto del art. 1316, antes y después de su reforma en el año 2000). Asimismo en el CN (917 a 911) se regulaban las incapacidades por presunción de influjo contrario a la libertad del testador respecto de los que hayan sido tutores, médicos o similares, y ministros de culto, incluyendo en dicha incapacidad a los *familiares* de todos ellos, sin embargo, en el CCDF (1321 a 1325) en el caso de los tutores, se incluye a los curadores, pero en ellos no se mencionan a sus familiares. Por otra parte, en ambos ordenamientos se señala que el heredero o legatario debe ser capaz tanto al momento de la muerte del de cujus, como al momento

de cumplirse la *condición suspensiva* a la que se sujetó tal carácter (CN 1040 y CCDF 1335).

10. Los herederos de la *porción legítima o parte no disponible*, o en caso de intestado de todo el caudal hereditario, en el CN (723) eran los *herederos legítimos* (descendientes, excepto los hijos naturales, ascendientes y colaterales), y sólo a falta de ellos la herencia correspondería a los hijos naturales (habidos fuera de matrimonio), al cónyuge supérstite, y en defecto de todos ellos al Estado. En el CCDF (1602) establece que serán llamados al intestado los descendientes, los ascendientes, el cónyuge o el concubino, los colaterales y en última instancia la Beneficencia Pública.

11. Lo que en el CCDF (1609 y 1610) se establece como herencia a favor de la *estirpe de los descendientes*, en el CN (739) se denominaba representación, definiéndola como “una ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar a los representantes en el puesto, grado y derechos de los representados”.

12. Si concurren *ascendientes con hermanos* del de cujus, en el CCDF (1615) la herencia corresponde por entero a los ascendientes, sin importar en qué grado lo sean. En el CN (748 a 751) se establecía que *una mitad les correspondía al padre y a la madre, y que la otra mitad era para los hermanos o su estirpe*, asimismo disponía que si faltare uno de los progenitores su porción (una cuarta parte) pasaría a los hermanos, no al otro progenitor.

13. En la herencia de los *colaterales* heredaban en el CN (755) los parientes hasta el *duodécimo* grado, mientras que en el CCDF heredan los colaterales hasta el cuarto grado (1602 y 1634).

14. Los *hijos naturales* en el CCDF heredan como cualquier hijo, ya que actualmente ya no hay distinción respecto de los que antiguamente se llamaban legítimos. En el CN (756, 338, 757 y 758) se establecía que los hijos naturales (habidos fuera de matrimonio) *no tenían derecho a heredar, excepto que hubiesen sido reconocidos*, en cuyo caso heredarían conforme a lo siguiente:

- Un tercio de la porción que le correspondería a cada hijo, si concurría con hijos legítimos.
- La mitad de una porción si concurre con ascendientes, o hermanos o hermanas del de cujus.

- Tres cuartas partes de una porción cuando concurren con otros parientes hábiles para heredar, que no sean ascendientes, descendientes, ni hermanos o hermanas.
- Si no hubiese más pariente hábil para heredar que el hijo natural, entonces heredaba todo.

15. Si el de cujus hubiese tenido un *hijo incestuoso o adulterino*, éste no heredaba nada, conforme al CN (762).

16. En el CN (765) *si moría el hijo natural sin descendencia*, los padres que lo hubieren reconocido heredaban por partes iguales.

17. El *cónyuge supérstite* en el CCDF hereda aun concurrendo con los descendientes del de cujus (1608, 1624, 1625), con los ascendientes (1626), y si concurre con colaterales los excluye, excepto en el caso de los hermanos o sus estirpes (1627, 1632 y 1629), en el CN el cónyuge *no heredaba si concurría con parientes consanguíneos hábiles* para heredar.

18. En el CN (774) las herencias podían aceptarse con o sin *beneficio de inventario*, mientras que en el CCDF (1678) siempre se tienen por aceptadas a beneficio de inventario.

19. En el CN (794 y 795) para aceptar con beneficio de inventario era menester la *elaboración del inventario*, dentro de los tres meses siguientes a la muerte del de cujus, y el heredero además gozaba de un plazo adicional de cuarenta días para decidir si aceptaba, con o sin beneficio de inventario, o si repudiaba. Si el heredero al realizar el inventario ocultaba bienes perdía el beneficio de inventario, si lo había hecho valer (801).

20. En el CN (802) se expresaba por qué el beneficio de inventario *no producía confusión* con el heredero: para conservar contra la herencia el derecho de reclamar el pago de sus propios créditos. En el CCDF no señala el por qué, también deja a salvo el cobro de los créditos del caudal hereditario en contra del heredero, para proteger a los acreedores preferentes.

21. La *mujer casada* en el CN (776) no podía *aceptar una herencia* sin la autorización del marido o del juez, mientras que en el CCDF (1655) se establece que puede hacerlo ella sola.

22. En el CN (904 y 488) se podía *testar* a la mayoría de edad, a los *21 años*, sin embargo, facultaba a que los mayores de *16 años* testaran, pero en este caso únicamente podía disponer de *la mitad* de

los bienes disponibles. En el CCDF (1306) se puede testar desde los 16 años, y se contempla además el Testamento del Loco u otorgado en intervalo de lucidez (1307 a 1311).

23. En el CN (905 y 226) la *mujer casada* no requería de autorización de su marido para *disponer por testamento*, aunque sí para donar. En el CCDF (2) se establece la capacidad plena de la mujer.

24. En el CN (968) se prohibía que en *una sola "acta" testaran dos o más personas* en provecho recíproco o de un tercero. En el CCDF (1296) se tiene la misma prohibición, pero en vez de ser en una sola "acta", señala en un solo "acto".

25. En el CN (893) se establecía que *no se podía de disponer de bienes para después de la muerte si no era a través de los testamentos* que regulaba. En el CCDF no se establece este principio con tal claridad, por lo cual han surgido disposiciones *post-mortem* como la designación de beneficiarios señalada por la Ley de Instituciones de Crédito (56), o en la Ley del Mercado de Valores (92).

26. En tipos de testamentos el CN (969) establecía como ordinarios al *Ológrafo*, al otorgado en *Instrumento Público* y al *Místico*. En el CCDF (1500) se señalan como ordinarios al *Ológrafo* y a los Públicos Abierto, Cerrado y Simplificado.

27. El Testamento *Ológrafo* en el CN (970) debía estar totalmente escrito, fechado y firmado de "la mano del testador", "no necesitaba ninguna otra formalidad. En el CCDF (1550) debe también estar escrito, fechado y firmado de "puño y letra" del testador, pero además requiere hacerse por *duplicado y depositar* el original en el Archivo General de Notarías.

28. El Testamento en *Instrumento Público*, en el CN (971) debía otorgarse ante dos escribanos (notarios) y dos testigos, o bien ante un escribano y cuatro testigos. El equivalente en el CCDF (1511) es el Público Abierto, el cual se otorga ante un notario, y en principio, sin necesidad de testigos. En el CN (972) el escribano debía escribir el testamento "*tal cual se lo dicte*" el testador, era nuncupativo, únicamente podían otorgarlo los que podían hablar, y debía leersele en presencia de los testigos. En el CCDF (1512) señala que el testador expresará su voluntad de modo claro y terminante, debiendo redactar el notario y leersele.

29. En el CN (975) *no podían ser testigos* en los testamentos los parientes *por afinidad* hasta el cuarto grado, en el CCDF los parien-

tes por afinidad sí pueden ser testigos (1324 y 1502, fracción VI). En el CN (980) únicamente podían ser testigos los varones mayores de edad, vasallos del Emperador y que gozaran de los derechos civiles. En el CCDF todas las personas pueden ser testigos, salvo que la ley se los prohíba, bastando que tengan 16 años.

30. En el *Testamento Místico* del CN (976 a 979) podía escribirlo el testador o hacer que lo escribiera un tercero, debía presentarlo en *pliego cerrado al escribano ante seis testigos*, si el testador no sabía firmar o no lo escribió, se requería de un *séptimo testigo*, los que no sabían o no podían leer eran inhábiles para otorgar este testamento. El mudo, quien no estaba habilitado para otorgar el Testamento en Instrumento Público, si podía escribir, podía otorgar Testamento Místico. En el CCDF (1521 y 1531) encontramos como equivalente a este tipo de testamento al Público Cerrado, diferenciándose en que únicamente requiere de tres testigos, excepto en el caso del sordomudo en que requiere de cinco.

31. En el CN (981 a 1001) se regulaban los *testamentos especiales*, señalando como tales el *militar* (981), el de los *enfermos e incommunicados* (986) y el hecho en el mar (988), señalaba que caducaban a los seis meses del momento en que el testador podría haber otorgado un ordinario, excepto el hecho en el mar, el cual caducaba a los *tres meses*. En el CCDF también existen estos tres testamentos especiales: militar, privado y marítimo, pero el plazo de caducidad es de un mes (1571). Los testamentos especiales mencionados en el CN (990) *debían otorgarse por escrito y por duplicado*. En el CCDF el militar puede ser escrito, en cuyo caso será cerrado, o verbal, que será abierto (1579), el privado puede ser verbal o escrito (siempre abierto) (1567 y 1568), en el caso del marítimo se conserva la regla de que sea por escrito y por duplicado (1584 y 1586).

32. El testamento *otorgado en el extranjero* conforme al CN (999) podía hacerlo como ológrafo conforme a las reglas de dicho código, o podía hacerlo por instrumento auténtico conforme a las reglas del lugar donde se otorgare. En el CCDF (1593) basta que el testamento otorgado en el extranjero cumpla con las disposiciones del país donde se otorga, o podrá otorgarse con base en las disposiciones señaladas en el mismo CCDF ante funcionario mexicano facultado para ello (1594 y siguientes).

33. En materia de *condiciones imposibles* el CN (900) las tenía por no escritas, mientras que en el CCDF (1347) anulan la institución, y además, señala que la posibilidad de la condición se determina al momento de la muerte del testador (1348).

34. En el CCDF (1285) el testador puede *disponer libremente de todos sus bienes*, mientras que en el CN (913 a 916) únicamente podía disponer de una porción conforme a lo siguiente:

- De la *mitad* de sus bienes si dejó un hijo o su estirpe.
- De un *tercio* si dejó dos hijos o sus estirpes.
- De una *cuarta* parte si dejó tres hijos o sus estirpes.
- De la *mitad* si no dejó descendientes, pero sí ascendientes por ambas líneas.
- De *tres cuartas* partes si no dejó descendientes, pero sí ascendientes por una sola línea.
- De *todo* si no dejaba descendientes ni ascendientes.

Los bienes de que no podía disponer el testador, bienes reservados, correspondían a los herederos que llamaba la ley, por sucesión legítima.

35. Con la parte disponible, en el CN (919) el testador podía dejar *a título de mejora* a alguno de los herederos legítimos, sin necesidad de colacionar, siempre y cuando así lo haya señalado el de cujus en la donación, en acta posterior o en el propio testamento. Este derecho de mejora no existe en el CCDF.

36. En el CN (920) si el testador *disponía en exceso* de la parte que la ley le permitía, se debía reducir a ella.

37. Cuando, en el CN (925) a través de *donaciones entre vivos se exceda o iguale* la parte disponible, caducaban todas las disposiciones testamentarias.

38. En el CN (1002 a 1013) se distinguía entre *herederos*, que eran los llamados por la ley, o sea, los legítimos a los que la ley les reservaba una porción, los *legatarios universales*, que eran los herederos designados por el testador respecto de la porción disponible y los *legatarios particulares*, los cuales eran designados por el testador respecto de bienes o derechos específicos, en el CCDF (1284 y 1285) solamente se distingue entre herederos, a los que se les llama, por la ley o el testador, a título universal respecto del todo o

de una parte alícuota, y legatarios, aquellos a quienes se les llama a título particular.

39. En el *legado de casa ajena* el CN (1021) señalaba que siempre era nulo. En el CCDF (1432) dispone que es válido si el testador sabía que la cosa era ajena al momento de otorgar el testamento, estando obligado a adquirir la cosa para entregarla al legatario, o a darle su precio.

40. Si el testador *enajenó parte o la totalidad de la cosa legada*, en el CN (1038), el legado quedaba sin efecto en la parte enajenada, aun cuando posteriormente recobrarla la cosa, en el CCDF (1413) dispone lo contrario, el legado valdrá cuando el testador hubiere recobrado la cosa.

41. Con relación al *albacea* encontramos, como principales, las siguientes diferencias:

- En el CN (1025) se le llamaba *ejecutor testamentario*, en el CCDF se les llama albaceas (1679).
- El cargo de los ejecutores, en el CN (1026) duraba *un año* contado a partir de la muerte del de cujus, en el CCDF (1737) aunque también dura un año, sin embargo el plazo del albacea se cuenta a partir de su aceptación.
- En el CN (1029) la *mujer casada* requería autorización del marido para aceptar el cargo de ejecutor testamentario, pero si estaba casada bajo el régimen de separación de bienes requería autorización del marido y en defecto de que éste la otorgara, requería autorización judicial. En el CCDF (1679) la mujer casada no requiere autorización de nadie para aceptar el cargo.

42. Con relación a la *revocación y caducidad* de las disposiciones testamentarias tenemos, como principales, las siguientes diferencias:

- El CN (1035) dispone que para revocar un testamento es necesario *otorgar otro*, en el CCDF no existe una disposición que así lo determine, aunque la conclusión debe ser la misma basándonos en el concepto de testamento (1295).
- Los *testamentos posteriores*, en el CN (1036) revocaban a los anteriores si expresamente se señalaba, en caso contrario únicamente revocaban las disposiciones incompatibles con el nue-

vo; en el CCDF (1494) la regla es al revés, el posterior perfecto revoca al anterior, salvo que se exprese que continuará vigente el anterior, en todo o en parte.

En el CN (1044) se establecía el "*derecho de acrecer*" en los legados establecidos *conjuntamente* a favor de varias personas, en el CCDF la sustitución recíproca debe ser expresa, excepto en el Testamento Público Simplificado (1549 bis, fracción II).

43. En el CN (815) se podía *suspender la partición* por un periodo máximo de *cinco años*, aunque al vencimiento de éste se podía renovar por otro periodo con la misma regla. En el CCDF (1769) se permite también el convenio por el cual suspendan la partición, pero no los limita a un plazo máximo.

44. En el CN (818) además de los herederos, podía el *marido* de la heredera, en caso estar casado bajo el régimen de comunidad conyugal, *pedir la partición*, aun sin el concurso de ella. En el CCDF (1768) únicamente pueden pedir la partición los herederos, o aquellos a quienes se faculta a hacer valer sus derechos (859 CPC).

45. En el CN (829, 843 y 844) se regulaba una figura que en el CCDF no existe, la *Colación*. Los herederos debían devolver al caudal hereditario los bienes que hubiesen recibido a título gratuito en vida del de cujus, debiendo llevar también los créditos y las deudas que tuvieran en relación con ellos. En caso de tratarse de bienes fungibles y haberlos enajenado debían llevar otros de la misma especie, cantidad y calidad, o en defecto de ello se tomaría en cuenta su valor. La colación consistía en tomar en cuenta, para el reparto en la partición, lo que cada heredero recibió en vida del ahora difunto. Si el de cujus hubiese dispuesto que dichos bienes no fueran considerados para colacionar, el heredero podía conservarlos, pero sí se tomaban en cuenta para el cómputo de su porción.

46. También se podía colacionar, en el CN (858) *o devolviendo* la misma cosa *o restando* de la parte que le debía corresponder al heredero.

47. En el CN (861 y 862) *debían abonarse al heredero que colacionaba* los gastos de mantenimiento de la cosa, aunque no implicasen una mejora.

48. Si la cosa que debía colacionarse *se desmejoraba o deterioraba* por culpa o negligencia del heredero, éste soportaba dicha disminución en su porción (CN 863).

49. En el CN (866) se fijaban las reglas para colacionar *un inmueble, adquirido por donación con dispensa de colacionar*, si el valor del mismo excedía de la parte disponible por testamento.

50. En el CN (887) se establece que *las particiones se podían rescindir* si el heredero era perjudicado en más de un 25% de su porción, pudiendo rescindirse, por ejemplo, en el caso de que algún coheredero no hubiere cumplido con llevar a la partición los bienes que estuviere obligado a colacionar. En el CCDF (1788) señala que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones, sin embargo, las obligaciones de los coherederos no son recíprocas.

Es notorio el gran influjo que el CN ha ejercido en el CCDF, siendo más las similitudes que las diferencias, debiéndose éstas a la adaptación de las disposiciones a nuestra cultura e idiosincrasia, tal como el caso del testamento ológrafo, el cual debe ser depositado en el Archivo General de Notarías, puesto que no confiamos en nuestro dicho, en nuestra palabra. Otras diferencias son consecuencia de los nuevos tiempos, tiempos de libertad al extremo, como la desaparición del heredero forzoso, de la sucesión legítima, de la porción reservada, de la colación.

Para terminar señalemos que el CCDF, con la reforma a los artículos 455 y 475 bis, parece que ha dado los primeros pasos para lograr la designación de tutela testamentaria múltiple, y que además el tutor entre en funciones cuando el representante legal reconozca ya no tener las fuerzas, físicas o intelectuales, suficientes para encargarse del pupilo; es deseable que se legislara más ampliamente ese tema, así como crear la figura del auto-tutor o representante legítimo voluntario para el caso de que una persona sea declarada en estado de interdicción, pudiendo nombrarlo cuando era capaz y especificarle las reglas a las que quiera sujetar el desempeño del cargo.

## LA HERENCIA DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN EN EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Fausto RICO ÁLVAREZ

En mi opinión existen en Europa tres sistemas jurídicos distintos: el francés, el alemán y el anglosajón; sin embargo, también he sostenido que los tres tienen como trasfondo común el derecho romano, aunque en diferentes medidas y aspectos. Por ejemplo, en el sistema anglosajón, el derecho romano influyó en la teoría y en la enseñanza del derecho, pero no en la práctica judicial.

De los tres sistemas mencionados, el que más influencia ha tenido en el sistema jurídico mexicano ha sido el francés, sobre todo en materia civil y a partir del Código de Napoleón del que tanto se ha hablado.

Concretando mi intervención en la materia de los contratos tengo que decir que en el Código Napoleón la regulación de cada uno de los contratos en especial se encontraba en el Libro Tercero, llamado "De los diferentes modos de adquirir el dominio", en la cual nos encontramos con un título tercero que hablaba "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general". Este título contenía principalmente: una teoría general del contrato, algunos breves aspectos relativos a las obligaciones en general y posteriormente la reglamentación de los distintos contratos, en un orden que no respondía a un criterio regular. Como se puede observar, el Código Napoleón no contiene propiamente una teoría general de las obligaciones pues los temas propios de las obligaciones los fue regulando a medida que se regulaba cada uno de los contratos.

Como consecuencia del impacto del Código Napoleón en España, Florencio García Goyena se dio a la tarea de hacer un proyecto de Código Civil español, el cual es una traducción fiel y exhaustiva del Código Napoleón, con una serie de comentarios y notas extraídas principalmente de las Siete Partidas.

Por otra parte, en México, a partir de 1824 se trabajó en diferentes códigos y proyectos que no llegaron a sostenerse en vigor, pero denotan la tendencias de la legislación mexicana a recibir, y en la mayor parte de los casos a copiar, el Código Napoleón.

En 1870 se da el ordenamiento que conocemos como Código Civil de 70, el cual, siguiendo al Código Napoleón, trata tres grandes rubros: habla de la teoría general del contrato, toca algunos aspectos de la teoría de las obligaciones y comienza a reglamentar los contratos en especial. Es preciso señalar que el Código Civil de 1870 cambia el orden en que se regularon los contratos, pero se puede decir que el contenido corresponde al Código Napoleón.

Como es sabido el Código de 84 es igual en esa materia al Código de 70, por lo que no amerita un comentario especial.

El impacto y la influencia que tuvo el Código Napoleón fue tan grande, que la inmensa mayoría de los países de Europa continental y de América lo copiaron o lo siguieron muy cercanamente.

Por otra parte, y analizando otro de los sistemas europeos, a finales de 1800, tras la unificación de Alemania, se planteó la necesidad de elaborar un Código Civil para toda la nueva nación, para lo cual hubo dos posiciones contrarias. Unos autores, siguiendo a Thibaut, dijeron que debía ser un Código parecido al francés pues era un modelo bien hecho y generalmente aceptado; en cambio, otra corriente, siguiendo a Savigny, dijeron que debería hacerse un Código Civil, pero partiendo de las costumbres y antecedentes del pueblo alemán, fundándose así la Escuela Histórica Alemana. Ganó esta última corriente y se creó un Código Civil alemán independiente y distinto del Código Civil francés, en el que como innovación se reglamentó la teoría general del negocio jurídico (ya no del contrato), la teoría general de las obligaciones y después de las distintas especies de contratos.

Siguiendo este modelo en 1912, se expidió en Suiza el Código de las Obligaciones.

En mi opinión la Comisión que realizó el proyecto del Código de 1928 se encontró como antecedente inmediato del Código de 84, que

como el Código Napoleón reglamenta la teoría del contrato, pero, por otra parte, conoció las innovaciones del Código Civil alemán y del Código suizo de las obligaciones y siguiendo un criterio ecléctico, dividió el libro cuarto de las obligaciones en dos partes:

1. De las obligaciones en general, en donde siguiendo al Código suizo y al alemán reglamentó la Teoría general de las obligaciones, pero, por otro lado, no pudo deshacerse de la tendencia marcada por el Código de 84 de seguir al Código Napoleón, en el cual la principal fuente de las obligaciones era el contrato y mezcló las dos tendencias. Para prueba basta leer el artículo 1859:

Art. 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos".

2. En materia de contratos, el legislador cambió el orden estableciendo una clasificación más o menos ordenada, comenzando con los traslativos de dominio, uso de guarda y custodia, etcétera.

La inmensa mayoría del contenido de los contratos fue tomada del Código de 84, y en mi opinión, en este código a medida que se iban reglamentando los mismos, se trataban los temas de la teoría general de las obligaciones. El problema nace cuando la teoría general de las obligaciones es influida por las codificaciones germanistas y como estas dos no fueron concordadas entre sí, nos encontramos con una reglamentación en la Teoría General de las Obligaciones y con otra en las disposiciones de los contratos especiales, que generalmente se contraponen. Así, por lo que se refiere a la entrega del bien, debe hacerse en el domicilio del deudor artículo 2082.

"Art. 2082. Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprende de las circunstancias, de la naturaleza de las obligaciones o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos".

En cambio en la compraventa la entrega de la cosa debe hacerse en donde se encontraba al celebrarse el contrato de compraventa.

“Art. 2291. La entrega de la cosa vendida debe hacerse en el lugar convenido y si no hubiere lugar designado en el contrato, en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendió”.

Para poder solucionar este problema sin mayores contratiempos, siempre ha sostenido que debe aplicarse la regla de los contratos en especial siguiendo el principio de que la regla especial deroga a la regla general.

Lo que se debió haber hecho y tenemos que hacer, es sacar de los contratos en especial todas aquellas reglas que se encuentran en la teoría general de las obligaciones y dejar sólo las que sean especiales de cada contrato en razón de su naturaleza, para no repetir la regulación sobre una misma materia. Si ya tenemos en la Teoría General de las Obligaciones una regla clara sobre la entrega de la cosa, no es necesario repetir en cada contrato que genere obligaciones de dar la regla sobre su entrega; y mucho menos poner una regla distinta para cada contrato, como sucede actualmente.

Un ejemplo de reglas especiales que justifican por la propia naturaleza del contrato, es la del saneamiento para el caso de evicción en la donación:

“Art. 2351. El donante sólo es responsable de la evicción de la cosa donada si expresamente se obligó a prestarla”.

“Art. 2352. No obstante lo dispuesto en el artículo que precede, el donatario queda subrogado en todos los derechos del donante, si se verifica la evicción”.

Además de lo anterior, el Código Civil de 1928 reglamentó algunos contratos que no estaban ni en el Código Napoleón, ni en el Código Civil de 1884, como el contrato de prestación de servicios profesionales, pero no siguió el mismo método que el Código 84, pues éste comenzó cada contrato con la definición, y los contratos de promesa y de servicios profesionales no tienen una definición. En estos nuevos contratos existen errores graves por ejemplo:

“Art. 2247. Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin

efecto, siendo el responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte”.

En otros hicieron reformas fundamentales y no del todo atinadas. Por ejemplo, en el contrato de mandato, que lo hizo naturalmente oneroso, estableció el mandato sin representación, mandato irrevocable; e incluyó el poder dentro del mandato.

Ejemplo de lo que se debió hacer, es lo que hizo la Comisión del Código Civil Italiano de 1942 que en lugar de seguir ciegamente al Código Francés o al Código Alemán, o de hacer mezcla incongruente de ambas corrientes, tomó lo mejor de cada uno punto por punto y no copiando en bloques, sino que en cada figura específica estudió las dos corrientes y tuvo la libertad de decidir cuál tomar o tomar una postura ecléctica o crear una nueva corriente, etc. A manera de ejemplo, el Código Civil italiano reglamentó primero la Teoría de las Obligaciones, luego la Teoría General del Contrato y finalmente reguló los contratos en particular.

Termino invitándolos a que se trabaje en un nuevo Código Civil, pero en el que se tengan presentes los errores cometidos por el Código Civil de 1928 y que se concuerde la teoría general de las obligaciones con la regulación de los contratos en especial.

## EN MEMORIA DE ÁLVARO D'ORS

Jorge ADAME GODDARD

El 1 de febrero de este (2004) año falleció el insigne jurista y profesor universitario Álvaro D'Ors Pérez Peix, a los 88 años de edad, después de una larga enfermedad. No puedo hacer ahora una crónica objetiva de su actividad, sus méritos, cargos y publicaciones, pues me siento como impelido a hablar de lo que yo aprendí —y sigo aprendiendo— de él y dar así mi testimonio de gratitud y admiración por un jurista a la vez genial y ejemplar.

Estuve con él poco tiempo, en la Universidad de Navarra, en Pamplona, durante los meses de octubre de 1976 a junio de 1977. Para entonces yo había terminado una primera versión de mi tesis doctoral de Historia, que tenía que revisar y corregir. Fui a Pamplona con el objetivo de aprender derecho romano y especialmente hacer un trabajo de investigación sobre los interdictos posesorios. ¡No sabía lo que me esperaba! Desde el primer día que traté a don Álvaro me impresionó su fuerte personalidad, su inteligencia privilegiada, su erudición asombrosa, aunadas a una bondad magnánima. Me propuso un plan de trabajo que comprendía lecturas de obras generales de Historia del derecho y Derecho romano, combinadas con lecturas monográficas sobre bienes, posesión e interdictos; además me sugirió acompañarlo a las clases de Derecho romano que impartía en la licenciatura y me dijo que todos los viernes me dedicaría dos horas o más para que platicáramos sobre lo que yo hubiera leído y avanzado en el trabajo de investigación.

La compañía de don Álvaro era siempre estimulante y enriquecedora. Los días que impartía clases, salíamos juntos desde la biblioteca y caminábamos, cruzando un campo, hasta el salón de clases, en

amena conversación, en la que me comunicaba sus ideas acerca del derecho en general, de la universidad, de la ciencia romanística, la situación política española, la historia del derecho, el derecho civil y mil cosas más, siempre interesantes o divertidas, sin ser triviales. La clase de dos horas la interrumpía con un receso de 15 a 20 minutos que aprovechábamos para tomar un café y seguir charlando, con frecuencia acerca de los alumnos, libros de texto, métodos de enseñanza, exámenes y demás ejercicios docentes; recuerdo especialmente la atención que prodigaba a un estudiante, no muy preparado ni especialmente dotado, pero interesado en la materia. Al terminar la clase, regresábamos a la biblioteca y varias veces lo vi dirigiéndose, apenas entraba al edificio de la biblioteca central, a saludar de mano al bedel o conserje que estaba a la entrada del edificio para dar informes y vigilar la entrada y salida de personas. Me llamó la atención el detalle, pero no le pregunté por qué lo hacía; años después leyendo algún escrito suyo encontré la explicación: el saludar de mano a los bedeles, decía, es el mejor modo que había encontrado para recordarse que él, como ellos, era un servidor, y con esta conciencia evitar la soberbia, propia de los profesores universitarios, de sentir que no les ha sido dado todo el reconocimiento que, según su propia opinión, se merecen.

Hacia el mes de marzo me dijo que ya era necesario que recapitulara las lecturas que había hecho redactando un artículo sobre el tema que me había llevado a Pamplona, los interdictos posesorios. Me sugirió lo hiciera sobre la *actio ex interdicto*, y como primer paso que revisara lo que Gayo (la fuente principal del tema) decía al respecto. Me acompañó durante la elaboración del trabajo, sugiriéndome lecturas, interpretaciones de los textos, conexiones, luego leyó y corrigió las primeras versiones del trabajo. A propósito de este trabajo me enseñó a manejar las fuentes romanas, me estimuló para que estudiara latín y alemán y aprendí, de manera inmediata y experimental, un principio del trabajo de investigación jurídica que me ha servido a lo largo de mi carrera académica: que toda investigación ha de hacerse con base en las fuentes primarias y que, en consecuencia, lo primero que debe hacer un investigador es delimitar con precisión las fuentes objeto de su investigación. Este trabajo, a mi regreso a México, fue el primer artículo académico que publiqué. Cuando don Álvaro hizo una nueva edición de su libro *Derecho privado romano*,

ya citaba ese artículo mío como una referencia para el tema del proceso *ex interdicto*. ¡Desde España seguía estimulándome y atento a mi trabajo académico!

Cuando me despedí de don Álvaro en junio de 1977, me dijo que le escribiera, que él era una persona que respondía las cartas, y en vez de decirme adiós me dijo "hasta siempre". Y en verdad que nunca dejó de contestar una carta e incluso escribió por propia iniciativa cuando pensaba que yo ya le habría escrito una carta que podía haberse perdido en el correo. La última carta que recibí de él está fechada en agosto de 2003. Por medio de esta correspondencia epistolar a lo largo de 26 años siguió aconsejándome, estimulándome, respondiendo a mis preguntas y fue creciendo la amistad y el conocimiento recíproco. Lo vi físicamente sólo una vez más, en enero de 2002, cuando estuvimos, mi esposa y yo, a comer en su casa de Pontevedra; tenía entonces 86 años y nuevamente me impresionaron su vigor intelectual y su bondad.

La contribución científica de Álvaro D'Ors a la cultura jurídica me parece que ha sido enorme y todavía no bien conocida ni apreciada. No fue, como suele decirse con cierta admiración, un "hombre de su tiempo". Sus posiciones intelectuales estaban más bien en contraste con las opiniones comunes actualmente dominantes. No es de extrañar que explicara alguna vez la libertad como la posibilidad de "resistir a las mayorías". Siendo apasionado de la libertad, pero al mismo tiempo de la justicia, criticaba fuertemente el sistema político democrático, la doctrina corriente de los "derechos humanos", el sistema económico capitalista (que él prefería llamar "consumista"), la globalización entendida simplemente como ampliación de mercados y concentración de poder económico. No fue ni nunca pretendió ser un pensador popular; lo peor que le podría desear, me escribió alguna vez, es que conformara su pensamiento con el criterio de la corrección política.

Su posición no era meramente destructiva. Avizoraba nuevas formas de organización política y económica. Hacía ver que el Estado moderno, entendido como una organización política que ejerce una soberanía exclusiva y excluyente en un territorio delimitado por fronteras, era una organización política histórica que actualmente estaba en crisis, y que era necesario sustituir con una nueva organización de la cosa pública o república. No llegó a ni pretendió delinear una nue-

va forma de organización política (aunque no ocultaba sus simpatías por la monarquía), pero avanzó un criterio (sería mejor decir que lo redescubrió) fundamental para construirla: la distinción entre *auctoritas* (saber socialmente reconocido) y *potestas* (poder socialmente reconocido). La formulación y ejercicio del orden social, señalaba, requiere de esos dos elementos: instancias de autoridad, que por su propia competencia técnica o científica (es decir por su *auctoritas*) y sin tener poder, recomienden o aconsejen los contenidos de las leyes, de las órdenes gubernativas, de las decisiones judiciales; e instancias de potestad que tengan el derecho (socialmente reconocido) de expedir coactivamente esas leyes, órdenes o sentencias. La libertad política se preserva, según enseñaba, no por la división de poderes del sistema democrático, ya que el poder es por sí mismo unitario, sino por el equilibrio entre las instancias de autoridad, que aconsejan, y las de potestad, que ordenan; este equilibrio supone la independencia de las instancias de autoridad respecto de los intereses políticos y económicos, para que los consejos puedan ser objetivos, y la libertad de la potestad para seguir o no las recomendaciones de la autoridad, ya que muchas veces lo mejor posible (que es lo que recomendaría la autoridad) no resulta políticamente practicable. Con esta posición estaba relacionado un consejo que daba a los jóvenes profesores: que no se mezclaran en política, porque el intelectual auténtico procura definir el bien posible, mientras que la política es el arte del mal menor.

Denunciaba que el sistema consumista partía de un error fundamental, el proponer que la riqueza estaba en un aumento indefinido de la producción estimulada por el consumo masivo, el cual a su vez era incluso artificialmente provocado. En vez de ello, proponía regresar al principio de que los recursos naturales son escasos, de modo que el sistema económico debiera orientarse a la mejor utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades humanas. La empresa, en esta nueva concepción, no se vería como un instrumento de lucro al servicio de los accionistas, sino como una comunidad laboral para el sustento y desarrollo de los trabajadores. Hay dos errores jurídicos, decía, que han cimentado el sistema consumista: uno es el de dar personalidad jurídica a las empresas mercantiles que tienen como finalidad el lucro de los accionistas, cuando la personalidad jurídica se concedía tradicionalmente, y debe sólo

concederse, a las entidades colectivas que realizan un servicio público (no necesariamente estatal, sino en bien del pueblo). El otro es considerar los intereses como frutos del dinero que se producen espontáneamente, siendo que el dinero es cosa inanimada que no produce nada por sí misma; este error lleva a considerar que la riqueza consiste en tener dinero, siendo que éste es sólo un medio para el intercambio de bienes, con lo que el afán capitalista por el dinero no es más que otra forma del viejo error de preferir los medios a los fines. Los intereses debieran considerarse, enseñaba, sólo como un precio convenido por el uso del dinero.

Tenía una visión del derecho también diferente de lo que hoy es corriente. El derecho, decía, es obra de la autoridad (de los que saben) y no de la potestad (de los legisladores). Es fundamentalmente una doctrina, elaborada por los juristas y practicada por los jueces, para resolver las controversias de carácter patrimonial entre los particulares, o las controversias entre los ciudadanos y el gobierno; en la solución de dichas controversias debe tenerse en cuenta lo que dicen las leyes, pero éstas, por sí mismas, no son fuentes del derecho ni modifican el derecho. Es una posición que reconoce en el derecho una categoría científica que lo hace, como toda ciencia, independiente en sus contenidos respecto de las órdenes de la potestad. Esta posición explica que dijera que uno de los mejores frutos que tenía para los jóvenes universitarios el estudio del derecho romano era formarles los hábitos mentales de una jurisprudencia (o ciencia jurídica) independiente.

Sus aportaciones concretas al derecho romano son numerosas, especialmente en el campo de la epigrafía jurídica romana. Quiero solamente destacar alguna, de carácter más general, su teoría del *creditum* que dio lugar a una recomposición del sistema de fuentes de las obligaciones y de la noción misma del contrato. A partir del análisis crítico de los textos jurídicos clásicos, en particular del Edicto del pretor urbano, descubrió que entre los juristas clásicos se hacía una contraposición entre las obligaciones reales y verbales (*re et verbis*), es decir los préstamos y las estipulaciones, por una parte, y las obligaciones contractuales por la otra; que las primeras estaban sancionadas por unas acciones y las contractuales por otras acciones de naturaleza diferente, llamadas de buena fe, que daban al juez mayor libertad para determinar el monto de la condena. Tanto las obli-

gaciones reales y verbales como las contractuales requerían de un convenio o acuerdo de voluntades previo, por el que las partes acordaban prestar alguna cosa, prometer algo o intercambiar ciertos bienes o servicios, pero observó que las obligaciones contractuales se distinguían de las otras porque eran obligaciones recíprocas, en las que ambas partes eran a la vez acreedor y deudor, mientras que en las obligaciones derivadas de préstamos o estipulaciones cada parte desempeñaba sólo un papel, el de deudor o el de acreedor. Lo esencial del contrato no está, en consecuencia, en el consentimiento sino en la reciprocidad de las obligaciones. Eso explica que Labeón definió el contrato como obligación recíproca (*contractum ultro citroque obligationem*). De aquí partía su crítica a la clasificación de Gayo de las fuentes de las obligaciones, que distinguía entre delitos, cuasidelitos y contratos subdivididos en reales (préstamos), verbales (estipulaciones), literales y consensuales, y que propusiera como la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones la siguiente: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos, en la cual figuras como el mutuo, la prenda, el comodato o la promesa se distinguen claramente de los contratos propiamente dichos (fiducia, depósito, mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento).

Respecto de la enseñanza del derecho romano, recomendaba hacerla (como él la había recibido de su maestro Castillejos) acompañando la lección magistral con la discusión de casos, la cual tenía lugar en la última parte del curso, después de que los estudiantes habían estudiado las instituciones. Lo importante de la discusión de casos, advertía, no era la discusión de los hechos ni los problemas de prueba de los mismos, sino la definición de las cuestiones jurídicas implicadas en cada caso. La discusión debía centrarse en definir cuál era la *quaestio* o planteamiento adecuado del caso y en los argumentos para demostrarla, pues la solución del caso que consistía en la elección del recurso judicial conveniente era una conclusión fácilmente deducible del planteamiento adoptado.

Desde que regresé a México, después de haber estudiado con don Álvaro y aprendido de él, organicé mi actividad académica siguiendo sus enseñanzas. Apenas llegado a México, se me encomendó impartir un curso de Historia del derecho, en el cuarto año de la Escuela Libre de Derecho, y lo organicé a partir de la idea de que el derecho es ciencia y no ordenamiento, de modo que resultó un curso de histo-

ria de la ciencia jurídica. Después de dos años de dar este curso, pude cambiar al segundo curso de Derecho romano en la misma escuela, y lo impartí durante diez años siguiendo el libro de don Álvaro, el *Derecho privado romano* y haciendo ejercicios de discusión de casos. Posteriormente, en la Universidad Panamericana he dado los dos cursos de Derecho romano siguiendo el mismo libro y practicando la discusión de casos.

Mi actividad como investigador también quedó marcada por la impronta de don Álvaro. En Pamplona me había sugerido hacer un trabajo de palíngenesia sobre el libro primero de las Sentencias de Paulo, consejo que seguí, o mejor dicho, he venido siguiendo, pues aún no concluyo el trabajo. Me revisó minuciosamente dos versiones del trabajo: le enviaba las copias por correo y por la misma vía me las regresaba con sus correcciones. ¡Otro ejemplo de dedicación y servicio a los estudiantes! En sus cartas me estimulaba a continuar con este trabajo, no obstante las dificultades de bibliografía que yo enfrentaba y el poco interés que despertaba en México, y gracias a esa insistencia continué y espero concluirlo pronto. El principio de investigación romanista de trabajar directamente sobre las fuentes originales, me llevó a procurar acercamientos con el Centro de Estudios Clásicos de la UNAM, y a establecer un equipo de trabajo en el que se han venido haciendo y publicando ediciones bilingües de las fuentes jurídicas romanas, cuyo primer impulso no visible fue el propio don Álvaro.

Mis inquietudes por la filosofía del derecho y de la sociedad también encontraron alimento en las obras de don Álvaro. Hallaba en sus libros de este tipo, como en *Una introducción al estudio del derecho*, o las colecciones de escritos tituladas *Papeles del oficio universitario*, o las que publicó en sus últimos años, como *Derecho natural y sentido común*, un alimento intelectual sabrosísimo. Una prosa sobria, clara, elegante, siempre correcta, aunada a la originalidad de planteamientos y a la recuperación de ideas olvidadas. Se leen con facilidad, se digieren con cuidado, con tiempo y gran satisfacción. Al leer este tipo de obras tuyas mi pensamiento se movía hacia el futuro. El libro que publiqué sobre filosofía social está fuertemente influido por las ideas de don Álvaro. Le envié un ejemplar del mismo y como respuesta me mandó una separata de una revista españo-

la donde había publicado una recensión elogiosa del mismo. ¡No perdía un detalle!

Aun mi interés por el régimen jurídico de los contratos internacionales estuvo movido por las ideas de don Álvaro. Él enseñaba que uno de los papeles del estudio del derecho romano hoy era contribuir a la formación de un nuevo derecho común, es decir de un derecho privado aplicable en distintos pueblos con independencia de la nacionalidad de las partes. Impulsado por ese motivo, y por otros de carácter más inmediato, he estudiado el régimen del contrato de compraventa internacional y de otros contratos internacionales, partiendo siempre de mi formación romanista y englobando (iba a escribir enguyendo) ese estudio en el derecho romano.

Don Álvaro ha sido para mí, y para muchos otros, y sigue siendo, un maestro en sentido real (alguien de quien se aprende) y ejemplar (alguien a quien se procura imitar). Mucho le debo y sé que él estaría contento si yo le pagara haciendo un mejor y mayor esfuerzo para que la vida universitaria sea un empeño serio por buscar, conservar y comunicar la verdad humanamente asequible. ¡Hasta siempre, don Álvaro!

## EL HIMNO NACIONAL MEXICANO, ¿PROPIEDAD DE LOS NORTEAMERICANOS?

José Ramón CÁRDENO-SHAADI

SUMARIO: I. *Situación jurídica de la obra en el momento de su creación.*  
II. *La empresa Warner y Levien.* III. *Conclusión.*

Qué interesante y triste es saber que no obstante ser un símbolo patrio, cada vez que se interpreta el Himno Nacional mexicano en los Estados Unidos de América ¡se pagan regalías a la empresa americana Warner y Levien, titular del registro de los derechos de autor en ese país vecino!

Este año, se conmemora el 150 aniversario de la primera interpretación oficial y a más de un siglo de su creación, resurge la pregunta sobre si el Himno es mexicano o una obra propiedad de los nacionales de otro país.

Varias disonancias nublan la propiedad del máximo canto patrio, ya que el Himno Nacional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de México, no contempla la obra original de los autores completa, sino sólo una parte editada de la misma. Entonces, ¿qué pasa con el resto de la obra original? ¿Quién es su propietario?

### I. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA OBRA EN EL MOMENTO DE SU CREACIÓN

En los años en que se creó la obra original por Francisco González Bocanegra y Jaime Nunó, ganadores del concurso convocado por el entonces presidente Santa Anna, no existía ningún tratado internacional firmado por los Estados Unidos de América ni por México en materia de derechos de autor, ni regulación alguna sobre los himnos de los países.

En México se consideraba a los derechos de autor, como un derecho de propiedad literaria y artística, misma que para ser adquirida, debía ocurrir el autor al Ministerio de Instrucción Pública a fin de que le fuera reconocido su derecho por parte del gobierno federal, previa presentación y depósito de las obras.

Los autores del Himno no prestaron atención al requisito de reconocimiento, presumiblemente porque el gobierno federal publicó su obra como la ganadora en el *Diario Oficial de la Federación*. Con ello sería públicamente conocida y se identificaría notoriamente a los autores. No obstante lo anterior, el requisito exigido por el Código Civil de 1884 les era aplicable.

Por otro lado, la convocatoria dirigida a los poetas y compositores para escribir el Himno Nacional en ningún momento ordenó la transmisión o expropiación de los derechos de la obra a favor del Estado mexicano, ni concluyó la pérdida de los derechos de los autores sobre la misma, ni impidió a los últimos el poder de transmitirla a terceros y menos constituyó al cántico como una obra fuera del comercio sometida a un trato jurídico especial.

Por lo tanto, el orden jurídico del momento, tenía grandes lagunas jurídicas y hechos legítimos que se podrían suscitar.

## II. LA EMPRESA WARNER Y LEVIEN

Bajo esta atmósfera jurídica, en 1899 la casa americana Warner y Levien, de origen alemán, editó los arreglos de las instrumentaciones preparadas por el maestro Susano Robles, que incluían las partituras para banda, piano y canto, y los registró en el Archivo de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América.

Con el legítimo registro, obtuvo el derecho de cobrar regalías por cada reproducción que de la obra se realizara en el territorio sajón. Por consecuencia, también obtuvo derechos sobre las utilidades que se obtuvieran por la venta de las impresiones que de la obra registrada se hicieran.

Pero la anterior no fue la única empresa con derechos sobre el Himno Nacional. Otra de las empresas autorizada para lucrar con la tan citada obra, fue la casa editora de música H. Ángel Sucesores, la que en esos años imprime el arreglo para piano del Himno Nacio-

nal de González Bocanegra y Nunó con lo que logró buenos resultados comerciales.

Recordemos que la actividad a la que se dedicaban las empresas musicales, antes de que existieran los discos como soporte de música, era la impresión, reproducción y difusión de las partituras como el medio idóneo para darlas a conocer.

Ningún problema enfrentaron las empresas para adquirir los derechos sobre las obras derivadas del Himno Nacional, toda vez que conforme a la legislación vigente en aquel momento, la obra del Himno Nacional era parte del dominio público.

El Himno fue recibido con beneplácito por el público mexicano, quien lo conocía gracias a las impresiones que sus autores encargaron de las mismas a las imprentas; pero por conflictos sucesivos pasó casi al olvido.

No fue sino hasta el gobierno del general Ávila Camacho cuando se le dio una importancia continua. Por decreto del 20 de octubre de 1942, publicado el 4 de mayo del año siguiente, se declaró como oficial el Himno Nacional editado por la Secretaría de Educación Pública, que no contemplaba la obra completa de González Bocanegra y Nunó. Sobre los derechos adquiridos previamente, nada se mencionó.

Más adelante, en la década de 1930, la empresa Promotora Hispanoamericana de Música (PHAM) compró la totalidad del catálogo de obras pertenecientes a la empresa Warner y Levien, incluido el Himno, del cual —señala su presidente en entrevista con el periódico *Reforma*— “...cedió los derechos en 1945 al gobierno federal por petición del entonces Presidente”.

Posteriormente en 1983, el presidente Miguel de la Madrid Hurtado, emite un decreto para fortalecer el culto a los símbolos patrios y envía al Congreso de la Unión una Iniciativa de Ley en cuya exposición de motivos explica con claridad la necesidad de que el pueblo mexicano tuviese mayor acceso al uso respetuoso de los símbolos patrios y de autenticar los modelos de la letra y música del Himno Nacional que se desconocía.

Es obvio que las nuevas generaciones ignoraban el Himno Nacional oficial completo; y digo el oficial que a diferencia de la composición literaria de González Bocanegra, sólo comprende cuatro de las diez estrofas y el coro de introducción.

Como consecuencia se aprobó la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, se autenticaron los documentos que habrían de depositarse en el Archivo General de la Nación, la Biblioteca Nacional (hoy de la UNAM) y el Museo Nacional de Historia del Castillo de Chapultepec, y se publicó de nuevo el Himno Nacional oficial (que es la versión oficial reconocida en 1942, que a su vez no contemplaba la totalidad de la obra original de González Bocanegra y Nunó).

Así, para finales del siglo pasado existía un orden jurídico evolucionado y una regulación especial del Himno Nacional. Pero la incógnita se mantenía: ¿quién es el propietario del Himno Nacional?, ¿qué pasa con los derechos adquiridos bajo el orden jurídico vigente a la creación del Himno Nacional?, ¿qué sucederá con la parte de la obra original, que no es tomada en cuenta por el Himno Nacional oficial?, ¿qué pasó con la instrucción del presidente Ávila Camacho a sus embajadores para que gestionaran la situación jurídica del mismo?, ¿por qué no se dio continuidad por los siguientes gobiernos?, y ¿quién tiene los derechos sobre la obra completa?

### III. CONCLUSIÓN

Luego de estudiar los antecedentes del Himno Nacional y obtener una visión actual, podemos concluir lo siguiente:

1. Warner y Levien mantiene los derechos sobre el registro que de la obra se obtuvo ante la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América. Dichos derechos se refieren a los arreglos originales de la obra derivada, mas no a la obra original de González Bocanegra-Nunó completa; y puede recibir regalías por las interpretaciones y ventas obtenidas legalmente de la misma.

2. De haberse transmitido los derechos del catálogo de Warner y Levien-PHAM al gobierno federal mexicano, éste tiene el derecho de notificarlo así a la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América y exigir la modificación de su registro a favor del Estado mexicano como titular de los arreglos al Himno Nacional. De no hacerlo así, la empresa titular de los derechos para efectos jurídicos seguirá siendo Warner y Levien.

3. Posiblemente, los Estados Unidos de América tengan los manuscritos originales de la obra de González Bocanegra y Nunó, ya que se exigían para registrar las obras.

4. González Bocanegra y Nunó podían transmitir los derechos y obligaciones que tenían sobre su obra original, ya que no existía impedimento alguno, aunque tenían la prescripción de sus derechos a favor del dominio público en contra.

5. No se expresó por parte del gobierno mexicano, ningún interés en expropiar o evitar la transmisión de los derechos de la obra, ni de exigirla como propia del Estado.

6. El Himno Nacional oficial no contempla la totalidad de la obra original.

7. *La parte oficial del Himno Nacional es mexicana y pertenece al Estado mexicano, tanto por decreto presidencial como por mandato de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno nacionales.*

8. La parte no oficial de la obra original se encuentra en el dominio público.

9. La obra arreglada donada por PHAM al Estado mexicano, es mexicana, pero es necesaria dicha notificación a los Estados Unidos de América para su debido reconocimiento.

10. Los arreglos y demás obras derivadas del Himno original, registrados en los Estados Unidos de América o en cualquier parte del mundo, son legales y válidos en lo que tengan de originales, siempre que los hayan registrado antes de la publicación de los decretos presidenciales y de la Ley que regula los símbolos patrios, pues éstos impiden tales derivaciones.

11. A partir de la Ley relativa a los símbolos patrios, no se permite realizar arreglo alguno ni por consecuencia derivación alguna a la letra o música del Himno Nacional oficial, aunque *de facto* se haga.

12. En México no existe retroactividad de la Ley en perjuicio de persona alguna, por tanto los derechos ya adquiridos previa y legítimamente se mantienen válidos.

13. Hoy por hoy, el Estado mexicano es el titular de los derechos morales sobre los Símbolos Patrios.

14. Los ejemplares originales del Himno Nacional están perdidos. Los impresos de los arreglos también se encuentran perdidos; las autenticaciones de la versión de 1942 perdida o escondida.

15. El Instituto Nacional de Derecho de Autor le otorgó simbólicamente el registro número uno al Himno Nacional oficial, aunque de hecho no existe tal registro.

16. Sería prudente para conmemorar el 150 aniversario, su publicación (si se encuentran) por parte del Archivo General de la Nación, la Biblioteca Nacional y del Museo Nacional de Historia.

Por todo lo anterior, es importante saber que el Himno Nacional oficial que cantamos, aunque incompleto, es nuestro.

Lo importante no es interpretar o ejecutar un cuerpo de letras con música. Lo ideal es sentirnos unificados con ella. Hay poemas mucho más hermosos, líricas también rítmicas y exquisitas, otras marchas de guerra imponentes; pero lo que nos une es la entonación unísona que ejecutamos en todas las lenguas y dialectos que enriquecen nuestro país y que nos identifica como mexicanos.

Para ser mexicanos, hay que amar a México. El Himno es sólo una parte intelectual que nos hermana. La unidad, la lealtad, el compromiso con lo que nos hace comunes es la sangre que nos iguala.

## REFLEXIONES EN TORNO AL ABANDERAMIENTO EN MÉXICO DE BUQUES EXTRANJEROS AL AMPARO DE UN CONVENIO INTERNACIONAL NO VIGENTE

Gerardo LOZANO ALARCÓN

El tema que se analiza en el presente trabajo ha cobrado una gran relevancia, en virtud de que un porcentaje importante (probablemente el 50%) de las embarcaciones que actualmente operan navegación de cabotaje en México, lo han venido haciendo al amparo de una interesante interpretación de la Ley de Navegación (LN) en relación con una Convención Internacional a la que nos referiremos más adelante.

Antes que nada, es importante recordar algunos conceptos relacionados con el derecho marítimo que tienen importancia para el tema que nos ocupa.

¿Qué es la navegación de cabotaje? La respuesta la encontramos en el artículo 32, fracción II, de la Ley de Navegación, que a la letra dice: "*La navegación que realizan las embarcaciones se clasifica en: ...II. De cabotaje. Por mar entre puertos o puntos situados en zonas marinas mexicanas y litorales mexicanos*". La diferencia con la navegación de altura es que ésta se realiza también por mar, pero entre puertos o puntos localizados en territorio mexicano o en las zonas marinas mexicanas y puertos o puntos situados en el extranjero, así como entre puertos o puntos extranjeros, tal y como lo dice la fracción III del artículo citado.

En concordancia con lo anterior, a las embarcaciones despachadas para realizar navegación de cabotaje les está prohibido arribar a puertos o puntos del extranjero, salvo el caso de arribos forzosos,

efectuar transbordos de personas o bienes a otra embarcación que efectúe navegación de altura y establecer contacto físico, fuera de puerto, con otra embarcación que efectúe navegación de altura, salvo el caso de peligro inminente (artículo 72 del Reglamento de la Ley de Navegación, "RLN").

La LN (artículo 34) reserva la operación y explotación de embarcaciones en navegación de cabotaje a navieros mexicanos con embarcaciones mexicanas, sin perjuicio de lo previsto en los diversos tratados internacionales de los que México sea parte, con ciertas excepciones que más adelante veremos.

Conforme al artículo 16 de la LN, el naviero o empresa naviera es la persona física o moral que tiene por objeto operar y explotar una o más embarcaciones de su propiedad o bajo su posesión, aun cuando ello no constituya su actividad principal.

El artículo 17 de la LN dice que para actuar como naviero o empresa naviera mexicana se requiere: ser mexicano o sociedad mexicana, tener domicilio en territorio nacional y estar inscrito en el Registro Público Marítimo Nacional ("RPMN"). Por su parte, el artículo 14 de la LN establece en su fracción VI la obligación de registro en el RPMN de los navieros mexicanos.

¿Cuándo se considera una embarcación como mexicana? La respuesta nos la da el artículo 9 de la LN, que a la letra dice:

*"Son embarcaciones y artefactos navales mexicanos los abanderados y matriculados en alguna capitanía de puerto, a solicitud de su propietario o naviero, previa verificación de las condiciones de seguridad del mismo y presentación de la dimisión de bandera del país de origen, de acuerdo con el reglamento respectivo. La embarcación o artefacto naval se inscribirá en el Registro Público Marítimo Nacional y se le expedirá el 'Certificado de Matricula', cuyo original deberá permanecer a bordo como documento probatorio de su nacionalidad mexicana".*

¿Quiénes pueden solicitar el abanderamiento, matriculación y registro de una embarcación como mexicana? De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la LN, pueden hacerlo las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana que sean propietarias de la embarcación de que se trate o que tengan la posesión de dicha embarcación mediante contrato de arrendamiento financiero.

Aquí tenemos que hacer una explicación de relevancia para el análisis del tema. Como se puede apreciar claramente, la LN no sólo faculta a los propietarios de embarcaciones, sean éstos personas físicas o morales mexicanas, a abanderar, matricular y registrar las mismas, sino también a aquellas personas que tengan la posesión de dichas embarcaciones mediante un contrato de arrendamiento financiero. Dado que la LN no prevé qué debe entenderse por arrendamiento financiero, tenemos que acudir a la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito ("LGOAC"), no obstante que el artículo 5 de la propia LN no hace una remisión expresa a dicha ley, puesto que es ésta y ninguna otra la que define al arrendamiento financiero.

El artículo 25 de la LGOAC define al arrendamiento financiero como sigue:

*"Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de esta Ley.*

Al establecer el plazo forzoso a que hace mención el párrafo anterior, deberán tenerse en cuenta las condiciones de liquidez de la arrendadora financiera, en función de los plazos de los financiamientos que, en su caso, haya contratado para adquirir los bienes.

Los contratos de arrendamiento financiero deberán otorgarse por escrito y ratificarse ante la fe de notario público, corredor público, corredor público titulado, o cualquier otro fedatario público y podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio, a solicitud de los contratantes, sin perjuicio de hacerlo en otros registros que las leyes determinen".

Como se puede ver, es requisito indispensable que el contrato de arrendamiento financiero prevea las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de la LGOAC, las cuales consisten en la compra de los bienes a un precio inferior con respecto al costo de adquisición, la prórroga del plazo del contrato o la participación de la arrendataria en el precio de venta de los bienes a un tercero.

“Artículo 27. Al concluir el plazo del vencimiento del contrato una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones, la arrendataria deberá adoptar alguna de las siguientes opciones terminales:

- I. La compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, que quedará fijado en el contrato. En caso de que no se haya fijado, el precio debe ser inferior al valor de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases que se establezcan en el contrato.
- II. A prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, pagando una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo, conforme a las bases que se establezcan en el contrato.
- III. A participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero, en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, está facultada para autorizar otras opciones terminales siempre que se cumplan los requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 25 de esta Ley.

En el contrato podrá convenirse la obligación de la arrendataria de adoptar, de antemano, alguna de las opciones antes señaladas, siendo responsable de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento. La arrendadora financiera no podrá oponerse al ejercicio de dicha opción.

Si en los términos del contrato, queda la arrendataria facultada para adoptar la opción terminal al finalizar el plazo obligatorio, ésta deberá notificar por escrito a la arrendadora financiera, por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál de ellas va a adoptar, respondiendo de los daños y perjuicios en caso de omisión, con independencia de lo que se convenga en el contrato”.

En mi opinión es totalmente justificada la excepción que prevé la LN en cuanto a que también pueden abanderar como mexicana una embarcación quienes tengan la posesión de la misma por virtud de un contrato de arrendamiento financiero, ya que el arrendatario puede elegir la opción de compra de la embarcación de que se trate (que es lo que sucede en la gran mayoría de los casos), al vencimiento del término del contrato. Es decir, la LN supone, y con razón, que el arrendatario financiero se comporta como verdadero “dueño” de la embarcación de la que tiene la posesión por el contrato de arrendamiento financiero. No perdamos de vista que la figura del arrendamiento

miento financiero, aunque parezca paradójico, no implica un verdadero arrendamiento, sino un financiamiento para la adquisición de bienes tangibles.

En resumen, conforme a lo anterior, para que una embarcación pueda realizar navegación de cabotaje es necesario que se trate de una embarcación mexicana, propiedad de un naviero mexicano o que éste tenga su posesión mediante un contrato de arrendamiento financiero.

La excepción a esta regla general la encontramos en el artículo 34 de la LN, al que nos hemos referido anteriormente, que establece lo siguiente:

“Artículo 34. Sin perjuicio de lo previsto en los diversos tratados internacionales de los que México sea parte, la operación y explotación de embarcaciones en navegación interior y de cabotaje está reservada a navieros mexicanos con embarcaciones mexicanas. En caso de no existir estas embarcaciones disponibles y en igualdad de condiciones técnicas y precio, o que el interés público lo exija, la Secretaría podrá otorgar permisos temporales para navegación interior y de cabotaje, de conformidad con la siguiente prelación:

- I. Naviero mexicano con embarcación extranjera, bajo contrato de arrendamiento o fletamento a casco desnudo.
- II. Naviero mexicano con embarcación extranjera, bajo cualquier contrato de fletamento.
- III. Naviero extranjero con embarcación extranjera.

En todo caso, para el otorgamiento del permiso se dará prioridad, a aquellos navieros cuyas embarcaciones cuenten con mayor número de tripulantes mexicanos en los términos de lo dispuesto por los artículos 7 y 154 de la Ley Federal del Trabajo y a embarcaciones cuyos países de bandera tengan celebrado con México tratados de reciprocidad en transporte marítimo.

La operación y explotación en navegación interior y de cabotaje de cruceros turísticos, así como de dragas y artefactos navales, para la construcción, conservación y operación portuaria, podrá realizarse por navieros mexicanos o extranjeros, con embarcaciones o artefactos navales mexicanos o extranjeros”.

El RNL establece una serie de requisitos para el otorgamiento de estos permisos, tales como previas consultas a las cámaras u organizaciones empresariales de navieros, presentación de los contratos de

servicios entre la naviera solicitante del permiso y la empresa que lo requiera, acreditación de la propiedad de las embarcaciones extranjeras y los registros en sus países de origen, etcétera (artículos 79, 80 y 80-A).

Ahora bien, en muchas ocasiones, y en particular cuando se trata de embarcaciones que prestarán servicios a PEMEX, se exige que las embarcaciones sean mexicanas o se da preferencia a éstas, por lo que no sería posible utilizar una embarcación extranjera al amparo de un permiso que pudiera otorgarse conforme al artículo 34 citado.

En estos casos, por ser un requisito indispensable para poder celebrar un contrato con dicha entidad de la administración pública federal, que la embarcación de que se trate sea mexicana, se ha dado una práctica que consiste en lo siguiente.

El naviero mexicano celebra un contrato de fletamento a casco desnudo con el propietario de la embarcación extranjera respectiva. Recordemos que el contrato de fletamento a casco desnudo es aquel por virtud del cual el fletante (arrendador) se obliga a poner a disposición del fletador (arrendatario), una embarcación determinada, sin armamento (equipo y provisión del buque para el servicio a que se destina) y sin tripulación, a cambio del pago de un flete o renta, por un tiempo determinado (artículo 95, fracción I, de la LN). De esta manera es como operan la mayoría de los navieros mexicanos; a falta de armadores nacionales, se fletan embarcaciones extranjeras cuyo flete se cubre precisamente con lo que se obtiene de la prestación de servicios que se realiza a favor del tercero de que se trate, sin necesidad de comprar la embarcación.

De alguna manera, el naviero mexicano le da a ese contrato de fletamento a casco desnudo el carácter de arrendamiento financiero, cosa que parecería difícil puesto que, como dijimos anteriormente, el arrendamiento financiero no es más que un crédito para la adquisición de bienes tangibles y no un verdadero arrendamiento —tan es así que la LGOAC exige que la contraprestación en el arrendamiento financiero debe cubrir el costo de adquisición y las cargas financieras— pero en todo caso con la adaptación (sic) que les hacen a estos contratos de fletamento a casco desnudo, las autoridades marítimas han aceptado los mismos como verdaderos arrendamientos financieros.

Así las cosas, la embarcación cuya propiedad no tiene el naviero mexicano porque de todos modos la iba a arrendar bajo un contrato

de fletamento a casco desnudo, por virtud de la adaptación que se hace al contrato correspondiente, ahora sí es sujeta de abanderamiento, matrícula y registro como mexicana, y por ende se cumple el requisito de la posesión mediante arrendamiento financiero, tal y como lo exige el artículo 10 de la LN.

Sin embargo, todavía falta cumplir con otro requisito, consistente en la presentación de la dimisión de bandera del país de origen de la embarcación, tal y como lo exige el artículo 9 de la LN, puesto que se trata de un requisito previo al abanderamiento y matriculación de una embarcación como mexicana. Aquí es donde comienzan los problemas, ya que por lo general, los armadores extranjeros, o en su caso las entidades financieras que financian la construcción o adquisición de las embarcaciones, son reuentes a cambiar el registro y bandera de las embarcaciones de que se trate.

Como es conocido de todos los que de una u otra forma han estado involucrados en la construcción, financiación u operación de buques mercantes, existen países que otorgan enormes beneficios para los buques registrados en sus jurisdicciones; es más existen países que prácticamente viven de esto. Por lo mismo, quienes financian la construcción o adquisición de buques mercantes, prefieren a todas luces a esas jurisdicciones que cualquier otra y sobra decir que México no está en dicho supuesto. Por ejemplo, los bancos saben perfectamente que una hipoteca marítima es mucho más fácil ejecutar en esos países que en México, en donde además pueden tener los denominados “self-help remedies” que les permiten tomar posesión de inmediato de una embarcación ante un incumplimiento por parte del armador acreditado. En efecto, las instituciones financieras internacionales por lo general no permiten que las embarcaciones que financian y sobre las que tienen hipotecas a su favor, cambien de bandera y registro, ya que esto necesariamente implica la cancelación del registro de la hipoteca, caso en cual sería necesario constituir una nueva hipoteca conforme a las leyes del país al que se pretenda cambiar la embarcación y esto les ocasionaría, por lo menos, tener que hacer un análisis exhaustivo sobre la legislación aplicable en la nueva jurisdicción, sobre todo en relación con las posibilidades y tiempos de ejecución de sus garantías, lo que normalmente tratan de evitar, ya que se sienten mucho más “cómodos” con las jurisdic-

ciones que tradicionalmente han "funcionado" en esta clase de operaciones de financiamiento.

Ante esta situación de negativa para cambiar de registro de una embarcación, por ejemplo que tiene bandera de las Bahamas, se busca la forma en la que la embarcación de que se trate mantenga su registro original, pero que pueda a su vez ser registrada y abanderada como mexicana.

Teniendo en cuenta lo que establece el artículo 9 de la LN, no sería posible abanderar dicha embarcación como mexicana. Además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9 del RLN, las solicitudes de matrícula deberán ser acompañadas de, entre cosas, el documento que acredite la dimisión de bandera del país de procedencia y la baja de su registro.

No obstante lo anterior, se ha procedido a matricular, abanderar y registrar embarcaciones extranjeras como mexicanas, sin contar con la documentación que acredite la dimisión de bandera del país de procedencia, ni la baja de su registro en dicho país. Todo ello con fundamento en el Convenio sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques de la Organización de las Naciones Unidas, adoptado en Ginebra, Suiza, el 7 de febrero de 1986, suscrito por México el 7 de agosto de 1986, aprobado por el Senado el 4 de noviembre de 1987, según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de diciembre de 1987, habiéndose hecho el depósito del Instrumento de Ratificación el 21 de enero de 1988 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de marzo de 1988 (el "Convenio Internacional").

El Convenio Internacional tiene como propósitos u objetivos, según lo establece el artículo 1, "garantizar o, en su caso, consolidar la relación auténtica entre el Estado y los buques que enarbolan su pabellón, y para ejercer efectivamente sobre tales buques su jurisdicción y control en lo que respecta a la identificación y responsabilidad de propietarios y navieros y a las cuestiones administrativas, técnicas, económicas y sociales".

Conforme al Convenio Internacional (artículo 4, inciso 4): "No se inscribirá ningún buque en los registros de buques de dos o más Estados a la vez, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4 y 5 del artículo 11 y en el artículo 12". Como se aprecia, la regla general no admite que un buque pueda estar registrado en dos Estados a la vez, que es tal y como lo regula nuestra LN.

El artículo 11 del Convenio Internacional establece además lo siguiente: "El Estado de matrícula establecerá un registro de los buques que enarbolan su pabellón, que se llevará en la forma que determine ese Estado y de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Convenio. Los buques autorizados por las leyes y reglamentos de un Estado a enarbolan su pabellón se inscribirán en ese registro a nombre del propietario o propietarios o, si las leyes y reglamentos nacionales así lo dispusieran, a nombre del arrendatario a casco desnudo". Aquí también se nota claramente que nuestra Ley de Navegación ha seguido el parámetro del Convenio Internacional, salvo que nuestra Ley se refiere al contrato de arrendamiento financiero y no al contrato de arrendamiento a casco desnudo.

El Convenio Internacional también prevé de manera contundente que "antes de inscribir un buque en su registro de buques, el Estado debería cerciorarse de la cancelación de la inscripción anterior, si la hubiere" (párrafo 4, artículo 11, del Convenio Internacional), de la misma manera que nuestra Ley regula esta situación en el artículo 9.

Sin embargo, el Convenio Internacional prevé una excepción a la regla general mencionada, en el sentido de que "en el caso de un buque tomado en arrendamiento a casco desnudo, el Estado debería cerciorarse de la suspensión del derecho a enarbolan la bandera del anterior Estado del pabellón. Tal inscripción se efectuará previa acreditación de la suspensión de la precedente inscripción en lo concerniente a la nacionalidad del buque bajo el anterior Estado del pabellón y la indicación de los gravámenes de cualquier género inscritos". Lo anterior significa que un Estado (parte del Convenio Internacional) puede autorizar que se "suspenda" el derecho del buque de su nacionalidad para enarbolan su bandera, a efecto de que este buque pueda ser registrado o inscrito en otro Estado mientras se encuentre arrendado a casco desnudo al naviero nacional de este Estado; es decir, el Convenio Internacional prevé la posibilidad, como una excepción a la regla general, para que un buque mantenga su matrícula original conjuntamente con los gravámenes inscritos, y pueda ser inscrito (abanderado, matriculado y registrado) en otro Estado con motivo del arrendamiento a casco desnudo. El Convenio Internacional exige además que el Estado en que esté matriculado el buque tomado en arrendamiento a casco desnudo vele por que se notifique al anterior Estado del pabellón la cancelación de la inscripción.

ción del buque (párrafo 5, artículo 12). Asimismo, el Convenio Internacional dice que en el caso de un buque tomado en arrendamiento a casco desnudo, se considerará que el arrendatario es el propietario, sin que dicha convención internacional tenga por objetivo establecer derechos de propiedad sobre el buque.

De lo anterior se aprecia que efectivamente el Convenio Internacional daría la solución al problema planteado; Bahamas podría suspender el derecho para que el buque enarbole su bandera, de modo que en México pudiera ser inscrito dicho buque como mexicano, sin perderse su registro original ni el registro original de los gravámenes que hubiere, por el tiempo en que dure el arrendamiento financiero. Es así como probablemente el 50% de la flota que realiza navegación de cabotaje en nuestro país ha procedido. El único problema es que el Convenio Internacional no está vigente.

En efecto, si bien es cierto que el Convenio Internacional ha sido ratificado por el Senado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* desde el año de 1988, también lo es que, según información de la propia Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), el mismo no ha entrado en vigor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del propio Convenio.

La pregunta que surge es, ¿pueden y deben las autoridades marítimas mexicanas aplicar el Convenio Internacional como ley interna a pesar de que el mismo no ha entrado en vigor?

Para poder responder a esta pregunta, debemos antes que nada ubicar la jerarquía que tienen los tratados internacionales dentro de nuestro sistema constitucional.

Sin entrar en detalles sobre los antecedentes interpretativos del artículo 133 de la Constitución federal, diremos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio de que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local (Tribunal Pleno, Novena Época, vol. X, p. 46, noviembre de 1999). En este sentido, el Convenio Internacional estaría por encima de la Ley de Navegación (ley federal), y por ende las autoridades deberían sujetarse a sus términos, aunque éstos sean contrarios a los que establece la Ley de Navegación. Por lo tanto, las autoridades marítimas estarían actuando legalmente al permitir la matriculación, abanderamiento y registro de embarcaciones extranjeras que man-

tienen su registro original, pero que se suspende por parte de la autoridad del Estado de su procedencia, sin exigir la documentación relativa a la cancelación de su registro y la dimisión de su bandera, tal y como lo han venido haciendo hasta ahora.

Sin embargo, la situación que se presenta debemos de calificarla de inverosímil, porque el Convenio Internacional no está vigente y nuestras autoridades han venido aplicándolo como si se tratara de una convención que ha entrado en vigor. En efecto, las autoridades marítimas, a pesar de tener pleno conocimiento de que el Convenio Internacional no ha entrado en vigor, lo han venido aplicando para efectos de poder abanderar un buque de nacionalidad extranjera como mexicano, sin exigir el requisito de dimisión de bandera y cancelación de registro como lo marca la LN.

Pero lo que es peor, la propia SRE ha confirmado por escrito criterios en el sentido de que esta clase de convenciones internacionales (las aprobadas y publicadas) deben aplicarse como ley interna, haciendo la aclaración (sic) en el siguiente tenor: "*debe tenerse presente que la Convención no ha entrado en vigor internacionalmente. Por lo tanto, sólo puede ser aplicable en México como legislación nacional sin que sea oponible frente a otros Estados Contratantes* (sic).

Desde nuestro punto de vista, no hay duda de que cuando la Ley sobre la Celebración de Tratados establece que éstos serán obligatorios en territorio nacional siempre y cuando hayan sido previamente publicados en el *Diario Oficial de la Federación* (artículo 4), se refiere a tratados internacionales que se encuentren vigentes. No puede haber otra interpretación; por simple lógica, si se habla de tratados internacionales en ésta o cualquier otra ley, incluyendo la Ley Suprema, sería absurdo siquiera pensar que pueda haber tratados internacionales, que no estén vigentes, pero que surten efectos jurídicos internamente y no internacionalmente, como lo afirma la SRE.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"), un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor, si el propio tratado así lo dispone o si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo. De lo anterior se deduce que, con excepción de los dos casos mencionados con anterioridad, ninguno de los cuales se actualiza en el Convenio Interna-

cional, no puede existir jurídicamente un tratado sino hasta que entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de dicha Convención de Viena. Como dice el destacado internacionalista Manuel Diez de Velasco,<sup>1</sup> los tratados tienen un momento inicial a partir del cual comienzan a surtir sus efectos. Dicho momento suele coincidir con el de la entrada en vigor; pero no ocurre así en todos los casos, como ya hemos visto en el capítulo anterior (refiriéndose a la excepción del artículo 25 de la Convención de Viena).

De lo anterior debe concluirse irremediamente que el Convenio Internacional no puede surtir sus efectos sino hasta que haya entrado en vigor. Entonces, ¿cómo podría un tratado internacional que no surte efectos todavía ser aplicado como legislación interna en México? ¿Con base en qué disposición legal, costumbre internacional o jurisprudencia internacional la Secretaría de Relaciones Exteriores hace la afirmación en el sentido de que el tratado que no ha entrado en vigor internacionalmente (sic) sólo puede ser aplicable en México como legislación nacional?

La Convención de Viena define al tratado internacional como “*el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*” (artículo 2. 1. a). La esencia del tratado internacional es precisamente su carácter internacional regido por el derecho internacional público, porque se celebra entre Estados y otros sujetos de la comunidad internacional, de manera que no puede haber una separación como la pretende hacer la SRE de que un tratado sí es legislación nacional porque ha sido aprobado y publicado, no obstante que éste “internacionalmente” no haya entrado en vigor.

Para la SRE el tratado internacional tendría un doble carácter o calidad, uno estrictamente nacional (lo que se contrapone con la esencia misma del tratado) y el otro internacional, y además estos caracteres o calidades pueden vivir independientes uno del otro; no importa que el tratado, desde el punto de vista internacional (sic) no produzca efectos, ya que desde el punto de vista nacional (por haberse cumplido el proceso de adopción del derecho internacional al na-

<sup>1</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, t. I, 6a. ed., Ed. Tecnos, Madrid, p. 121.

cional), se le da vida jurídica independiente. Pero además, la SRE no satisfecha con su “novedosa” teoría sobre los tratados internacionales, se atreve a aclarar todavía que el tratado no vigente puede ser aplicable en México como legislación nacional “*sin que sea oponible a otros Estados Contratantes*”.

Si conforme al derecho internacional público (artículo 2.1.a de la Convención de Viena), el tratado es el acuerdo entre Estados, no hay duda de que los sujetos obligados bajo el mismo son precisamente esos Estados, aunque el tratado tenga evidentemente repercusiones de carácter nacional, entonces ¿cómo puede afirmarse, como lo afirma la SRE, que un tratado celebrado por México, aprobado y publicado, no es oponible a otros Estados Contratantes pero sí constituye legislación nacional? En este sentido el internacionalista Max Sorensen<sup>2</sup> ha dicho: “*Por tanto es inútil tratar de señalar qué derechos precisos puede conferir un tratado, o qué obligaciones puede imponer. Pero éstos deben ser derechos u obligaciones de una persona internacional, en el derecho internacional... El ordenamiento constitucional del Estado confiere al Estado emisor como derecho y al Estado receptor como deber correlativo, es que ello se cumplirá. El ordenamiento constitucional del Estado interesado puede requerir la creación de una legislación nacional, adecuada al tenor del tratado, para lograr dicho propósito. Alternativamente, su Constitución puede disponer que los tratados concluidos debidamente serán 'parte del derecho del país' y automáticamente tendrán fuerza de ley... De este modo, los tratados no sólo producen indirectamente 'efectos' sobre los individuos, sino que su texto real llega a aplicarse como derecho interno...*”<sup>2</sup>

Por lo que se puede apreciar de lo dicho anteriormente, la solución que han dado nuestras autoridades, particularmente la SRE, es evidentemente contraria al derecho internacional, pero además no acaba de resolver el problema que hemos planteado. Si la autoridad marítima, por aplicación del Convenio Internacional que no está vigente (artículo 11. 5), acepta matricular y abanderar un buque como mexicano, sin haber requerido evidencia de la dimisión de bandera y

<sup>2</sup> SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, 8a. reimp., Fondo de Cultura Económica, México, pp. 237-238.

baja de su registro en el país de procedencia como lo exige la LN, es precisamente porque “se ha cerciorado de la suspensión del derecho a enarbolar la bandera del anterior Estado del pabellón”, y porque además se le ha acreditado, previamente a la inscripción, la suspensión de la precedente inscripción en lo concerniente a la nacionalidad del buque bajo el anterior Estado del pabellón y la indicación de los gravámenes de cualquier género inscritos. Lo anterior necesariamente significa que las autoridades mexicanas le están dando un carácter internacional al tratado, no obstante lo dicho por la SRE de “que no es oponible a otros Estados Contratantes”, ya que precisamente dichas autoridades marítimas requieren del cumplimiento de ciertos requisitos (suspensión del derecho para enarbolar la bandera del Estado anterior y la inscripción del buque) de otro Estado, pues sin dichos requisitos (los cuales solamente pueden ser cumplidos por otro Estado) no podrían proceder como han procedido. Si en el futuro, cualquier otro Estado que haya cumplido con dichos requisitos le exigiera a México la inmediata cancelación del registro de un buque de nacionalidad mexicana obtenida con este procedimiento de suspensión de derechos, nuestro país tendría que hacer valer precisamente lo dispuesto en el Convenio Internacional. Entonces, ¿es siquiera posible pretender aplicar el Convenio Internacional como legislación nacional (sic) sin que sea oponible frente a otros Estados Contratantes? La respuesta tiene que ser negativa. No puede haber un tratado internacional que por no estar vigente, solamente se aplique como legislación nacional y no sea oponible a los otros sujetos partes del mismo.

Al parecer nuestros distinguidos juristas que han sostenido este criterio no se han dado cuenta que con su novedosa interpretación, rompen con nuestro sistema constitucional, puesto que entonces es posible legislar en México en materia de derecho marítimo mediante la celebración de tratados internacionales —que no hayan entrado en vigor— por parte del Ejecutivo, que se aprueben por el Senado de la República y se publiquen en el *Diario Oficial de la Federación*. De un plumazo modifican el artículo 73, fracción XIII, de la Constitución.

La práctica que han seguido nuestras autoridades en materia de abanderamiento de buques, como se ha descrito anteriormente, es claramente violatoria de la Constitución. Han venido contraviniendo

la Ley de Navegación con base en una interpretación errónea (por decir lo menos) del derecho internacional y constitucional.

Por si hubiere alguna duda todavía sobre si las autoridades están interpretando erróneamente la ley, bastaría referirse al artículo 5 de la propia LN que establece lo siguiente en relación con el tema que nos ocupa: “A falta de disposición expresa en esta ley y sus reglamentos, y en los tratados internacionales vigentes, ratificados por el gobierno mexicano, se aplicarán supletoriamente”. Como se aprecia, la LN de manera expresa señala que las materias objeto de la misma se rigen por lo dispuesto en dicha ley y sus reglamentos, así como en los tratados internacionales vigentes.

Es penoso presenciar cómo la autoridad encargada de la conducción de la política exterior de nuestro país, a la cual la ley faculta expresamente para intervenir en los tratados internacionales de los que México sea parte (artículo 28, fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal), hace gala de su profunda ignorancia del derecho constitucional e internacional público, al suscribir opiniones como las señaladas con anterioridad. Ojalá que la SRE y las autoridades marítimas rectifiquen el rumbo tomado y sean las promotoras de un Estado de Derecho al que aspiramos muchos mexicanos.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO EN KANT

María Cristina URZAIZ DE GARCÍA NARANJO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho en el mundo antiguo*. III. *El cambio de perspectiva*. IV. *Un nuevo derecho para el mundo moderno*. V. *El deber jurídico en la doctrina de la justicia kantiana*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

La filosofía de Emmanuel Kant mucho ha influido en la conformación del pensamiento contemporáneo y, por supuesto de las modernas concepciones jurídicas.

Cuando se observa y conoce la evolución histórica del derecho occidental, se pueden ver con claridad los cambios que el concepto de derecho ha sufrido en todo el trayecto.

De una concepción que mira al derecho como formando parte de la moral, en una perspectiva de justicia objetiva y material, se transforma en un conjunto de leyes, cuya validez puede o no tener que ver con la justicia, que en todo caso es simplemente formal.

Me parece importante analizar el desarrollo de esas transformaciones del concepto de derecho, para así poder estar en la posibilidad de evaluar el nuevo planteamiento de la filosofía del derecho kantiana, su significado y sus consecuencias.

La filosofía práctica kantiana vino, por un lado, a concluir toda una época en la que los cambios importantes del pensamiento se fueron gestando; pero, al mismo tiempo, inaugura otra en la que se parte de perspectivas totalmente diferentes.

Por supuesto que la llamada “revolución copernicana” kantiana afectó al mundo jurídico, pues al hacerse énfasis en el sujeto, se dio un necesario alejamiento de la realidad de los objetos, lo que provocó sustanciales cambios en la conformación de las reglas sociales, que desde entonces, serán vistas como un producto del consenso de individuos libres e iguales, y cuya objetividad se funda en una “razón” inmanente y omnipotente, que sería imposible limitar reconociendo la preexistencia de un ordenamiento objetivo y trascendente, a la manera como se había venido haciendo.

Resulta fundamental, entonces, el determinar si el derecho, en los términos en que lo plantea y analiza Kant, resulta obligatorio o no; y si, lo fuera, ¿cuál sería el fundamento de dicha obligatoriedad?

El problema del cuestionamiento radica en que si la ley moral abarca al derecho, éste tiene una garantía de corrección, en cambio, si el derecho queda separado de la moral, podría ser arbitrario o servir a cualquier tipo de intereses.

Además, por las razones de la importancia de la determinación del verdadero significado de los cambios que ha sufrido la concepción del derecho, estoy partiendo de una breve exposición histórica, que me permitirá exponer ordenada y claramente, una serie de elementos y estructuras que en mi opinión conforman las ideas y tesis kantianas.

## II. EL DERECHO EN EL MUNDO ANTIGUO

Haciendo un rápido análisis de lo que el derecho ha sido para la humanidad, puedo afirmar que fue hasta el año de 1804, cuando se promulga el Código Napoleónico, cuando podemos hablar de propiamente de un derecho legal a la manera como lo conocemos ahora.

De tal forma, que durante todos los siglos anteriores al XIX la concepción que se tenía del derecho era muy diferente, pues, ni la norma jurídica era producto de una voluntad política legitimada, ni la ley era, siquiera, la principal fuente del derecho.

Tanto para el derecho clásico romano como para el *Ius Commune* bajomedieval la ley (*lex*) era sólo una forma del derecho, que entonces fue entendido como *Ius*; como “lo justo”, es decir, aquello que por “debido” es justo dar. De ahí la definición clásica de justicia

mencionada por Ulpiano en el *Corpus Iuris Civile* como la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que se le debe.

Así, el problema era relativamente sencillo de solucionar, pues lo que se tenía que determinar primero que era eso que se debía a alguien, y esto se hacía a partir de la realidad misma y desde la naturaleza de las cosas.

Al mismo tiempo, el mundo jurídico ordenó las relaciones sociales reconociendo la existencia de dos órdenes normativos distintos, que entrelazándose, se diferenciaron y tuvieron un origen común: la moral y el derecho, en cuya conjunción se establecían los contenidos específicos de esa justicia material, reclamada para esa determinación de “lo debido” en cada uno de los casos concretos que se planteaban para resolución.

Esos hombres de tiempos anteriores, con sencillez reconocían la existencia de un ordenamiento más allá del arbitrio individual y aun del colectivo, que de alguna manera, representó una justificación de la obligatoriedad de los deberes establecidos por cada una de las normatividades positivas.

Dicho de otra manera, ese orden considerado como indiscutiblemente justo, era la ley natural, y constituyó para el mundo de los juristas, un claro criterio de justicia, a partir del cual se podía establecer objetivamente, lo debido a cada uno, y a partir de ahí lo justo de las situaciones concretas.

Además, ya hacia el Medioevo, el fundamento último de esa justicia, aunque trascendente, era precisamente un Dios creador del mundo, del hombre y, por ende, de las leyes bajo las cuales se desenvolvería su creación, lo que resultaba incuestionable.

Hace falta también hacer la mención de que esa “ley natural” que justifica a las normas específicas de las sociedades históricas, fue vista por ellas desde dos diferentes perspectivas:

- a) Para los juristas romanos, según dice Ulpiano, consiste en “aquello que la naturaleza enseñó a todos los hombres”. Así, por un lado, lo ve como “*libertad natural*” por la cual se reconoce “la igual libertad de todos los hombres” (*omnium una libertas*); y, por el otro, se le mira como “la común posesión de todos los bienes” (*communis omnium possessio*).

b) En cambio, para los cristianos, según lo declara San Pablo, el derecho natural es “aquella ley escrita en el corazón de los hombres, que hace que los gentiles, sin necesidad de una revelación sobrenatural, las reconozcan como leyes para sí mismos”.

Aquí es preciso observar con cuidado, que mientras que la jurisprudencia romana mira al derecho natural como una libertad natural, el Cristianismo lo considera como un precepto o norma, es decir, como una ley dirigida a regular la conducta de todos los hombres.

Es fácil pensar que un mundo inmerso en la cotidianidad y la contingencia, encontró parámetros reales para la medición o el cálculo de aquello que se le debe a alguien. Los deberes, pues, no derivaban de las leyes, ni de normas que eran producto de voluntades superiores o legítimas, sino de un ordenamiento más allá de ellas, pero que partía de las realidades mismas y de la naturaleza de las cosas para la determinación de lo justo. Así, por ejemplo, a nadie se le confundía el hecho de que cualquier padre tenía la obligación de cuidar y dar alimentos a sus hijos pequeños, y aunque esos deberes no estaban consagrados en las leyes, pues el fundamento simple de su obligatoriedad era el hecho de que ser el padre o la madre de la criatura y la necesidad de ella, de ser cuidada por alguien.

Al respecto dice Carpintero: “... ‘lo justo’ constituye, desde el punto de vista de su medición o cálculo, un *medium rei* (un ‘medio de la cosa’), porque aquello que hay que dar a otro ha de ser calculado al filo de alguna ‘cosa’ o relación que anda en juego y que es relevante para la vida humana. Esta instancia real (el adjetivo real proviene de ‘res’, cosa) que juzga lo exigible en derecho suele ser, en última instancia, el bien común...”<sup>1</sup>

De manera diferente, el cálculo que la moral hace de lo que hay que darse a sí mismo no es una cosa externa al sujeto que actúa, sino el mismo sujeto y sus necesidades (*medium rationis*).<sup>2</sup>

Concluyendo diré que el mundo antiguo considera al derecho como lo objetivamente debido a otro, lo cual era determinado partiendo de aquellos principios que conforman esa “ley natural”. Además, el de-

<sup>1</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 65.

<sup>2</sup> CARPINTERO, *op. cit.*, p. 65.

recho no es, de ninguna forma, concebido en relación con el bien propio, sino con el del otro, como un orden que se ubica por encima de los hombres, ordenándolos hacia el logro de un bien que podía ser común.

### III. EL CAMBIO DE PERSPECTIVA

Frente a un mundo que se descubre nuevo y provoca serios cuestionamientos e incertidumbre, el hombre reflexiona en busca de otras perspectivas que le den seguridad.

El rápido desarrollo de las ciencias y las tecnologías, así como el surgimiento de un comercio más en forma y, en consecuencia, de una clase burguesa que empieza a exigir cambios sociales; las luchas hacia adentro de la Iglesia que finalmente desembocan en el cisma del protestantismo, etc., son, entre otros muchos factores que aquí me resulta imposible mencionar, elementos de un total rompimiento de la mentalidad de un hombre que, imposibilitado para seguir estando atrapado entre unos límites tan estrechos y definidos, se mira a sí mismo, y, aunque en un primer momento se siente a la deriva, se lanza a buscar su lugar en ese universo, que por ilimitado, lo angustia.

Por supuesto que entonces fue necesario encontrar nuevamente el horizonte y un punto de referencia a partir del cual ubicarse. Así es que se voltea hacia el hombre mismo, que ahora es considerado en una posición destacada dentro de una creación divina, que empieza poco a poco a descifrar y que finalmente va a querer dominar. Antropocentrismo, humanismo y desarrollo científico, confluyen para la elaboración de todo un nuevo pensamiento que evoluciona, si se le analiza rápidamente, hasta llegar al llamado “giro copernicano” kantiano, por el que el mundo se subvierte y se coloca desde la perspectiva de unos sujetos que conocen, frente a un mundo que, enfatizando aquéllos, se transforma.

Hasta aquí me ha faltado mencionar el factor más importante del cambio: el surgimiento del Estado moderno, con el que se crea la necesidad de encontrar nuevas formas de organización social, que ordene y pacifique a los grupos humanos.

Muy específicamente, y de manera muy importante para el desarrollo de posteriores teorías políticas y jurídicas, se deben mencionar las tesis de dos teólogos juristas españoles de la Segunda Escolástica.

Fernando Vázquez de Menchaca, quien va a rescatar la mencionada concepción de Ulpiano sobre el derecho natural, que visto como "libertad natural", va a dar la pauta para observar al hombre de una manera aislada e independiente de las asociaciones a las que pertenece; colocado en un "estado de naturaleza" primigenio, en el cual lo único que se le puede reconocer es su libertad e igualdad, respecto de los demás seres humanos, con los que puede pactar a fin de sobrevivir.

Francisco Suárez, quien desde otra perspectiva, va a considerar al derecho como un término equívoco, y que la acepción principal será la que lo considera como una *facultas* y no necesariamente como un precepto. Además, en una visión claramente voluntarista, y distinguiendo entre *lex indicans* y *lex imperans*, va a establecer la importancia de que, con independencia de que la norma moral, por la primera, defina lo que es bueno y lo que es malo, se requiere de una voluntad eficiente que, además, la haga obligatoria (en última instancia, la de Dios).

Mucho se ha hablado acerca del conocimiento que Grocio y Hobbes tuvieron de estas y otras tesis de esa época, pero el hecho es que parecen ser un claro antecedente para las doctrinas contractualistas y iusnaturalistas posteriores, todas ellas compartiendo los siguientes elementos fundamentales:

1. La visión del hombre aislado, libre e independiente, exento de sujeciones de cualquier tipo y, por tanto, igual a todos los demás.
2. Un reconocimiento de la sociabilidad del hombre, pero con una clara idea de las diferencias entre simples asociaciones humanas y un estado civil, pues al observar al hombre en su individualidad, se le está viendo en lo que ellos llaman el "estado de naturaleza", del cual deberá salir (aquí sí por diversas razones) para formar lo que se denomina el "estado civil".
3. A diferencia de la tesis aristotélica de la sociabilidad natural del hombre que se reúne progresivamente en sociedades cada vez más complejas, el nuevo planteamiento está hecho sobre la base de que la conformación en un estado civil, es producto, ya no de una evolución natural, sino de un "pacto social", por el cual, esos individuos libres e iguales, van a someter parte de

su libertad, a fin de alcanzar los diversos propósitos que los llevan a asociarse.

4. Por lo que hace al derecho, entendido como *Ius*, es visto muy claramente por Hobbes, como aquella libertad natural que hace a todos los hombres independientes e iguales. En cambio, el concepto de ley es replanteado y se convierte en el instrumento idóneo, capaz de limitar esas libertades, estableciendo reglas claras para asegurar no sólo la supervivencia, sino la paz social.
5. Sin embargo, aun contando con una legislación que limitara las libertades de cada uno de los individuos, resultaba evidente que se requería de un elemento adicional que garantizara el cumplimiento, aun por la fuerza, de lo dispuesto en esas leyes y es así como se justifica la necesidad del establecimiento de un Estado político, encargado de hacer cumplir las normas, que de esta manera se convierten en necesariamente coercibles.
6. Hasta aquí se está en el presupuesto de la existencia de los dos ordenamientos que constituyen una "ley natural", frente a la que se valoran las reglas establecidas por los "derechos positivos" de las sociedades concretas. La primera de naturaleza universal, inmutable y eterna, frente a los segundos, contingentes e históricos.
7. Finalmente es importante destacar que el fundamento último sobre el que se establece de manera incondicionada la obligatoriedad de las conductas prescritas por las normas positivas, estaba en esa ley natural, que derivando de la ley divina, era objetiva e incuestionable, y sus principios evidentes.

Hasta aquí, lo más importante es destacar el hecho de que los conceptos de ley y de derecho se especifican claramente, pues mientras que la primera es un límite o restricción de las conductas de los hombres; el segundo es visto, más bien, como aquellas facultades que asisten a los individuos, reconocidos éstos como totalmente libres e iguales. Entonces, el derecho ya no es visto desde la perspectiva del deber, sino que es considerado como libertad o facultad.

Ahora bien, todavía faltaba un paso más, pues esa ley o norma de conducta era mirada como limitante de la libertad de los hombres, y es con Rousseau, en su *Contrato Social*, que se presenta a la norma,

además de constrictiva de las conductas humanas, como un efectivo e idóneo instrumento para garantizar y proteger las libertades y los derechos propios de esos hombres, cuya dignidad se destaca.

Para tal efecto, es que el filósofo suizo establece que cuando la ley es elaborada por una "voluntad general" y establecida en preceptos también generales, ella se constituye en una auténtica garantía para la protección y efectividad de esas libertades y derechos reconocidos a todos los individuos; produciéndose además, una adecuada y bien establecida articulación de las relaciones sociales, a las que se da certeza, y con lo que se asegura una mejor convivencia.

Resumiendo de alguna manera lo dicho hasta ahora, podemos destacar los siguientes elementos del discurso.

La ley es el vínculo que constriñe la libertad reconocida como natural en todos los hombres; pero, al mismo tiempo es vista como su mejor garantía de efectividad (en última instancia mediante la legitimación que se hará de la coacción).

El derecho es considerado como aquellas facultades o cualidades morales propias de las personas indeterminadas heterónomamente, que se traducen en una amplia libertad de hacer.

La persona es un ser inconmensurable y desvinculado del mundo, dotado de un arbitrio indeterminado y que, al no reconocer una voluntad superior a la suya, es visto en términos de igualdad o simetría respecto de los demás.

La justicia se convierte en una cualidad que ya no se mide a partir de la realidad misma, ni de las cosas, sino que, dada la imposibilidad de ser calculada de una manera objetiva, se le toma desde un plano estrictamente personal. Como una de las principales consecuencias de esta variación es que el pacto surge como una manera de justificar las conductas.

En una época más tardía del iusnaturalismo, algunos autores como el propio Thomasius consideran esta clasificación:

- i. *Ius perfectum*, que otorga la facultad y el poder de exigir por la fuerza su cumplimiento.
- ii. *Ius imperfectum*, que impone al sujeto un cierto deber, pero éste no puede ser exigido coercitivamente (p.e. limosna).

Y la última diferencia, que considero importante destacar, es la relativa al hecho de que, mientras que en el estado de naturaleza le es lícito al individuo recurrir directamente a la fuerza para obtener el pago de lo que se le debe; en el estado civil, lo que procede es recurrir a la autoridad legitimada para que sea ella la que emplee la fuerza a fin de que se cumpla con la obligación, mediante una coacción legitimada.

Finalmente, puedo afirmar que en el mundo moderno el derecho es entendido como ley, misma que, establecida a partir de la consideración de individuos libres e iguales, no se coloca sobre ellos, sino que lo único que hace es garantizar el bien propio de cada uno de los sujetos titulares de las facultades respectivas, y reconoce que su interés primordial está dirigido tan sólo a ese bien personal e individual, en lo que tiene de particular. Entonces, me parece que, para ser efectivo en la regulación de las acciones humanas, requiere de la coacción.

#### IV. UN NUEVO DERECHO PARA EL MUNDO MODERNO

Con el iusnaturalismo la mentalidad cambió, y aunque los primeros filósofos de esta corriente todavía hacen referencia a un fundamento de obligatoriedad a partir de una ley natural divina, con Pufendorf este recurso trascendente empieza a resultar superfluo y, en su lugar, la *ratio* va siendo la instancia última fundamentadora de los comportamientos humanos, cuya obligatoriedad no podía ser alegada con base, únicamente, en los pactos concertados libremente por los individuos. Poco a poco, además, se dará la consideración de que el derecho natural constituía un *ius imperfectum* (incoercible), mientras que los diferentes derechos positivos eran reconocidos como *ius perfectum* (coercible).

Por otro lado, se van a ir desarrollando las éticas llamadas "eudemonistas", por las que el concepto de "obligación" se convierte en el de simple "necesidad" de obrar de cierta manera, con el afán de lograr cierta ventaja o provecho. Tendrá que venir Kant, quien destacará nuevamente las diferencias, distinguiendo este tipo de reglas, a las que llama "técnicas", de las normas morales, ya que en realidad sólo producen, al decir de Carpintero, "una simple necesi-

dad (y no una obligación) de realizar una conducta siempre y cuando queramos alcanzar un fin".<sup>3</sup>

Tanto la eliminación de una ley natural fundada en la existencia y voluntad divinas, como el eudemonismo que suprimen el concepto de "obligación", provocan el rompimiento y la desaparición de todo fundamento de obligatoriedad del derecho y de la moral, con lo que ambas normatividades quedaron a la deriva, pues sólo quedan, entonces, individuos plenamente libres y capaces de crear sus propias regulaciones.

Durante siglos, el derecho y la moral, aunque distintos, habían tenido un origen y fundamento común: la ley natural, que era a la vez ética y jurídica. Es precisamente Christian Thomasius, quien por primera vez establece una distinción entre la moral y el derecho, en un afán de mantener límites claros frente al poder estatal y eclesiástico de su tiempo, y en defensa de las libertades de pensamiento, religión y conciencia. Por otro lado, Thomasius reconoce la distinción entre *ius perfectum e imperfectum* a que me he referido, y concluye, que dado que el *honestum* (deber moral), regula las acciones internas que afectan únicamente al individuo, su cumplimiento no puede estar sujeto a coacción por parte del poder político ni de la Iglesia; en cambio, el *iustum* (deber jurídico), regula acciones intersubjetivas, que al ser externas, son relevantes para los fines de paz social y, por lo tanto, pueden ser objeto de coacción legítima. Aquí el criterio de distinción adoptado es el de la interioridad o la exterioridad de la conducta, mismo que es claramente aceptado por Kant.

#### V. EL DEBER JURÍDICO EN LA DOCTRINA DE LA JUSTICIA KANTIANA

La ética kantiana, insertada en todos estos supuestos y circunstancias, de alguna manera va a significar una conclusión para todo lo anterior. Al mismo tiempo, sus nuevos planteamientos van a producir una verdadera y definitiva transformación.

En primer lugar y como elemento fundante y fundamental de toda la estructura está el individuo aislado, que es considerado como dig-

<sup>3</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *La Cabeza de Jano*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1999, p. 73.

no de ser total y absolutamente autónomo; es decir, que no se encuentra, de manera natural, subordinado a ningún otro individuo. Por el contrario, se le reconoce como un ser racional y, por ende, libre e igual a los demás. En este sentido, "la autonomía es por eso justamente el fundamento de la dignidad del hombre y del respeto que merece".<sup>4</sup>

A partir de este postulado básico de todo el constructo es que se elabora el sistema de la filosofía práctica kantiana, la cual en su parte ética reconoce la libertad de los hombres, a la que considera como un *factum* y a partir de la cual es posible hablar de "ley moral", pues una no se entiende sin la otra; y dado que el hombre no está constreñido ni determinado de manera absoluta en su actuar, es que podemos concluir la existencia de ambas. Dicho en otras palabras "la idea de libertad implica actuar por un deber como imperativo absoluto... a partir del deber llegamos a conocer la idea de libertad".<sup>5</sup>

Por otro lado, al hablar de "ley moral" Kant va a realizar un cambio radical en cuanto a que, si su planteamiento ha partido, como se dijo, de individuos absolutamente autónomos, éstos no podrían, como hasta entonces, seguir sujetos a la normatividad de una ley natural creada heterónomamente, desde un plano trascendente y divino. Más bien, los supuestos se modifican y sustituye esa ley natural por su propia ley moral, que representada en el imperativo categórico, constituye el criterio para juzgar acerca de la moralidad de las conductas de los hombres.

En consecuencia, la moralidad de los actos humanos dependerá, primero de su adecuación a esa "ley moral" que es la que establece la forma de los deberes; pero, además, que exige (en contra de los eudemonismos de la época) que el motivo por el cual se cumpla con esos deberes derivados de la norma, sea únicamente el deber mismo. Entonces se realiza "la acción porque es racional actuar así y ese es el único bien: el respeto a la ley moral... Si fuese de otra manera, se actuaría según la ley, pero no por la ley. Se obedecería la letra de la ley, pero no su espíritu. Se obraría de forma externamente racional, pero no por el bien de la razón".<sup>6</sup>

<sup>4</sup> VILLACAÑAS, José Luis, "Kant", en Victoria Camps (ed.), *Historia de la ética*, Barcelona, Crítica, 1999, vol. 2, p. 343.

<sup>5</sup> VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 344.

<sup>6</sup> VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 356.

Visto desde esta perspectiva, al ser el Imperativo un mandato, la acción se hace necesaria y, por tanto obligatoria, y dicho en las propias palabras de Kant:

“El imperativo es una regla práctica, por medio de la cual se hace necesaria una acción en sí contingente... es una regla, cuya representación hace necesaria la acción subjetivamente contingente; así pues, representa al sujeto como uno que tiene que ser obligado (necesitado) a concordar con esta regla”.<sup>7</sup>

Ahora bien, el imperativo categórico, a diferencia de las llamadas “reglas técnicas” o “imperativo hipotético”, establece un mandato, además, “incondicionado” y entonces el filósofo agrega:

“El imperativo categórico (incondicionado) es el que piensa una acción como objetivamente necesaria y la hace necesaria, no de un modo mediato, a través de la representación de un fin, que pueda alcanzarse con la acción, sino a través de la mera representación de esa acción misma (de su forma), es decir, inmediatamente...”.<sup>8</sup>

Ahora bien, cuando se plantea una separación entre moral y derecho de la manera como se hizo, sólo será aquélla la que en realidad establezca obligaciones en el sentido estricto e incondicionado del término, y con justificación última y fundante reconocida en la razón. Sin embargo, esta diferenciación, para el derecho tendrá otras consecuencias.

En mi opinión, desde el momento en que Kant hace su planteamiento a partir de la consideración absoluta de los individuos libres e independientes, racionales y, por ende, autónomos, la separación entre los dos órdenes es inevitable, puesto que, visto así el hombre, sería completamente contradictorio el seguir reconociendo la existencia de una “ley natural”, tradicional y heterónoma. Además, si el derecho (*Ius*) es considerado como libertad o facultad natural, y perteneciente al hombre por el solo hecho de serlo, nada tendría que ver con un ordenamiento que lo que establece, contrariamente, son de-

<sup>7</sup> KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 28.

<sup>8</sup> KANT, *op. cit.*, p. 28.

beres. Únicamente en la acepción preceptiva del derecho como ley positiva, podría encontrar una relación con la norma moral, pero con la enorme diferencia de que ésta no necesariamente es la razón la que la determina, sino el consentimiento de los individuos mediante los mencionados pactos.

Así, no quedaría justificada entonces, la obligatoriedad de las normas jurídicas, aunque las morales sí la encontrarían, según la propuesta kantiana, en la objetividad de la propia razón, por ser igual para todos y entonces, “la objetividad de la razón es la que garantiza la objetividad de las normas que ella produce”.<sup>9</sup> De tal manera que, todos los individuos podrían coincidir en las mismas normas universalmente; entonces, el deber sería “un querer que puede ser querido por todos los seres racionales”.<sup>10</sup>

Hasta aquí queda claro que las leyes morales se conforman en deberes que limitan, aunque de manera racional, la libertad de los individuos autónomos y le determinan lo que “debe hacer”, pero no el que la moral sea fundamento del derecho.

En cambio, por lo que hace al derecho, que aunque también parte del presupuesto de libertad de los individuos, tiene como finalidad el aseguramiento de la realización efectiva de la libertad de los hombres en el mundo externo. Es decir, aquí me estoy refiriendo a esa doble acepción de la palabra derecho, que bien puede ser entendida como un precepto que nos ordena el que cada persona sea respetada como un fin en sí misma, en el ejercicio de su conducta externa; o que también se le reconoce como una potestad o licencia, es decir que nos establece la posibilidad lícita de hacer.

Entonces, mi conclusión es que el derecho, teniendo por finalidad la coordinación de las libertades externas de los hombres, debiera ser una regla supra-subjetiva, lo que le permitiría colocarse por encima de todos ellos, y así lograr la efectiva regulación de las conductas humanas. Sin embargo, a partir de las tesis contractualistas, prevalece el principio por el que “nadie puede quedar obligado sino por su propia voluntad”, con lo que las únicas obligaciones legítimas son las que proceden del propio consentimiento, por lo que lo dicho sería imposible.

<sup>9</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, *op. cit.*, p. 116.

<sup>10</sup> VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 338.

Me parece que la postura kantiana al establecer su definición de derecho, confirma la adopción de la tesis contractualista, pues definiéndolo como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”,<sup>11</sup> no da cabida a ninguna clase de regla superior en los términos mencionados, sino que más bien está viendo a los sujetos a partir de su autonomía y libertad, y entonces, la única forma de establecer reglas para la convivencia pacífica sería la celebración de los pactos, como se ha dicho, lo que no nos llevaría a concluir, ni remotamente la moralidad de las normas jurídicas.

Aun si fuéramos más allá en el afán de encontrar un fundamento común de obligatoriedad entre la moral y el derecho, deberíamos ver que, ni la ética kantiana impone obligaciones que trasciendan al individuo, ni tampoco sería posible pensarlas en relación con la norma jurídica, sino que el derecho más bien sólo podría ser entendido a partir de lo consentido en los pactos y en el contexto de un “estado civil”, dentro del cual cumpliera efectivamente su función. En apoyo de lo anterior, dice Höffe: “para la teoría kantiana del contrato, tiene importancia central la distinción entre derecho y virtud. Mientras la virtud se refiere a las máximas vinculadas con la actitud personal básica, es decir, el tipo de convicción del acto —las leyes deben ser ellas mismas razones de la acción— el derecho se refiere a las acciones externas de las diferentes personas y a su orden legal, independientemente del tipo de convicción de los actores. De acuerdo con estas distinciones, la teoría del contrato pertenece al ámbito del derecho y no de la virtud...”<sup>12</sup>

Si insistimos en preguntar si el derecho queda amparado por la moral, podríamos buscar la respuesta quizás en el análisis de los conceptos de “moralidad” y de “legalidad” establecidos por el filósofo, pero también tendríamos que concluir que, la moralidad implica una “obligación”, que por derivar del cumplimiento de un Imperativo Categórico, por el deber mismo, resulta “incondicionada”. En cambio, cualquier conducta estará de acuerdo con la “legalidad”, simple-

<sup>11</sup> KANT, *op. cit.*, p. 39.

<sup>12</sup> HÖFFE, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 20.

mente si se adecua a la norma, con independencia de los motivos que se tuvieran, con lo que nos colocaríamos en el supuesto, más bien, de un imperativo hipotético, para el cual los motivos que inducen la acción son indiferentes y lo que importa es la realización de la misma. Inclusive, ante el incumplimiento de las normas jurídicas se podría llegar a la coacción de la voluntad de infractor de la norma, lo cual, en el planteamiento kantiano, no podría estar referido a una cuestión de moralidad, por lo antes dicho, sino que sería todo lo contrario. En conclusión, tampoco desde este ángulo, tampoco podríamos hablar de la obligatoriedad incondicionada de un derecho que sólo exige la legalidad de las conductas.

## VI. CONCLUSIONES

Del breve análisis de la Doctrina de la Justicia expuesta por Kant, no se puede concluir que la moral abarque al derecho, sino que cuando el filósofo alemán hace su propuesta, la hace tomando en consideración una concepción del derecho que ya corría separadamente de aquélla.

Por otro lado, el hecho de haber planteado su doctrina tanto ética como de justicia, a partir de la consideración del individuo aislado y autónomo, lleva a la conclusión de que las normas jurídicas establecidas por lo que él llama derecho público y que son las realmente eficaces para su cumplimiento, obligan por haber sido consentidas por todos los individuos, de esta manera son vistos como colegisladores.

Tampoco, desde el punto de vista de lo que Kant entiende por moralidad y legalidad, es posible encontrar puntos reales de contacto entre ambos ordenamientos, toda vez que los presupuestos del imperativo categórico (quizás en un muy legítimo afán de rescatar el concepto de “obligación” frente a los eudemonismos imperantes), en mi opinión, son totalmente contrapuestos con los de los imperativos hipotéticos, dentro de los cuales el derecho estaría incluido.

Finalmente, si concluimos que la moral y el derecho no comparten un mismo fundamento de obligatoriedad, entonces, podemos pensar que, siempre y cuando estén debidamente establecidas, las normas jurídicas pueden cobijar cualquier contenido e, incluso, arbitrariedad.

## DISCURSOS

### DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARIO A. BECERRA POCOROBA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2004-2005

Estimados alumnos y profesores de la Escuela Libre de Derecho,  
Distinguidos miembros de la Junta Directiva,  
Señoras y señores:

El inicio de cursos representa una de las fechas más vivas de toda institución educativa. Para la Escuela Libre de Derecho no puede sino significar la continuación de una larga y fructífera historia como institución que inició hace 92 años y que cada año renueva sus bríos con la llegada de sangre joven a sus aulas.

En efecto, este día significa mucho para todos los que formamos parte de esta Escuela, pero sin duda para los alumnos de nuevo ingreso representa un parteaguas en su vida académica. Es este día el momento de asumir que los estudios profesionales son quizá uno de los momentos más formativos de nuestra vida. Estén ciertos de que su paso por esta Escuela difícilmente será intrascendente sea cual sea su destino. Nuestro sistema, implantado desde el año de 1912, se caracteriza por explotar las mejores aptitudes para el conocimiento del fenómeno jurídico así como el óptimo desempeño de la abogacía.

Les puedo decir con mucho orgullo que soy un convencido de que nuestra Escuela forma abogados y juristas de excelencia, seguramente no los únicos pero sí de los mejores. La Escuela Libre de Derecho conjuga elementos en la formación de sus estudiantes que los hacen tener una ventaja comparativa con el rendimiento profesional de los egresados de otras instituciones. Si ustedes son conscientes de ello, seguramente pondrán lo mejor de sí mismos para lograr tal objetivo.

Por ello, jóvenes alumnos, los invito a que se sumen con todo empeño y dedicación a emprender los estudios de derecho con la mentalidad de excelencia que esta Escuela requiere. Es el momento de apreciar la oportunidad que una institución de la magnitud de nuestra Escuela Libre de Derecho les ofrece. Estoy seguro que no se arrepentirán, los frutos que la Escuela nos permite recoger son inapreciables, muchos de ustedes lo comprobarán.

Este mensaje quiero hacerlo extensivo a los demás alumnos de la Escuela. Si bien es cierto que ya han acreditado ser capaces de permanecer en ella, deben recordar que una de las virtudes que nos legaron nuestros antecesores es la constancia, la persistencia en un ideal, sólo así será posible su consecución.

A mis compañeros profesores quiero también darles un año más la bienvenida a este ciclo lectivo. Si bien es cierto que gran parte de la rica vida de esta Escuela está en sus alumnos, no lo es menos que ustedes son pieza fundamental en la noble tarea de la enseñanza del derecho. Hoy en día sobre nosotros recae la delicada responsabilidad de formar a las nuevas generaciones de alumnos, generaciones que sin duda no se parecen mucho a las nuestras, por lo que debemos de adaptar nuestros métodos y contenidos de enseñanza a las exigencias que nos impone este tiempo.

Quiero aprovechar esta ocasión para agradecer la respuesta del profesorado de nuestra Escuela a las propuestas de actualización de nuestro plan de estudios y de nuestro régimen normativo interno; tengo el pleno convencimiento de que en el ánimo de la mayoría está el interés por hacer las reformas necesarias para que la Escuela se encuentre a la vanguardia de la enseñanza del derecho en nuestro país y porque nuestro prestigio se vea asegurado por ofrecer la mejor oferta académica.

Señoras y señores, la Escuela Libre de Derecho requiere del esfuerzo y compromiso de todos los que la integramos, nos encontramos inmersos en un momento de renovación histórica que genera división de opiniones y un intenso debate por encontrar las mejores soluciones a nuestros retos y desafíos, este ambiente debe unirse en beneficio de la Escuela, nunca dividirse. Estoy seguro que si miramos sólo por el beneficio de la institución los resultados no serán más que benéficos y nuestra Escuela y su comunidad saldrán fortalecidos y más unidos que nunca. Los invito a que veamos el futuro con

optimismo pero con responsabilidad, la Escuela requiere de nuestra mejor dedicación para que cada uno de nosotros, desde la trinchera que corresponda, colabore en la delicada misión de hacer que la misma perdure en el tiempo con el espíritu incólume con el que nació; la excelencia en la enseñanza del derecho desde la libertad y la autodisciplina. Hago votos porque así sea. Muchas gracias.

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARCELO  
DROPEZA Y SEGURA, DIRECTOR DE LA ESCUELA  
LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA  
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2014-2015

La Escuela Libre de Derecho es una institución que tiene por objeto la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus afines, en un ambiente de libertad, justicia y equidad, y a todos los niveles, a través de programas de estudio que permitan el desarrollo de la personalidad de cada uno de sus alumnos.

En el presente curso académico 2014-2015, la Escuela Libre de Derecho, en cumplimiento de su misión, ha iniciado el curso académico con la inauguración de los cursos de primer y segundo semestre.

Este momento es importante para nosotros, como institución educativa, y para todos los que integramos la Escuela Libre de Derecho. En este momento, el espíritu de la institución es el que nos impulsa a seguir adelante, a seguir ofreciendo la mejor oferta académica, a seguir ofreciendo la mejor enseñanza, a seguir ofreciendo la mejor formación profesional.

Quiero aprovechar esta ocasión para agradecer la respuesta del profesorado de nuestra Escuela a las propuestas de actualización de nuestro plan de estudios y de nuestro régimen normativo interno; tengo el pleno convencimiento de que en el ánimo de la mayoría está el interés por hacer las reformas necesarias para que la Escuela se encuentre a la vanguardia de la enseñanza del derecho en nuestro país y porque nuestro prestigio se vea asegurado por ofrecer la mejor oferta académica.

Señoras y señores, la Escuela Libre de Derecho requiere del esfuerzo y compromiso de todos los que la integramos, nos encontramos inmersos en un momento de renovación histórica que genera división de opiniones y un intenso debate por encontrar las mejores soluciones a nuestros retos y desafíos, este ambiente debe unirse en beneficio de la Escuela, nunca dividirse. Estoy seguro que si miramos sólo por el beneficio de la institución los resultados no serán más que benéficos y nuestra Escuela y su comunidad saldrán fortalecidos y más unidos que nunca. Los invito a que veamos el futuro con

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MAURICIO OROPEZA Y SEGURA, PROFESOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2004-2005

La Escuela Libre de Derecho es una institución que tiene por objeto la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, es independiente del poder público y ajena a todo fin político, o credo religioso. No persigue propósitos de lucro y cumple sus fines en un ambiente de libertad.

Sin ser los únicos, estos son los atributos más relevantes de la Escuela, abundemos en cada uno de ellos.

Enseñar no solamente es transmitir conocimientos actualizados a los alumnos. En nuestra Escuela el término enseñanza tiene una connotación más amplia. Para nosotros, el verdadero alcance de la expresión es el que le dio don Emilio Rabasa en un magistral discurso pronunciado en 1935:

...enseñar es romper las ligaduras de las inteligencias y animarlas a ejercitar sus fuerzas propias, confiando en ellas y amándolas, como el pájaro confía en sus alas y las ama, sumisas siervas de su albedrío y garantes seguros de su libertad...

La Escuela enseña a sus alumnos la ciencia del derecho, forma abogados, es decir, capacita a sus egresados para que puedan honestamente "hablar por otros", les da los elementos científicos y técnicos para defender valores tan altos como el honor, el patrimonio, la libertad y hasta la vida misma, de aquellos que no poseen la ciencia del derecho.

Para lograr enseñar, es necesario también educar. Es decir, crear hábitos correctos de conducta y de estudio.

El problema de conducta se encuentra resuelto, ya que más de noventa generaciones de estudiantes de la Escuela Libre de Derecho han cumplido con el compromiso inscrito en el muro principal de su edificio: "El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de sus alumnos".

La eficacia de los estudios se encuentra garantizada por el estricto apego a sus estatutos, reglamentos y tradiciones; por el entusiasmo y el afán de superación de los alumnos; y, por la capacidad profesional, honorabilidad y afán de servicio de sus profesores.

Desde que se fundó, los profesores han sido piedra angular de nuestra Escuela, la joven nonagenaria, lo mismo en Donceles, que en la antigua casona de El Carmen, en Puente de Alvarado o Humboldt, así como en Basilio Badillo y también en Arcos de Belén.

Mas cabe preguntar: ¿Qué es un maestro?

Dejemos que sea el jurista que tuvo alma de poeta, don Manuel Herrera y Lasso, quien nos dé la respuesta, al decirnos lo que no es y lo que sí es un maestro.

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

De la integración del alumno con deseos de aprender y del profesor interesado en enseñar, surge la cátedra que permite ese diálogo socrático, ya que la cátedra, como decía don Manuel:

No es trípode del oráculo, ni la tribuna del orador, ni el pedestal del soberbio, sino como expresa parcamente la etimología del vocablo, es el "asiento elevado" visible para todos, desde el cual puede captar el maestro la atención de sus discípulos y lograr con cada uno la fusión intelectual.

Los profesores de la Escuela Libre de Derecho —creo interpretar su sentir— no solamente buscan transmitir sus conocimientos, quie-

ren que sus alumnos piensen como juristas, que tengan criterio jurídico. El maestro García Jimeno nos decía: "Nadie está obligado a ser abogado pero el que elige serlo tiene que ser un buen abogado".

Continuando con el análisis de nuestra definición inicial, nos encontramos con los siguientes elementos: "La Escuela es independiente del poder público y es ajena a todo sinfín político o credo religioso".

Lo anterior significa autonomía bien entendida. Esta verdadera y real autonomía, defendida celosamente por quienes han tenido la responsabilidad de hacer vivir a la Escuela, es el único medio de lograr que una institución de enseñanza superior cumpla sus fines. Ya lo indicaba así el propio don Emilio:

La enseñanza que no tiene por base la autonomía de la Escuela no puede contar con la plena libertad espiritual que en maestros y discípulos requieren la lealtad del que da y la buena fe del que recibe.

Nuestra autonomía es otro de los puntos de apoyo de la institución, es su garantía de supervivencia y, por lo tanto, nuestra responsabilidad cotidiana es velar por ella. Así lo ha señalado el maestro Gustavo R. Velasco:

La vida de la Escuela Libre de Derecho no nos ha sido dada; somos nosotros quienes la hacemos, quienes la damos. Somos sus componentes —los alumnos, los exalumnos, los profesores, los directores— los que día a día tenemos que querer y enseguida hacer lo necesario, para que la Escuela perdure y sea, al resolver, concurrir a ella y estudiar al preparar nuestras clases y desarrollarlas, al prestarle apoyo y simpatía, al enfrentarnos con sus necesidades y problemas.

Pensando seriamente en lo dicho por don Gustavo, es necesario renovar permanentemente el compromiso de querer a esa "libre asociación de amigos", que es la Escuela Libre de Derecho. Tal ha sido el ejemplo de nuestros mayores y los frutos se encuentran a la vista.

La Escuela Libre de Derecho nunca ha perseguido fines de lucro, en ella no se ha actualizado el principio romano del *do ut des* (doy para que me des). Su vida económica se sustenta en el afán de servicio de sus profesores —que nunca han recibido estipendio por impartir sus clases—, en la prudencia de sus administradores, en las

cuotas con que contribuyen sus alumnos y en la generosidad de sus benefactores.

Parece mentira, pero es rigurosamente cierto, en esta época materialista, la Escuela se ha nutrido de una sola fuente: el amor.

Amor a las ciencias jurídicas, es decir, amor a la justicia. Amor a la juventud estudiosa, es decir, legítimo deseo de supervivencia. Amor al grupo social, es decir, en este caso: amor a México: "el que escribe su nombre con la X que algo tiene de cruz y de calvario".

Nuestra Escuela se creó y se ha desarrollado en una era asombrosa. El ingenio humano ha alcanzado metas casi increíbles: la conquista del espacio exterior, trasplantes de órganos vitales, prodigiosos avances en los medios de comunicación, erradicación de enfermedades hasta hace poco incurables... son símbolos de nuestro tiempo. Y también, en doloroso contraste, son producto de esta época, sucesos tan lamentables como las guerras, la discriminación racial, las dictaduras totalitarias, el hambre y la existencia de armas de poder destructivo incalculable.

Actualmente, la humanidad pasa de un estado crítico al subsiguiente en forma casi imperceptible, lo que equivale a decir que vive en crisis permanente.

Sin embargo, tengo la firme convicción de que nuestra Escuela, refugiada en sus tradiciones, fiel a sus principios, confiada en la altura de miras de sus fines y apoyada en un prestigio arduamente alcanzado y celosamente custodiado ha permanecido al margen de la crisis. Esto ha sido posible porque en la Escuela, como decía el maestro Genaro María González, "ha fecundado la síntesis propicia: unir la libertad con el derecho".

Para nuestra Escuela, el ser libre no es una palabra más en su denominación social. Es más, mucho más: la libertad es su condición de existencia.

Por lo dicho, confiando en el siempre vigente ejemplo de nuestros mayores y en el afán de superación de sus alumnos, es oportuno repetir lo expresado por don Emilio Rabasa, hace más de medio siglo: "La Escuela ha jurado vivir y cumplirá su juramento".

Cumplirá su juramento en virtud de que "ayer como hoy —según decía el maestro David Casares Nicolín—, nuestra institución, comunidad amistosa de maestros y alumnos, sigue preparando concienzudamente a éstos bajo la orientación generosa de aquéllos; ve

destacar a los abogados salidos de sus aulas, sin distinción de generaciones y ve también que maestros noblemente envejecidos en la cátedra, tanto como los que están en plena madurez y aun los nuevos, siguen la señera tradición de los fundadores".

"La Escuela ha jurado vivir y cumplirá su juramento", en virtud de que —como lo expresaba Genaro María González— "es unidad. Unidad viva y estructural de maestros y alumnos. En ella la tradición no es hierática, ni las ideas monolíticas, ni las calificaciones dádivas, ni menguado el trabajo".

"La Escuela ha jurado vivir y cumplirá su juramento", en virtud de que sus jóvenes alumnos, "vida en flor, honor en llamas", no están enfermos de escepticismo antes de haber pensado; porque en ellos alienta el ideal; porque tienen fe y, por eso, podemos mantener la esperanza.

El derecho no debe ser doblegado por el favor, ni quebrantado por la fuerza, ni corrompido por el dinero.

DISCURSO DEL ALUMNO CARLOS ORVAÑANOS REA,  
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS DE LA  
ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA  
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2004-2005

Honorables miembros de la Junta Directiva,  
Muy respetado maestro, don Mario Becerra Pacoroba,  
Rector de la Escuela Libre de Derecho,  
Muy respetado maestro, don Pedro Barrera Ardura,  
Secretario General,  
Queridos maestros y alumnos,  
Señoras y señores:

Es un verdadero honor estar aquí el día de hoy, en la ceremonia de inicio de cursos de la Escuela Libre de Derecho, en donde, como hace 92 años, maestros y alumnos nos preparamos con entusiasmo para fijar objetivos y superar metas.

Gracias, señoras y señores por su presencia, que da decoro y brillo a esta ceremonia.

Fundada hace 92 años, la Libre congrega hoy a maestros y alumnos, sobrecogidos por el retorno a otro año más de lucha intelectual y autosuperación. El tiempo que tan profundas mutaciones aporta no ha alterado el vertiginoso ritmo de nuestros corazones y el mutuo cariño, intensificado en el curso de la vida, la vinculación sentimental con nuestra Escuela.

Como la patria, la Escuela es asamblea de vivos y muertos: don Manuel Herrera y Lasso ya lo sostenía así cuando afirmaba que en la Libre se da la continuidad sin ruptura, tradición y anhelo, prolongación del pasado e incitación del porvenir. Por eso, hoy los evocamos incluyéndolos en esta magna celebración, a todos los desaparecidos

—maestros y alumnos— que sobreviven en el alma colectiva de la institución. Por eso destacamos el recuerdo de grandes leyendas como el propio don Manuel Herrera y Lasso, Agustín Rodríguez, Gustavo R. Velasco, Eduardo Pallares, Miguel S. Macedo y Eduardo Trigueros; pero de igual manera reconocemos y admiramos a los continuadores de esos ideales de libertad y de justicia como mi maestro don Cecilio González Márquez, don Fausto Rico Álvarez, don José Luis de la Peza, don Jaime del Arenal y mi entrañable maestro y amigo don Ignacio Morales Lechuga, a quien tengo especial respeto y admiración; entre muchos otros que hacen de esta Escuela una verdadera cuna de líderes ampliamente reconocidos en la vida jurídica de nuestro país.

La Escuela Libre de Derecho se encuentra hoy más viva que nunca, la renovación física impulsada por nuestro Rector representa esa gran vitalidad; asimismo la reforma al plan de estudios impulsada tanto por el Rector como por la honorable Junta Directiva nos prepara para enfrentar los retos que se presentan a inicio de un nuevo siglo. La Libre está preparada para afrontarlos con inteligencia y ética.

La sociedad de alumnos siempre ha contado con el respaldo y el apoyo incondicional del Rector, don Mario Becerra, y gracias a ello se han concretado logros importantes como la Bolsa de Trabajo, y el convenio de colaboración que está por firmarse con la Barra Mexicana Colegio de Abogados y su despacho de asesoría jurídica gratuita, lo anterior gracias también al apoyo de su Presidente, Lic. don Emilio González de Castilla, a quien agradezco públicamente en este acto.

Pero quizás el logro de mayor trascendencia es la Fundación de la Asociación Mexicana de Estudiantes de Derecho, que se constituyó junto con las sociedades de alumnos de las mejores escuelas y facultades de derecho en México, encabezadas por supuesto por la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Panamericana, cuyo líder indiscutible, don Francisco Gamboa Barrón, se encuentra esta mañana con nosotros en esta ceremonia. Este hecho demuestra que los estudiantes hemos cerrado filas en torno a metas e ideales compartidos de libertad, de justicia y de ética. La nación exige la unidad para enfrentar los retos del nuevo milenio y eso es precisamente lo que estamos haciendo para reflejar nuestros ideales.

Estamos a tan sólo unos años para que la Libre cumpla su centésimo aniversario. Para algunos este suceso será solamente la conclu-

sión de un siglo en el que se cumplieron algunos propósitos y se abandonaron otros; para algunos más es sólo el inevitable transcurso del tiempo, y para otros más es el planteamiento de nuevos retos y el aprovechamiento de nuevas oportunidades. La esperanza de los fundadores de esta Escuela no ha sido mera ingenuidad. Emilio Rabasa tenía razón cuando afirmaba que la Escuela Libre de Derecho se ha jurado vivir y vivirá. No obstante, el panorama no se vislumbra sencillo; es aquí donde los futuros abogados de esta Escuela debemos cuestionarnos en qué medida el derecho ha logrado un orden más justo en la sociedad, y cuál ha sido nuestra función; el horizonte se percibe verdaderamente incierto, pero cada año en nuestra amada Escuela nace una esperanza: nace en cada ciclo escolar, al ingresar una nueva generación de jóvenes que serán formados por un grupo de hombres que transmitirán no sólo sus conocimientos en la ciencia jurídica, sino que inculcarán los valores y el sentido del verdadero jurista. Que darán ejemplo de cada clase y en todos sus actos, y que sembrarán en ustedes el amor por su país y por su Escuela.

Siéntanse compañeros de nuevo ingreso verdaderamente afortunados y sepan que han tomado una decisión importante, pero no la más importante, la cual implicará conducirse con honor, justicia, honradez, y conciencia durante su vida profesional y personal. Porque la formación íntegra del ser humano implica el desarrollo intelectual, físico, ético y estético.

Hoy es tiempo de preparación y de estudio para afrontar digna e inteligentemente los problemas del mañana. Hoy es un día de celebración. Citando a Víctor Hugo les digo: "No tengo más que una piedra en mi honda, pero esa piedra es buena, esa piedra es la justicia".

Bienvenidos a esta casa construida sobre roca. Sean bienvenidos a la honorable Escuela Libre de Derecho. Muchas gracias.