

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 29

MÉXICO, 2005

NÚMERO 29

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Ignacio R. Morales Lechuga, *Rector*
Lic. Francisco de Icaza Dufour, *vocal*
Lic. Emiliano Zubiría Maqueo, *vocal*
Lic. Ismael Gómez Gordillo y Ruelas, *vocal*
Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila, *vocal*
Lic. Mauricio Oropeza Estrada, *vocal*

Secretarios:

Lic. José Manuel Villalpando César, *Secretario*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*

CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2005. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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

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

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

BIBLIOTECA

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

La imagen del buen gobernante: Isabel la Católica en la historiografía mexicana del siglo XIX 9

JUAN LUIS JOSÉ BILLECOCQ

Discurso sobre la profesión de abogado 27
(Introducción y trad. de Carlos Herrejón Peredo)

LUIS NORBERTO CACHO PÉREZ

Hacia la despenalización del narcotráfico. Una forma de política criminal para enfrentar este fenómeno delictivo 53

LUIS MIGUEL CANO LÓPEZ

GRACIELA RODRÍGUEZ MANZO

Entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información 83

XAVIER GINEBRA SERRABOU

ANA PAULA LÓPEZ PADILLA Y LAPUENTE

ARTURO PÉREZ ROBLES

Efectos jurídicos de la consideración como persona jurídica de la asociación en participación para efectos fiscales 167

RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ

El Código Civil de Napoleón y su contribución a la teoría general del derecho 195

CECILIO GONZÁLEZ MÁRQUEZ
 La naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal 235

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN
Gai institutiones. Commentarius tertius. Instituciones de Gayo. Comentario tercero 243

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO
 JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ
 ¿Es posible hoy la democracia sin ciudadanos formados cívicamente? 333

DAVID SÁNCHEZ RUBIO
 Ciencia-ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos 353

GARBIÑE SARUWATARI ZAVALA
 Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: impacto internacional y nacional 379

JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS
 La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural 437

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
 La tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes 515

ALFREDO TRUJILLO BETANZOS
 La desestimación de la personalidad jurídica 545

SECCIÓN MONOGRÁFICA

ANDRÉS LIRA GONZÁLEZ
 Derechos del hombre y garantías individuales. Vallarta en la Constitución de 1917 575

MIGUEL ÁNGEL BISOGNO CARREÓN
 La procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos 583

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO
 El árbitro, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo? 605

RAMÓN HERNÁNDEZ CUEVAS
 Principios rectores del juicio de amparo. Actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo) 663

MISCELÁNEA

CHRISTIAN BYK
 Organizando la democracia y la ciencia: un desafío para "un nuevo mundo feliz" 701

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
 Los valores de la Escuela Libre de Derecho. Tradición, actualidad y perspectivas 723

IN MEMORIAM

José Cándano García de la Mata (1913-2004) 749

José Luis de la Peza Muñoz Cano (1927-2005) 751

Álvaro Espinosa Barrios (1914-2005) 755

DISCURSOS

Discurso del señor Lic. don Ignacio Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2005-2006 757

Discurso del señor Lic. don Emiliano Zubiría Maqueo,
 profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia
 de Inauguración de Cursos 2005-2006 763

Discurso del alumno Emiliano Robles Gómez Mont,
 Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre
 de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración de
 Cursos 2005-2006 767

MISCELÁNEA

MEMORIAS

DISCURSOS

LA IMAGEN DEL BUEN GOBERNANTE:
ISABEL LA CATÓLICA EN LA HISTORIOGRAFÍA
MEXICANA DEL SIGLO XIX

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Dos interpretaciones de una misma historia*. II. *En búsqueda del "Buen gobernante"*. III. *Los primeros historiadores*. IV. *"Santa", "gloriosa" y "magnánima"*. V. *Hipótesis muy provisionales*.

I. DOS INTERPRETACIONES DE UNA MISMA HISTORIA

En 1929, en la agonía de la Guerra Cristera el escritor y periodista católico José Elguero (Morelia, 1885-México, 1939), publicó un libro titulado *España en los destinos de México*, dirigido a refutar un folleto anónimo en el que se lanzaban "a España y a los españoles que han vivido y viven en México, los cargos más peregrinos, dispartados y virulentos".¹ Ambas publicaciones representan muy bien las dos tendencias que dividirán a los historiadores mexicanos durante las décadas siguientes: indigenistas e hispanistas, y aunque sabemos que el caso mexicano no es único en Hispanoamérica, en México ambas corrientes asumieron una naturaleza ideológica muy combativa provocando la falta de unidad que todavía hoy se puede observar entre sus habitantes cuando de su pasado histórico se trata. Frases como "nos conquistaron", o "la indiada y el peladaje", revelan una mentalidad adversa a un discurso dirigido a la unidad y al

¹ ELGUERO, José, *España en los destinos de México*, 3a. ed., México, Jus, 1962 (*Figuras y episodios de la historia de México* 34), p. 3.

mestizaje entendido como valor. Y es que la postura maniquea de la historia mexicana fue fomentada por los gobiernos revolucionarios como una forma de legitimar sus propias pretensiones políticas afirmadas jurídicamente en la Constitución Federal de 1917, anticatólica, agraria y obrera, nacionalista y antidemocrática. De esta suerte, de la antigua política de conciliación histórica llevada a cabo por los intelectuales y políticos del porfiriato nada se quiso saber ni mantener; política que después de un arduo trabajo había podido ofrecer a los mexicanos una visión más o menos reconciliada de sus ricos pasados indígena y peninsular. Después del triunfo sobre Díaz y su régimen (1914), y del enfrentamiento entre la Iglesia y el Estado (1926-1929) concluido con unos "arreglos" que no dejaron satisfechos sino a unos cuantos, el Estado revolucionario mexicano se aprestó para dar el salto definitivo en su objetivo por "apoderarse de las conciencias de los niños" y de la única verdad histórica posible: la que se escribiera desde el poder y sirviera para afirmarlo. Antropólogos, sociólogos, periodistas, historiadores, juristas, y más que ninguno, los maestros normalistas, dentro de las esferas de una burocracia cada vez más controlada y afin a la Revolución, dedicarían sus esfuerzos para escribir de una vez por todas la "Historia Verdadera de México": indigenista, antihispánica, liberal, revolucionaria, atea y, en los años treinta, con ribetes socialistas. Una síntesis de ese antihispanismo sin concesiones la encontramos esbozada en la explicación preliminar del libro del michoacano Elguero:

Para el autor del libelo, todos los infortunios de México se deben a la educación española que recibimos, a la cultura colonial y al espíritu de explotación que, según él, anima a los peninsulares. Desde la esclavitud de los indios iniciada por los conquistadores del siglo XVI y el régimen despótico de los virreyes, hasta el bombardeo y ocupación de Veracruz por los americanos en 1914; desde el malhadado Plan de Iguala y la guerra de los pasteles, hasta la usurpación de Maximiliano y la rebelión del general Arnulfo R. Gómez contra el gobierno del presidente Calles, de todo eso y mucho más tienen la culpa los españoles que han venido a este país a robarnos nuestras fabulosas riquezas y a sojuzgarnos tiránica y cruelmente"; afirmando que "la dominación española no concluyó el 27 de septiembre de 1821, sino hasta la fecha, subsiste".²

² *Idem.*

Contra esta interpretación, el libro de Elguero se unirá a los del historiador Carlos Pereyra (1871-1942), originario de Saltillo, Coahuila, y exiliado desde hacía años en Madrid. Difundidos ampliamente en México, los libros de Pereyra, al igual que el de Elguero, ensalzaban y seguirían ensalzando la obra de España en América.³ Durante las décadas siguientes, este hispanismo caracterizará el pensamiento y las luchas ideológicas de los grupos e intelectuales conservadores, católicos y antirrevolucionarios que con indudable valor y en circunstancias nada fáciles (por desgracia muy poco estudiadas y menos reconocidas) enfrentaron desde algunas débiles posiciones y desde diversas instituciones, editoriales, y periódicos, a la versión oficial de la historia mexicana, maniquea, dogmática y reacia a reconocer al elemento hispánico como uno de los fundamentos esenciales de esa mexicanidad que tanto llamaría la atención de diversos intelectuales durante esas mismas décadas. Autores como los mencionados, más Alfonso Junco (1896-1974), José Vasconcelos (1882-1959), Toribio Esquivel Obregón (1868-194), se enfrentarán a Alfonso Toro (1873-1952), a Luis Chávez Orozco (1901-1966), o a Alfonso Teja Zabre (1888-1962), por mencionar sólo unos cuantos, para tratar de rescatar las "huellas de España en México".

Si la historia oficial que empezó a escribirse precisamente alrededor de la fecha del primer centenario de la independencia concluía que a los españoles "Nada les debemos", y que la presencia española en nuestro país no había sido solamente nula, sino más que esto, "grandemente perjudicial para estas tierras americanas", los historiadores católicos e hispanistas concluyeron exactamente lo contrario, embarcándose ambos grupos en una disputa cuyas huellas son todavía hoy visibles en la visión general que los mexicanos tienen acerca de su pasado, y que solamente en los círculos más refinados de la alta cultura historiográfica ya nadie sostiene, gracias a la obra historiográfica de hombres y mujeres como Edmundo O'Gorman (1906-1995), Josefina Vázquez (México, 1932), Silvio Zavala (1909), Luis González (1925-2003), Justino Fernández (1904-1972), y de

³ Sobre Pereyra, véase BRAVO UGARTE, José, *Pereyra, el historiador de la Hispanoamericanidad México*, s.e., 1945 y ARENAL FENOCHIO, Jaime DEL, "Carlos Pereyra. Mi itinerario bibliográfico personal", *Metapolítica*, núm. 41, vol. 9, mayo-junio de 2005, pp. 68-75.

instituciones de altos vuelos intelectuales como El Colegio de México, la Universidad Nacional Autónoma de México o El Colegio de Michoacán.

Si la versión anti-hispánica de la historia mexicana pudo difundirse con tanto éxito y penetrar tan profundo fue gracias al apoyo económico oficial y a la labor de una clase de intelectuales “de izquierda” comprometidos con el aparato gubernamental, así como por la acción eficaz y muy poco crítica de miles de maestros egresados de las normales del Estado a quienes aún en nuestros días les cuesta trabajo pensar las cosas de nuestro pasado de otra manera. Folletos, libros, carteles, murales, discursos, cartillas, salones de clases y, más adelante, radio, televisión y cinematógrafo serán los instrumentos eficaces de un Estado revolucionario decidido a imponer a toda costa una única y definitiva historia nacional.

Los intelectuales católicos, por su parte, desde las columnas de algunos periódicos, de pocas pero influyentes editoriales, y desde el foro de ciertas instituciones lograron difundir su versión de la historia mexicana así como de su pasado colonial, en ocasiones tanto o más radical que la sostenida por la historia oficialista. *Excelsior*, las editoriales Polis y Jus, la Academia Mexicana de la Historia, y las escuelas y colegios que en violación flagrante de las disposiciones constitucionales continuaron dirigiendo las órdenes religiosas de la Iglesia católica, sirvieron de contrapeso a la fuerza persuasiva de los maestros normalistas oficiales y de los medios masivos de comunicación en manos del Estado.

Lo singular del caso mexicano reside en el hecho de presentarse con un fuerte radicalismo dogmático, lamentablemente cuando el país había alcanzado, a comienzos del siglo XX, una evidente reconciliación respecto de su historia. La Revolución y sus regímenes presidenciales representaron en este sentido un salto para atrás en la ardua tarea de reconciliación llevada a cabo lentamente por los historiadores nacionales durante la centuria XIX. Y es que la Revolución se convirtió en ideología y ésta en historia.

Un ejemplo de esa tarea de conciliación, sin duda el más notable y conocido, fue la publicación entre 1884 y 1889 de *México a través de los siglos*, obra colectiva dirigida por el general e intelectual Vicente Riva Palacio (México, 1832-Madrid, 1896), y cuyo tomo segundo se dedicó, con una amplitud inédita hasta entonces, a dar cuenta

de la historia del virreinato novohispano, cubriendo los aspectos tanto políticos, económicos como culturales. Desde su aparición, este libro se convirtió en un texto indispensable para el conocimiento de la historia mexicana y en un clásico de la historiografía nacional. Síntesis del conocimiento histórico alcanzado en su época, sirvió para conciliar a los mexicanos respecto de un pasado que había sido vivido e interpretado como un enfrentamiento insuperable entre lo indígena y lo español, elementos formativos de un México que ahora quería ser definido como mestizo y que se simbolizaba en las figuras históricas de tanto de Cuauhtémoc como de Hernán Cortés.

Sin embargo, esta política de reconciliación histórica tuvo sus límites: una cosa era aceptar los beneficios de la conquista y de la evangelización españolas, y otra muy diferente ensalzar a los conquistadores. Por lo mismo, figuras como las del propio Cortés, o las de Alvarado, Cristóbal de Olid, Nuño de Guzmán o Montejo, no fueron reivindicadas, aunque sí la de los frailes y obispos de la etapa fundacional de la Iglesia en México: Motolinía, Pedro de Gante, Julián Garcés, Zumárraga, Tata Vasco y, ciertamente, algunos gobernantes destacados como los virreyes Antonio de Mendoza, los dos Luis de Velasco, Bucareli, y el segundo Conde de Revillagigedo. Y aunque desde los primeros años de vida independiente se aclaró que el monumento ecuestre del rey Carlos IV esculpido por Manuel Tolsá se conservaba y exhibía en plaza pública por razón de sus cualidades artísticas y no por los méritos del personaje representado, no puede desconocerse que la obra de Riva Palacio significó una revaloración de los reyes peninsulares como legítimos reyes de la Nueva España.

II. EN BÚSQUEDA DEL “BUEN GOBERNANTE”

México tenía una historia de siglos, y durante tres había sido gobernada por reyes, virreyes y gobernadores dotados de cualidades y valores que era justo conocer y reconocer, sobre todo si lo que se pretendía era recuperar la estabilidad política, el buen gobierno, y la correcta administración que asegurara el progreso de la nación. En efecto, después de décadas de gobiernos inestables resultaba indispensable rescatar la figura del buen gobernante, fuera éste prehispánico, español, criollo o republicano: todos servirían para reforzar la figura presidencial del por entonces indiscutido político oaxaqueño

Porfirio Díaz (Oaxaca, 1830-París, 1915), presidente de México desde el año 1876. Tal vez sea ésta la razón por la que a finales del siglo XIX se difundió amplia y positivamente en la República Mexicana la figura histórica de la reina Isabel I de Castilla, conocida como Isabel la Católica (Madrigal, 1451-Medina del Campo, 1504); imagen positiva que permanece hasta nuestros días y que alcanzó su punto culminante con el hecho de poner su nombre a una de las principales calles de la Ciudad de México, no obstante que nunca fuera reina ni gobernante de la Nueva España. Frente a la siempre frágil y vulnerable figura de Cortés, o las muy poco conocidas de tantos vi-reyes y arzobispos, la reina Isabel la Católica sirvió de punto de conciliación entre los partidos antagónicos —liberales y conservadores, republicanos y monárquicos— que después del triunfo sobre el Segundo Imperio adoptaron una política de acercamiento político y convivencia pacífica que se reflejó incluso en el plano académico e intelectual. Isabel de Castilla se erigió, de esta suerte, en un símbolo de un poder justo y humanitario, inobjetable desde cualquier ideología y colocada por encima de cualquier consideración partidista: sus obras, su carácter, su valor y decisión, así como sus muchas prendas morales serán enaltecidas tanto por católicos y conservadores como por liberales y masones. Para los liberales, la lucha entablada por doña Isabel en favor del indígena valdrá más que su origen hispánico y su catolicismo, mientras que para los católicos, será la religiosidad ferviente de la monarca castellana la que, precisamente, la llevó a defender esa causa a favor de los indios; importando muy poco para ambos grupos que la Reina nunca llegara a conocer a los indígenas mesoamericanos. Si Colón —a quien también se le reconocieron prendas y hazañas dignas de exaltación pública— representaba el modelo del explorador valiente y cristiano, la reina Isabel representó la figura del modelo de gobernante: decidido, fuerte, magnánimo, humilde e interesado en su pueblo. Prendas y virtudes que los apologistas del general Díaz pretenderán atribuir a éste.

Para lograr fijar esta imagen en la mentalidad colectiva de un pueblo obediente y sumiso, se acudió al auxilio de los historiadores, mexicanos o no: Riva Palacio, Justo Sierra Méndez (Campeche, 1848-Madrid, 1912), Guillermo Prieto (México, 1818-1897) y Niceto de Zamacois (Bilbao, 1820-México, 1885) serán los responsables de afirmar de una vez por todas la noble figura de una monarca sin par.

Para hacerlo, tuvieron en parte el camino andado, puesto que la historiografía escrita antes de ellos había echado los cimientos de la imagen que se proponían construir y difundir. Lo notable del caso es que dicha historiografía había sido escrita a poco de haber terminado la guerra por la independencia, situación que justificaría más los ataques a España y a su obra, sobre todo a sus reales gobernantes, que su enaltecimiento. Sin embargo, aquella historiografía, salvo algún caso aislado, no había restado los méritos de la reina Isabel, por el contrario, había afirmado su personalidad ejemplar y su labor a favor de los indios. Veámoslo con mayor detalle.

III. LOS PRIMEROS HISTORIADORES

Es bien sabido que el padre Servando Teresa de Mier (Monterrey, 1765-México, 1827), bajo el seudónimo de José Guerra, publicó en 1813 su *Historia de la Revolución de Nueva España*, donde asentó:

Y todo el mundo sabe por relación uniforme de nuestros historiadores, que la reyna Da. Isabel fue quien aceptó la conquista por su Corona de Castilla, y habiendo tratado de empeñar sus alhajas por no tener dinero, recibió prestados de Luis de Albret 16 mil ducados, es decir 8800 ps. fs., con que ayudar á Colon para el descubrimiento de las Indias, á las quales mandó severamente que no pudiesen pasar sino solo sus súbditos Castellanos; excluidos los de las demás provincias de España.⁴

Citando a Herrera (*Década* 1a. Lib. 4, cap. 12) recuerda que:

se mandó expresamente por los Reyes Catolicos *se dexasen pasar esclavos negros á las Indias nacidos en poder de Cristianos, y que se recibiese en cuenta á los Oficiales de la Real Hacienda lo que por sus firmas se pagase, si bien ordenaron que se procurase a los esclavos negros lo mismo que los Indios guardasen las fiestas sin permitir á sus dueños que los competiesen á lo contrario.*⁵

⁴ *Historia de la Revolución de Nueva España*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, t. 1, pp. 85-86.

⁵ *Ibidem*, pp. 152-153.

Mier recordó la trascendental influencia del testamento de la reina en las Leyes de Indias:

En una palabra: así como se formó la ley 1a. Tít. 10, lib. 6. De este & del testamento de la Reyna Da. Isabel: *Quando nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostolica las Indias descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención, fue al tiempo que lo suplicamos al Papa Alexandro 6o. De procurar inducir y convertir sus pueblos á nuestra Sta. Fé católica y enviar Prelados y religiosos, clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios para instruir á sus vecinos y enseñar buenas costumbres. Y así suplico al rey mi Señor muy afectuosamente, y mando á la Princesa mi hija, y al Príncipe su marido que este sea su principal fin, y en ello pongan mucha diligencia, y no consientan ni den lugar á que los indios reciban agravio alguno en sus personas y bienes: más manden que sean bien y justamente tratados: y si algun agravio han recibido lo remedien, de manera que no exceda cosa alguna de lo que nos es inyungido y mandado por las letas Apostolicas de la concesión* (las cuales ni una palabra hablan de guerra ni ejércitos, sino es de enviar misioneros) así también se formó la ley 22 del mismo título y libro para tratar bien á los indios y prohibir el servicio personal con la cláusula que de su real mano añadió Felipe IV⁶,

Para el célebre dominico, el asunto del tráfico de esclavos había sido responsabilidad de Colón, no de la reina:

¿Habeis olvidado que la Reyna Da. Isabel quiso empeñar sus alhajas por los 8 mil duros que tomó prestados para ayudar á Colón á aviar las dos tristes caravelas con que fue á descubrir las Indias? Desde entonces todo se prosiguió á costa de ellas mismas. Para costear los gastos Colón empezó á enviar á vender los Indios por esclavos en la Península, y á pesar de la Reyna Da. Isabel que lo reprobó altamente, se siguió este tráfico más de un siglo de las Antillas á España, del continente á las Antillas y de más provincias á otras ó en ellas mismas.⁷

Por su parte, Carlos Ma. de Bustamante (Oaxaca, 1774-México, 1848) publicó en 1843 la segunda edición de su *Cuadro histórico de la Revolución Mexicana*, que vio la luz por vez primera entre 1821 y 1827, en cuyas páginas se lee:

⁶ *Ibidem*, t. 2, p. 594.

⁷ *Ibidem*, t. 2, pp. 740 y 741.

Allí se pintó el gobierno antiguo como habría sido si se *hubiesen guardado las disposiciones benéficas de algunos reyes españoles magnánimos*, como Felipe IV el Grande y María Isabel la Católica, príncipes amables, y que siempre mostraron un decidido cariño á los americanos.⁸

La magnanimidad de la reina, sin embargo, la confrontó con la de una anónima heroína mexicana que luchó por la independencia:

María Isabel la Católica empeñó sus arracadas y dijes para habilitar la expedición de Colón, y que descubriese un nuevo mundo, y otro tanto hizo una señorita mexicana para libertarlo de la tiranía que lo aquejaba. ¿Quién de ambas heroínas es más digna de loor eterno?⁹

Por el contrario, en el liberal radical de origen yucateco, Lorenzo de Zavala (Conkal, 1788-1836), encontramos uno de las poquísimas referencias negativas a la obra de doña Isabel, opinión que no estaría destinada a triunfar. Data de 1833:

Al establecer entre nosotros su poder y dominación, trajeron consigo el espíritu de superstición, de intolerancia y de ciega obediencia, que D. Fernando y Doña Isabel procuraban establecer en la Península.¹⁰

Lucas Alamán (Guanajuato 1792- México 1853), el célebre político, historiador y empresario conservador, publicó en 1844 el primer tomo de sus *Disertaciones sobre la historia de la República Mexicana*. Al final de este primer tomo incluyó una breve pero importante biografía de Isabel la Católica, cuya imagen se reprodujo en las primeras páginas de dicho tomo por medio de un grabado inspirado en el cuadro que de la reina se conservaba en la Real Academia de la Historia. Entre las líneas de esta biografía, que vale la pena leer completa, son de destacarse las siguientes:

⁸ BUSTAMANTE, Carlos María DE, *Cuadro histórico de la Revolución Mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, t. 1, 1985, p. 58.

⁹ *Ibidem*, t. 6, 1985, p. 62.

¹⁰ ZAVALA, Lorenzo DE, *Ensayo histórico de las revoluciones de México desde 1808 hasta 1830*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 283-284.

Ella previó todos los males que de aquí iban á resultar, y aunque quiso prevenirlos recomendando en su testamento á sus sucesores que se conformasen á las leyes y usos del reino, que no nombrasen extranjeros para los empleos de él, y que no hiciesen durante su ausencia leyes ningunas de las que requerian el consentimiento de las cortes, una triste experiencia vino en breve a manifestar de cuan poco habian servido estos buenos consejos.

Doña Isabel era de hermosa figura, de modales magestuosos y agraciados, hablaba y escribía con pureza su lengua y conocía perfectamente la latina. Su instrucción era muy general, sin dejar de ser muy diestra en las labores de mano de su sexo.¹¹

Después de la victoria sobre Maximiliano, Francisco de Paula de Arrangoiz (Jalapa, 1812- ? 1899), publicó en París el año de 1871 *México desde 1808 hasta 1867* donde la ejemplar obra de la reina castellana se extiende a la de todos sus sucesores:

Eran los indios una clase muy privilegiada; los soberanos, desde la inmortal Isabel la Católica hasta Carlos cuarto, los protegieron con mucho empeño; todas las leyes, todas las disposiciones que dictaron, eran verdaderamente paternas.¹²

IV. "SANTA", "GLORIOSA" Y "MAGNÁNIMA"

La opinión que estos primeros historiadores mexicanos se habían formado de la ilustre reina llevaría a los de generaciones posteriores a sugerir erección de estatuas y seculares canonizaciones. Lo sorprendente es que estas iniciativas partieran también de los liberales.

Serán Zamacois, Riva Palacio, y Justo Sierra los que se encargarán de fijar la imagen histórica de doña Isabel para las siguientes generaciones de mexicanos.

El historiador español Niceto de Zamacois comenzó a publicar desde 1876 la que hasta ahora constituye la más grande y extensa *Historia de Méjico*. En ella se pueden leer los siguientes juicios acerca del papel de los Reyes Católicos:

¹¹ ALAMÁN, Lucas, *Disertaciones*, México, Jus, 1969, t. I, pp. 341 y 342.

¹² PAULA DE ARRANGOIZ, Francisco DE, *México desde 1808 hasta 1867*, México, Porrúa, 1974 (*Sepan cuantos* núm. 82), p. 15.

Y los nombres de Isabel y de Fernando eran pronunciados del uno al otro extremo de la Europa, con el respeto y consideración que inspiran la grandeza y el poder.

La prudencia de la reina y la sagacidad y tino de Fernando en el manejo de los negocios públicos, consiguieron vigorizar la autoridad real en el interior de la monarquía, y hacer respetable en el exterior el nombre de la nación que regían.¹³

O acerca de la intervención de la reina en la empresa colombina:

Isabel recibió á su antiguo confesor con singular aprecio; escuchó de sus labios la sincera verdad, expuesta con leal franqueza; y movida de un sentimiento desinteresado y puramente religioso, ordenó que se presentase de nuevo Colon en la corte, que se le facilitase dinero para comprar un traje, y que se le atendiese en todo lo que necesario fuese.

Un sublime rasgo de la magnánima Isabel fue el que decidió en pro del pensamiento del cosmógrafo genovés. El tesoro se hallaba casi exhausto, con motivo de la prolongada guerra contra los moros; y viendo que el rey se manifestaba poco inclinado á emprender gastos en una empresa dudosa, exclamó la reina: "*Yo tomo bajo mi protección el plan presentado, y empeñaré, para llevarlo á cabo, las alhajas que poseo*". ¡Noble y grandiosa resolución que forma la más elocuente apología de las brillantes dotes de aquella magnánima soberana!¹⁴

O sobre su talento y sensibilidad como gobernante, en particular su decidido apoyo y cuidado a los indios americanos:

Pero lo que interesó el sensible corazón de la reina más que el oro y las ponderadas riquezas materiales del mundo descubierto, fueron los apacibles indios, cuya felicidad era el blanco de sus afanes.¹⁵

Pero no solamente atendía la magnánima reina Isabel á lo espiritual, sino que con el mismo empeño trabajaba por la mejora material y social de los habitantes de los puntos descubiertos.

El magnánimo corazón de Isabel, ageno á todo pensamiento mezquino, tomó, desde el principio, un interés verdaderamente maternal, puro, santo,

¹³ ZAMACOIS, Niceto DE, *Historia de Méjico*, Méjico, J. F. Parres, 1876, t. I, pp. 6-8.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 26-27.

¹⁵ *Ibidem*, p. 115.

a favor de los indios, en cuya felicidad se interesaba vivamente, como si el cielo la hubiese elegido para ponerles bajo su protección y cuidado.¹⁶

O, también, con relación a su preocupación por la libertad de los indios plasmada en el célebre testamento de “la más buena de las soberanas”:

La magnánima reina Isabel, teniendo presente constantemente los humanitarios sentimientos del jefe de la Iglesia, ordenó en su testamento que, *habiéndoseles hecho la concesión de los descubrimientos, á condición de que sus habitantes fuesen considerados como hombres libres y recibiesen la instrucción por medio de la caridad y del buen trato, mandaba que, siendo aquel su principal fin, pongan mucha diligencia y no consientan ni den lugar á que los indios vecinos y moradores de las Indias y tierra firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes.*

Desde su descubrimiento se prohibió la esclavitud para los habitantes de ella, y se recomendó por los reyes, el buen trato y consideración hacia los indios.

Por eso era imposible que la reina Isabel acogiese bien el envío de los prisioneros de Colón para venderlos como esclavos. La magnánima soberana, mando que inmediatamente se pusieran en libertad y que se les volvieresen á llevar á sus países. ¡Conducta noble que revela el sentimiento filántropo que animó á la católica soberana de Castilla en el descubrimiento del Nuevo-Mundo!¹⁷

La reina Isabel, interesada, buscando los medios de hacer cumplir religiosamente con las instrucciones humanitarias que dictaba. Nada hería más hondamente su alma, que la noticia de algún vejamen cometido contra sus nuevos vasallos.

Pero la muerte vino á arrebatarse la vida de aquella gran reina, modelo de virtud y de piedad, que había nacido para hacer el bien, y había muerto recomendando las buenas obras. Su muerte, acaecida el 26 de noviembre de 1504, en Medina del Campo, fue sentida por todos los hombres de noble corazón. Modesta y sencilla en el trono, quiso serlo también en sus deseos al separarse del mundo, y para evitar que en su muerte se desplegara una pompa y vanidad que en vida le disgustaron, dejó en su testamento una cláusula recomendable.

No se olvidó la virtuosa Isabel, en su testamento, de los sencillos indios á quienes había mirado siempre con el cariño de una madre.¹⁸

Con Riva Palacio culminó la obra de enaltecimiento de doña Isabel. En el prólogo al segundo tomo del mencionado *México a través de los siglos* la llama “gloriosa”, transcribiendo la frase atribuida a la reina cuando supo de la esclavitud de los indios ordenada por Colón:

“¿Cómo se atreve Colón”, exclamó indignada aquella mujer admirable, “a disponer así de mis súbditos?”, previniendo “que nadie, bajo pena de muerte, osara en lo sucesivo atentar a la libertad de los habitantes de los países nuevamente descubiertos o en los que adelante se descubrieren.

El juicio no pudo serle más favorable:

Sin la inquebrantable energía de Isabel la Católica, y sin aquel rasgo de noble y cristiana magnanimidad, sin el dulce cariño que profesaba á los que entonces se llamaron indios, y sin el poderoso influjo que su ejemplo ejerció sobre los demás reyes que la sucedieron, los mercados de Europa, de Asia, de África y de América, se hubieran henchido de esclavos salidos de México y del Perú: el comercio que por tantos siglos se ha hecho de los desgraciados negros, se hubiera aclimatado en América; la preocupación hubiera sancionado muy pronto la inferioridad de la raza de los americanos y su natural destino á la esclavitud, y en los tres siglos de la dominación española los buques, saliendo de la América, habrían atravesado los mares cargados de humana mercancía, para entablar la más fácil competencia á los tratantes de esclavos africanos.

El adjetivo no le pareció suficiente y Riva Palacio la llamó también “reina ilustrada”, “modelo de las nobles matronas de la monarquía”, ejemplo de “prudencia, rectitud y sabiduría”, quien “se interpuso como la égida de los derechos del hombre, entre conquistados y conquistadores, y fijó de una vez para siempre las relaciones que existir debían entre los reyes de España y los vencidos del Nuevo Mundo.

Particularmente importante para la historia del derecho resulta el siguiente juicio del escritor, político y militar liberal:

¹⁶ *Ibidem*, pp. 124-125.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 159-160

¹⁸ *Ibidem*, pp. 187-188

Ella proclama la inalienable libertad de los indígenas; ella los declara vasallos y no esclavos, y ella desde su lecho de muerte, y próxima ya á abandonar este mundo, que no la comprendió, ni llega a comprenderla, lega como una sagrada obligación á sus sucesores la protección y el dulce trato de los nuevos vasallos.

Desde entonces sigue la legislación de las Indias el rumbo que le diera Isabel, y es su noble espíritu el que se siente y el que irradia en todo ese complicadísimo tejido de disposiciones, que dictadas muchas veces sin comprender los verdaderos intereses de los americanos, dejan siempre traducir el empeño más infatigable por la libertad y el dulce trato á los indios...

Y no sólo se trataba de una cuestión de tiempo e historia; Riva Palacio entreve y plasma la “modernidad” de una reina que se erige muy por encima de su tiempo para engarzarse con las preocupaciones, circunstancias y aspiraciones de una República de ciudadanos libres:

En la época actual y á la luz de la política y de la filosofía del siglo XIX, nada parece tan fácil, tan natural y tan sencillo como la conducta de Isabel; ...en aquellos días... la católica Isabel pruebas dio de tener un espíritu superior al siglo que vivía, y de haber vislumbrado al través de las prerogativas [sic] del vasallo los sagrados derechos del ciudadano.

Y si bien es cierto que no se podía negar ni desconocer cómo se habían burlado del recuerdo de la reina y cuánto habían traicionado este legado los conquistadores, “los clérigos codiciosos ó ávidos encomenderos”, y los “gobernantes ineptos o venales”, el saldo no podía imputarse a quien Riva Palacio —haciéndose eco de toda su generación— calificara como “modelo”:

estos crímenes en nada empañan el reflejo de gloria y la gratitud á que es acreedora en América aquella mujer, modelo de reinas, de esposas y de madres, atreviéndose incluso a lanzar una audaz iniciativa que llegaría a tener algún eco en algunos países de América: “antes que a Cristóbal Colón, las ciudades de las Américas españolas, deberían haber levantado monumentos de gratitud a la magnánima esposa de Fernando el Católico.¹⁹

¹⁹ *Ibidem*, pp. VI y VII.

Justo Sierra, por su parte, se refirió a la católica monarca en varios de sus muchos escritos y discursos. Con él termina favorablemente el proceso de canonización laica de Isabel de Castilla. Si al principio la llamó fanática acabó por proclamarla como santa. En 1875, en un artículo titulado “Un episodio de la historia de los Reyes Católicos (La locura de la reina doña Juana de Castilla según nuevos documentos), escribió:

Doña Juana tuvo una juventud bastante apenada a causa del fanatismo religioso de su ilustre madre Isabel. Su recto corazón y su natural buen sentido, sublevaban a la joven contra los atentados de la Inquisición. Este modo de pensar, tan conforme entonces con el de muchos españoles, le atrajo severos castigos por parte de su madre.²⁰

Hacia 1900, en su célebre *Evolución política del pueblo mexicano* confirmó este juicio adverso:

Sí, los reyes prohibieron la esclavitud y prohibieron los repartimientos; con todo fueron transigiendo; permitieron la esclavitud de los prisioneros de guerra, de los rebeldes, de los vendidos por sus padres y por los caciques.²¹

Pero hacia 1892, al referirse a la empresa de Colón, proclamó la canonización definitiva:

Sus empeños [de Colón] con los monarcas que podían proteger su empresa, abortaban por la avidez infinita de autoridad y honores del codicioso genovés; una y otra vez se estrelló contra aquella ambición inconmensurable la solicitud llena de bondad y de sublimes presentimientos de la grande, de la para nosotros los americanos tres veces santa Isabel.²²

Al referirse a la situación adversa al propio Colón, Sierra confirmó esta actitud generosa de la Reina:

²⁰ SIERRA, Justo, *Obras completas*, t. IX. *Ensayos y textos elementales de historia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 14.

²¹ *Ibidem*, t. XII, *Evolución política del pueblo mexicano*, p. 95.

²² *Ibidem*, t. V, *Discursos*, p. 155.

¡Mártir! Oh, no; las señales de sus grillos fueron lavadas y borradas con las lágrimas de Isabel la Católica.²³

Y para que nadie dudara acerca del juicio del liberalismo mexicano sobre doña Isabel, en 1901 escribió:

El misionero, inspirándose en el espíritu generoso de una gran reina, *Santa Isabel la Católica*, que adelantándose a su tiempo, y a impulso de un sentimiento humanitario y cristiano, trató de librar a sus nuevos súbditos, los indios, de la esclavitud, realizó esa conquista.²⁴

Para finalizar, vale la pena conocer la opinión del viejo intelectual y político liberal, el también novelista don Guillermo Prieto, vertida en sus elementales *Lecciones de historia patria* publicadas en 1886, y que coincide con la de Riva Palacio. Su importancia reside en el hecho de tratarse de un manual dirigido a estudiantes y, por lo mismo, nos revela el grado de aceptación que la figura de doña Isabel tenía entre los divulgadores de la historia mexicana:

de manera que inflamado el ánimo de la reina por una inspiración súbita y como después de haber medido con su poderoso genio la magnitud de la empresa, exclamó:

Tomo el negocio por mi cuenta, y si no hay dinero en las arcas, tómese el necesario sobre las joyas de mi Cámara.

...Colón, quien de fijo no hubiera vuelto, temiendo sufrir nuevos desengaños, á no ser por la fe que tenía en la no desmentida probidad de la reina Isabel.

La poderosa voluntad de la reina allanó icontrastable todas las dificultades.²⁵

En el apéndice segundo de este manual, Prieto añadió una "reseña" de los Reyes de España en la época moderna hasta Fernando VII cuyo autor fue don Agustín Rivera y San Román (Lagos, 1824-León, 1916), el célebre sacerdote liberal autor también de los *Anales mexi-*

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem*, t. V, *Discursos*, p. 286.

²⁵ PRIETO, Guillermo, *Lecciones de historia patria*, México, Instituto Nacional de Bellas Artes, 1986, p. 101.

canos. La reforma y el Segundo Imperio. En este apéndice se puede leer el siguiente juicio:

Isabel la Católica, aparte de otros muchos hechos ilustres, empeñó sus alhajas para auxiliar á Cristóbal Colon en el descubrimiento del Nuevo Mundo y fue la madre de los indios, por lo que los mexicanos tenemos una deuda que hasta 1891 no hemos pagado: erigirle una estatua. Esta gran reina no tuvo más que una mancha, y desgraciadamente muy grande, la fundación de la Inquisición en España. Fernando el Católico fue un rey muy falso y no tuvo los talentos ni las virtudes de su esposa.²⁶

Existen otros muchos testimonios de historiadores diferentes del siglo XIX, tanto de una como de otra filiación política, pero en casi todos ellos campean la misma actitud y la misma intención: García Icazbalceta (México, 1825-México, 1894), García Cubas (México, 1832-México, 1912), Altamirano (Tixtla, 1834-San Remo, Italia, 1893), Francisco Elguero (Morelia, 1856-Morelia, 1932); todos trataban de unir a los mexicanos después de tantas décadas de amarga discordia. Los calificativos (magnánima, modesta, sencilla, poderoso genio, prudente, poderosa voluntad, gran, santa, espíritu generoso, modelo, espíritu superior, madre de los indios...) ya no cesarán y se repetirán en la obra de muchos de los historiadores mexicanos del siglo XX, para quienes doña Isabel siempre constituirá una excepción en relación con el resto de los hombres del siglo de la Conquista, contribuyendo de esta forma a consolidar la imagen popular que los mexicanos todavía conservan de quien nunca fue su reina.

V. HIPÓTESIS MUY PROVISIONALES

Considero que la construcción historiográfica de la figura de doña Isabel I de Castilla llevada a cabo por los historiadores nacionales del siglo XIX sirvió para enaltecer la imagen del buen gobernante, con el objetivo particular de consolidar la propia imagen del presidente Porfirio Díaz, a cuyas virtudes y talentos los mexicanos de fines de ese siglo debían la tan anhelada y necesaria paz; en concre-

²⁶ *Ibidem*, p. 505.

to, la magnanimidad de un gobernante que, a la manera de la buena reina, entendía y sabía, “con grandeza y elevación de ánimo”, ser desprendido y generoso con sus súbditos. Si doña Isabel merecía una estatua en México, ¿cómo negársela a un presidente cuyas cualidades habían procurado a los mexicanos un orden y un progreso hasta entonces desconocidos? Obviamente, esa construcción corresponde a los años de lo que el siempre recordado Luis González y González llamó el Porfiriato, es decir, la etapa de consolidación del régimen encabezado por don Porfirio, cuando el paternalismo, la sabiduría y la bondad del presidente no se cuestionaron casi por nadie, ni ese Porfiriato daba paso al Porfiriato que justificaría el levantamiento armado de 1910.

Además, hubo, a mi parecer, otra razón por la cual la figura real de doña Isabel pudo y debió ser enaltecida en aquel México de conciliaciones y prosperidades tanto materiales como culturales. Por desgracia, no es este el momento de abundar en esta razón, más íntimamente vinculada a los orígenes de la propia historia mexicana, de aquí que nada más se apunte ahora: la personalidad de una mujer como Isabel la Católica vino a ocupar y a redimir la ausencia de una mujer con tales cualidades en el proceso doloroso de la conquista de México. En efecto, La Malinche —doña Marina—, representaba a la mujer traidora y tenía que ser sustituida por una imagen femenina más acorde con los nobles sentimientos de los indígenas que aún subsistían en México, con la piedad de los mexicanos, con la fidelidad y con la santidad de las mujeres mexicanas, y con los propósitos de la clase política en turno que proclamaban la necesidad del buen gobierno y del buen gobernante. Una imagen femenina *maternal*. Al responder a estos requisitos, doña Isabel la Católica —y su casi par, doña Carmelita Romero Rubio (Tula, Tam., 1864-México, 1943), la *nueva madre*, la querida, piadosa, magnánima y respetada esposa de don Porfirio desde 1881— haría el milagro de hacer coincidir una vez más al Estado, a la Iglesia, a la sociedad y a las familias en sus respectivos propósitos. De esta forma, Isabel de Castilla se convirtió en un símbolo todavía vigente en nuestros días (dado que, por fortuna, la Revolución mexicana no se atrevió a destruirlo) no sólo de la superación del divisionismo histórico que tanto daño hizo a los mexicanos del siglo XX sino de las cualidades del tan siempre anhelado y siempre postergado buen gobernante.

DISCURSO SOBRE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Juan Luis José BILLECOCQ

Introducción y traducción de Carlos Herrejón Peredo

INTRODUCCIÓN

La abogacía no es solamente el ejercicio de una profesión, sino una vigorosa tradición que hunde sus raíces en lejanos tiempos de Grecia, conoce momentos estelares y llega hasta nosotros. La renovación se nutre en las tradiciones vivas. El presente discurso es una invitación a renovar la profesión, a revalorar la abogacía. Pertenece a uno de esos momentos estelares. Fue pronunciado en 1812, como la primera de una serie de conferencias para jóvenes abogados, y se publicó en 1821 dentro de una colección de oratoria forense.¹ El autor, Juan Bautista Luis José Billecocq, jurisconsulto y literato francés, nació en París el 31 de enero de 1765. Luego de haber llevado a cabo brillantes estudios en el Colegio de Plessis, se recibió de abogado y obtuvo una plaza en el ministerio de relaciones exteriores. Pronto se la quitaron por sus opiniones liberales. En 1790 fue nombrado diputado suplente por París en la asamblea legislativa, pero nunca fue llamado a ocupar su sitio. Después del 10 de agosto de 1792 fue arrestado como sospechoso, mas recobró su libertad el 9

¹ *Barreau français. Collection des chefs-d'œuvre de l'éloquence judiciaire en France* [...] recueillie par MM. Clair et Clapier, avocats. II serie, t. I, Paris, C. L. F. Pancroucke, éditeur, 1821. El ejemplar utilizado para la presente traducción forma parte del acervo antiguo de la biblioteca de la Facultad de Leyes de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

DISCURSO SOBRE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Juan Luis José BILLECOCQ

Introducción y traducción de Carlos Herrejón Peredo

INTRODUCCIÓN

La abogacía no es solamente el ejercicio de una profesión, sino una vigorosa tradición que hunde sus raíces en lejanos tiempos de Grecia, conoce momentos estelares y llega hasta nosotros. La renovación se nutre en las tradiciones vivas. El presente discurso es una invitación a renovar la profesión, a revalorar la abogacía. Pertenece a uno de esos momentos estelares. Fue pronunciado en 1812, como la primera de una serie de conferencias para jóvenes abogados, y se publicó en 1821 dentro de una colección de oratoria forense.¹ El autor, Juan Bautista Luis José Billecocq, jurisconsulto y literato francés, nació en París el 31 de enero de 1765. Luego de haber llevado a cabo brillantes estudios en el Colegio de Plessis, se recibió de abogado y obtuvo una plaza en el ministerio de relaciones exteriores. Pronto se la quitaron por sus opiniones liberales. En 1790 fue nombrado diputado suplente por París en la asamblea legislativa, pero nunca fue llamado a ocupar su sitio. Después del 10 de agosto de 1792 fue arrestado como sospechoso, mas recobró su libertad el 9

¹ *Barreau français. Collection des chefs-d'œuvre de l'éloquence judiciaire en France* [...] recueillie par MM. Clair et Clapier, avocats. II serie, t. I, París, C. L. F. Pancroucke, éditeur, 1821. El ejemplar utilizado para la presente traducción forma parte del acervo antiguo de la biblioteca de la Facultad de Leyes de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

termidor. Durante el periodo revolucionario del Terror, a raíz de la jornada del 13 vendimiario, siendo presidente de la sección de Saint Roch, fue detenido como sospechoso por algún tiempo. Liberado, llegó a administrador y fue destituido el 18 fructidor. En 1797 retomó su profesión de abogado y litigó con talento en varias causas importantes, entre las cuales destaca la del marqués de Rivière, implicado en el proceso de Cadoudal. Adquirió reputación de abogado honesto, elocuente y persuasivo. Durante el imperio siguió ejerciendo la abogacía, pero sin llegar a ocupar puestos públicos, pues tuvo al sistema imperial como una tiranía. Restableció las conferencias para jóvenes pasantes, de las cuales formó parte el presente discurso. Colaboró en la Restauración como magistrado de demandas en el Consejo de Estado. En 1819 fundó, junto con otros, la Sociedad para Mejoramiento de la Situación de Prisioneros. En 1821 volvió a la abogacía y fue nombrado decano de la corporación. Desde entonces se dedicó a consultorías y a trabajos literarios, por los que siempre había tenido inclinación. Murió en París el 15 de julio de 1829.²

Billecocq dejó un número considerable de obras jurídicas, históricas, políticas y literarias, de las cuales las principales son: el presente Discurso sobre la profesión de abogado (*Discours sur la profession d'avocat*, París, 1812), Un francés a Wellington sobre la carta de 23 de septiembre a lord Castereagh, contra la sustracción de varias pinturas del Louvre (*Un français a Wellington sur la lettre du 23 septembre a lord Castereagh*, 1815), Discurso sobre la alianza de la magistratura y la abogacía (*Discours sur l'alliance de la magistrature et le barreau*, París, 1822); diversos tratados intitolados: Algunas consideraciones sobre las diversas tiranías que han precedido la Restauración, sobre el gobierno real y sobre la última tiranía imperial (*Quelques considérations sur les tyrannies diverses qui ont précédé la Restauration, sur le gouvernement royal et sur la dernière tyrannie impériale*, París, 1825), De la religión cristiana en relación con el Estado, las familias y los individuos (*De la Religion chrétienne relativement a l'État, aux familles et aux individus*, París, 1821), La

² Estos datos biográficos están tomados de *La grande encyclopédie inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, París, H. Lamirault et C. Éditeurs, VI, p. 857; y de Pierre Larousse, *Grand Dictionnaire universel du XIX siècle*, París, II, pp. 745-746.

influencia de la guerra de España sobre la consolidación de la dinastía legítima y de la monarquía constitucional en Francia (*De l'Influence de la guerre d'Espagne sur l'afermissement de la dynastie légitime et de la monarchie constitutionnelle en France*, París, 1823), Vistazo sobre el estado moral y político de Francia en el advenimiento del rey Carlos X (*Coup d'oeil sur l'état moral et politique de la France a l'avenement du roi Charles X*, París 1824), El clero en 1825 (*Du clergé en 1825*, París, 1825), Memoria sobre los desastrosos efectos para las colonias francesas del sistema fiscal aplicado a su comercio (*Mémoire sur les effets désastreux pour les colonies francaises du système de fiscalité appliqué a leur comerce*, París, 1828), La Carta y las garantías de su duración (*De la Charte et des garanties de sa durée*, París, 1828); poemas latinos y franceses; una traducción de la *Conjuración de Catilina* de Salustio (1795); una nueva edición de la *Farsalia* de Lucano (1796), etcétera.

El presente discurso es un modelo de oratoria por el orden y claridad, así como por la elocuencia y vigor. El exordio provoca al auditorio, formado por jóvenes abogados, al señalar primero las penas y dificultades de la abogacía. El contrapunto es la propuesta de la pieza: las recompensas y ventajas de esa profesión. Divide en tres el cuerpo probatorio: la profesión del abogado en los primeros años; luego el periodo de mayor actividad y madurez; y por fin los años dedicados a la consultoría de despacho. En todos ellos va destacando la realización del abogado y sus particulares ventajas. De tal manera en la primera etapa señala el compañerismo, la reflexión sobre las primeras experiencias, triunfos y fracasos, el perfeccionamiento de la formación en la asistencia a conferencias y audiencias, y la relación con los abogados de experiencia. En el periodo de madurez valora la amplitud de la profesión, la seguridad y multiplicación de labores, el reconocimiento recíproco de colegas, la búsqueda de la justicia y la paz no sólo por el triunfo formal en el foro, sino por la conciliación y las concertaciones, el alcanzar la confianza del público y de los magistrados, la superación de las dificultades. Sobre la tercera etapa alude a trabajos previos de otros abogados y pondera cualidades de la experiencia y la sabiduría expresadas en la consultoría de despacho, en la participación en consejos, en la extensión de dictámenes, marcado todo con un mayor sentido de la justicia e imparcialidad. La conciencia de haber procedido justamente y la vida

morigerada a menudo coronan esta profesión con la longevidad. La peroración es breve, recapitulando que son mayores los valores de realización personal y social en la profesión de abogado que las dificultades, apoyándose también en la participación de otros colegas. Termina con una exhortación a continuar con firmeza y optimismo la profesión. A fin de facilitar la lectura e identificación de las partes del discurso hemos señalado con asteriscos la separación entre el exordio y la proposición, así como entre el final de las pruebas y la peroración; las tres partes del cuerpo probatorio del discurso van señaladas con números romanos.

El modelo de la pieza es ciceroniano con desarrollos amplios y cadenciosos, con gradaciones e interpelaciones y una cuidadosa selección de léxico y de construcciones. Se advierte la formación clásica del autor. Mas el espíritu que anima la pieza rebasa el seguimiento de modelos clásicos, supera el neoclasicismo en que se formó el propio Billecocq y adquiere el nuevo impulso de otra fuerza cultural, el romanticismo, en pleno ascenso al momento de elaboración de la pieza. Así se explica no sólo la invocación de tradiciones y la apelación frecuente al sentimiento, sino la fuerza misma de la argumentación, que reside a veces, más que en frías y objetivas razones, en la emoción casi desbordada del autor por los valores de una profesión que él conoce profundamente y vive en plenitud.

Dentro de la larga tradición de oratoria francesa se ubica este discurso, que no es forense, a pesar de que hable de la abogacía, sino más bien epidíctico, por cuanto pretende persuadir de las bondades de lo que propone. Como sea, es deudor de esa larga tradición, consignada en el prólogo de la colección de discursos de que forma parte esta pieza.³ Con profundidad han sido investigados recientemente algunos tramos de esa oratoria francesa.⁴ El propio Billecocq alude un par de veces en la pieza a un notable abogado y orador francés, Enrique Francisco D'Aguesseau, autor también de un discurso sobre la independencia de la abogacía. Tal discurso fue traducido al espa-

³ Clair et Clapier, *Barreau français*, cit. [prólogo sin título ni paginación]

⁴ M. Fumaroli, *L'âge de l'éloquence. Rhétorique et "res literaria" de la Renaissance au seuil de l'époque classique*, Paris, 1994.

ñol y publicado en México en 1812,⁵ gracias al abogado mexicano Antonio Ignacio López Matoso, miembro de la sociedad secreta de los Guadalupe y connotado personaje en las elecciones de 1812.⁶ Siguiendo este ejemplo es útil escuchar en nuestra lengua la voz de Billecocq que, aunque lejana por el tiempo, cobra actualidad al señalar valores permanentes de la abogacía.

DISCURSO

Señores:

Existe, en el orden de nuestra sociedad civil, una profesión cuyo ejercicio conduce al hombre, lo más frecuentemente, a la consideración pública, alguna que otra vez a la gloria, casi nunca a la fortuna.

Esta profesión condena a aquellos que la abrazan a un trabajo perpetuo: les impone la obligación de un constante estudio y el frecuente sacrificio de placeres, aun los más inocentes. La ocupación debe ser en ella, un hábito; la instrucción, una necesidad; el amor del bien, una pasión; la utilidad del prójimo, simultáneamente un propósito, un estímulo, una recompensa. En una palabra, aprender sin cesar, vivir en un flujo ininterrumpido de pendientes precisos y de acciones importantes, mantenerse continuamente tributario de cada familia, de cada individuo, no poder conquistar, sino a través de todo género de privaciones y de entrega, la experiencia de los hombres y de las cosas, la confianza de los conciudadanos y una reputación honorable. Tal es, señores, el destino de esta profesión, que por los principales trazos con que acabo de pintarla, vosotros reconocéis se trata de la profesión del abogado. Tales, son, en efecto, sus deberes; tal es en ella la condición del éxito, desde el más tierno noviciado hasta la consumación de la más larga carrera.

En un tiempo en que los hombres otorgan tan gran aprecio a las ventajas de la riqueza, a los placeres del lujo; un tiempo en que no

⁵ D'AGUESSEAU, Enrique Francisco (1668-1751), *Libertad de la abogacía. Discurso que con el título de independencia de aquella profesión dixo entre otros que llaman mercuriales, Enrique Francisco D'Aguesseau y se traduxo al castellano por un abogado de México*. Con superior permiso, En la oficina de D. Mariano Ontiveros, año de 1812 (José Toribio Medina, *La imprenta en México*, 10692).

⁶ GUEDEA, Virginia, *En busca de un gobierno alterno: Los Guadalupe de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 28, 212, 215, 330-333, 372.

quiere conocerse de la vida sino sus comodidades y sus dulzuras; en que se ve a tantos jóvenes insensatos, apenas salidos de la escuela, franquear mediante su imaginación el espacio que separa el momento de las siembras de la época de las cosechas, y aspirar ansiosamente, sin esfuerzo, sin trabajo, a todos los felices resultados de la existencia más laboriosa; en una época así, yo debería temer tal vez que esa pintura, fiel y verdadera, de nuestra profesión, vaya a llevar a vuestros corazones una especie de espanto y producir ahí, de luego a luego, un desaliento total. No tengo la menor duda que eso sería el efecto que surtiría sobre espíritus vulgares.

Pero, señores, yo hablo a unos oyentes cuya educación, cuyos primeros estudios y primeros logros, cuyo mismo designio en la elección de un estado, garantizan la tesonera virtud para luchar contra todos los obstáculos. Yo sé que vuestra resolución es vigorosa y que el intercambio de trabajos que se ha establecido entre vosotros contribuye cada día a mantener para ello la feliz energía. Tales disposiciones hacen presagiar bastante cuál será vuestra perseverancia.

Sin embargo, no os debo dejar en la creencia de que al abrazar la profesión de abogado os entregaréis a una existencia continuamente penosa, amarga, ingrata, cuyos rigores, si puedo expresarme así, no se hallaran jamás compensados por algunos alivios, por algunas satisfacciones. No, seguramente. Nuestra parte, nuestra suerte, no es de tal naturaleza. En esta carrera que os proponéis recorrer también hay poderosos motivos de superación; hay una perspectiva bien apropiada por todo lo que ella ofrece de atractivos reales, para sostener vuestro ánimo y confirmaros en sus caminos de honor.

Es, señores, el desarrollo de estos motivos de superación, son las ventajas de esta perspectiva, lo que me va a proporcionar la materia del discurso por el cual me he prometido reabrir nuestras conferencias, nuestras conferencias ya antiguas y cuya verdadera utilidad todos hemos reconocido.

¡Y qué momento más favorable podría yo haber escogido para reunir bajo vuestros ojos el conjunto de diversos alicientes que en cierta forma se multiplican para el abogado en el ejercicio de su profesión y en cada una de sus etapas!

Las cortes de justicia han recibido tal organización y han adoptado tal actitud, que imprimen a sus decisiones un carácter más imponente. La magistratura con dignidad se levanta de su decadencia.

Una institución,⁷ sabiamente concebida y cuyo buen resultado, bien que sólo acaba de nacer, ya se deja sentir por todos los buenos espíritus, forma al efecto como el seminario de donde saldrán los sucesores de sus más ilustres miembros. Nosotros mismos, señores, hemos visto rehacerse este Colegio al cual nos gloriamos de pertenecer; este Colegio que el gran D'Aguesseau honraba en mucho, a fin de que no se la considerara menos necesario que la misma justicia; este Colegio donde el hombre vive libre, pues que sólo depende de su conciencia en el uso de sus talentos y en el empleo de su tiempo; este Colegio cuya antigua disciplina era conservada, como el fuego sagrado, por hombres a quienes fue confiada la tradición en tiempos más afortunados, y que siendo fieles depositarios de ella, nos entregan cada día sus principios y sus máximas; este Colegio, en fin, que tan esencialmente importa a toda sociedad en que los derechos de cada uno están fijados y protegidos por las leyes.

No, señores, ninguna concurrencia de circunstancias podía hacer ni más conveniente ni más interesante el tema que he creído debo tratar en esta plática con vosotros. Y si agrego que jamás, tal vez, la juventud que se destina al foro se ha mostrado más estudiosa, más seriamente ocupada de la necesidad de saber, más fuertemente penetrada de los sentimientos que han de formar la regla de conducta del verdadero abogado, yo habré justificado completamente a vuestros ojos —según me parece— tanto la materia misma de este discurso como el propósito de dedicar para ello la primera de nuestras conferencias del año judicial que se renueva.

* * *

Pretendo, pues, convencersos que esta profesión de abogado, así de difícil, así de sufrida, y que exige tantos esfuerzos, tantos trabajos y sacrificios, tiene, sin embargo, y en todas las épocas de su ejercicio, sus alicientes, sus consolaciones y sus gozos. Pretendo haceros conocer de qué naturaleza son los resarcimientos, las compensaciones de que hablo; y para satisfacer el método, que siendo uno de los caracteres distintivos de toda sabia composición, se convierte en de-

⁷ La de los consejeros-audidores.

ber más riguroso para el orador, cuando, como en este lugar, sus oyentes son hombres acostumbrados más particularmente a juzgar el mérito de una discusión, voy a dividir la carrera del foro en tres etapas, de manera que cada una formará el objeto de cada parte de este discurso. Veremos, pues, cuál es el destino del abogado, cuando al empezar se entrega a sus primeras esperanzas; cuando alcanza, en seguida, toda la actividad de su empleo, como que se halla en la completa madurez de su talento; y, en fin, llegado a ese tiempo de la vida en que sus días de foro están colmados, entra en su despacho para no salir de él. Es decir, lo vamos a considerar sucesivamente a la entrada, a la mitad y al término de su carrera.

Este sencillo plan, que no obstante deja suponer detalles de cierta extensión, tal vez os hace temer largos desarrollos. Estad seguros, señores: conozco por experiencia qué necesidad tiene de ser escuchado aquel que habla en público, cómo le importa arreglar con bastante economía los momentos que se le han dado, a fin de que la paciencia no se canse y de que, al contrario, la atención se sostenga. Tenéis, pues, una doble garantía para creer que en este discurso yo no buscaré menos el mérito de la brevedad que el de la demostración. Además, si yo no tuviese la dicha de que se encontrara suficiente interés esparcido sobre la materia, a fin de que se disimulase a vuestros ojos lo largo de la plática, esto sin duda sería mi culpa. Mas entonces haréis favor de acordaros que estos instantes de nuestra nueva reunión estaban destinados a la primera de las conferencias que vamos a reanudar. Y esta reflexión os dará, yo espero, un poco más de resignación para escucharme.

I

Sin duda, señores, el joven abogado (y por este nombre entiendo no sólo el pasante que ocupa su tiempo en un noviciado preciso; designo así a aquel que cuenta pocos años luego de su admisión en el cuadro del Colegio) no ve sino en perspectiva alejada los éxitos de todo tipo a los que puede aspirar. Ninguna carrera —hay que decirlo sin disfraz— permite divisar a tan gran distancia para aquellos que la cursan, la meta que se proponen alcanzar. Y esto se explica por razones cuyo conocimiento está en vosotros mismos. En una profesión cuyo ejercicio efectivo depende de la confianza de cada ciudadano

de manera individual; de una profesión en que el hombre que se ha entregado a ella recibe la misión de defender y de salvar los más caros intereses de las familias y los particulares; en que las consecuencias de la elección tan esencialmente importan a todos aquellos para quienes el recurso a esta profesión llega a ser una necesidad, se percibe que un ascenso rápido y brillante debe ser raro, que logros pronto y decisivos, aunque tengan antecedente, no pertenecen sino a un muy reducido número de esos seres en cierta forma privilegiados a los cuales la naturaleza otorgó el no tener que hacer otra cosa que aparecer, a fin de marcarles, en el mismo instante, su lugar por encima de los demás.

Y en efecto, señores, comprendéis sin esfuerzo que el interés privado, esa guía demasiado habitual de los hombres en todas sus transacciones sociales, esa guía, no obstante que es tan natural seguirla cuando se trata, sea de la conservación de derechos legítimos puestos en peligro por una agresión injusta, sea de su reivindicación contra el usurpador, sea —lo que es por demás grave— de la salvación del honor, de la libertad, de la vida; que el interés privado, digo, es entonces un consejero desconfiado y severo. No cree sino en la experiencia, no tiene fe sino en las reputaciones hechas. En una palabra, quiere garantías y no piensa encontrarlas sino en largos despachos o en aquellos cuyo mérito, y quizá también la prosperidad, son atestiguados por las voces de la fama. Vanamente se le va a revelar la existencia de un verdadero talento casi desconocido todavía, porque es un hombre joven quien lo posee sin haber podido manifestarse aún; en vano se le dirá que a ese precioso talento se agregan una instrucción sólida y las más felices cualidades del corazón y del espíritu. El interés privado no tiene sino un pensamiento, el de triunfar; y este beneficio no lo espera de los ensayos de un hombre joven, de quien se persuade, al contrario, que para una entera confianza su buena voluntad exagera sin medida el saber, la elocuencia, la habilidad, en fin las actitudes todas. He ahí el fondo de sus motivos para desdeñar el servicio que se le ofrece. Prevención demasiado injusta, y que se demuestra cada día con ejemplos que yo podría buscar no más allá del círculo de oyentes de quienes me hallo rodeado en este momento; mas prevención real y que contrapone al anhelo y a las esperanzas de la juventud del foro el fuego de todos los obstáculos que esa juventud está obligada a superar con la mayor lentitud.

Creo firmemente, señores, haberme expuesto tanto menos al reproche de torpeza hablando aquí con esta franqueza, cuanto que la mayor parte de entre vosotros ha pasado ya más de una vez por la experiencia de las contrariedades que os acabo de referir. Pero si no debo disimular a mis jóvenes colegas esos primeros desagradados que les aguardan al inicio de la carrera y cuya amargura será más grande para quienes tengan mayor conciencia de sus propias fuerzas, ¡cuán grato resulta para mí poder colocar en la misma balanza los numerosos motivos de ánimo y de aliento que, ofreciéndoseles casi incesantemente, sirven por naturaleza, para sostener toda su energía!

Voy a señalar ante todo y como que tienen el derecho de ser puestos en primera línea, esos lazos que siempre se ve que se establecen entre los jóvenes que viven una especie de comunidad de estudios habituales y de trabajos cotidianos; esos lazos tanto más caros a corazones generosos, cuanto en nuestra profesión, más quizá que en alguno de los otros estados de la sociedad civil, sin que yo quiera rebajar uno solo, se fundan necesariamente sobre una honrosa conformidad de afectos, de gustos y de inclinaciones; esas conversaciones cuyo encanto es perfectamente conocido por vosotros, en que los esparcimientos, a la vez tan agradables como útiles, producen aquel feliz resultado por el cual uno se siente siempre mejor después de haberlos tenido, y que poseen tanto más de atracción cuanto las materias dignas de ocupar los buenos espíritus, hacen su ordinario alimento. Porque, señores, debemos mirar este provecho como uno de los más apreciables de la profesión; pertenece a su misma esencia que la justicia, la moral, el orden público, el bien particular, la ciencia, la gloria en fin, constituyan, para quienes lo disfrutan, los elementos de sus convivencias. Y este primer provecho se convierte en la fuente de una infinidad de otros beneficios que tienen una importancia real; quiero decir: la más grande estima que se concibe para cuanto es justo y honesto, el más vivo amor que se siente por la virtud, el más ardiente deseo que se experimenta por instruirse, la ambición más noble con la cual se aspira a labrarse un nombre; en fin, y como consecuencia última de tantos resultados, aquel que reúne todos los beneficios: el perfeccionamiento progresivo de las cualidades del corazón y del espíritu. En efecto, ¿cómo entregarse a meditaciones comunes sobre el derecho civil, tratar de él las cuestiones aun las más sencillas, tomar algún punto como objeto de conversación

familiar, buscar la solución de las dificultades que presentan tales o cuales disposiciones legales, tales o cuales circunstancias de un proceso, o recordar los legisladores que han fijado las reglas, o los jurisconsultos cuyos escritos han desarrollado la doctrina, o los oradores a quienes una gran elevación de alma ha hecho más elocuentes en la defensa de los principios, cómo —digo yo— hacer todo esto sin ser conducido continuamente hacia las nociones más exactas de lo justo y de lo injusto, sin remontarse naturalmente, con el religioso Domat, hasta Dios mismo, como a la fuente de toda razón, de toda moral, de toda justicia; sin otorgar mayor aprecio al orden y a las buenas costumbres, sin detestar más vigorosamente el mal y apasionarse más por el bien, sin ser impelido con mayor fuerza hacia el trabajo, sin rendir una especie de culto a esta gloria de la profesión, que ha de coronar en una época todavía lejana, tantos esfuerzos generosos cuyo motor tan activo como poderoso habrá de ser ella misma?

Ciertamente, señores, hay motivos para amar los primeros tiempos de una profesión por otra parte demasiado fecunda en sacrificios, en obstáculos y aun en escollos.

Pero estoy lejos de haber dicho todo sobre las compensaciones aseguradas a la juventud que da los primeros pasos en la carrera.

¿Podría yo contar en el número de tales compensaciones estas conferencias periódicas, cuya necesidad es tan universalmente sentida, cuanto su utilidad se demuestra desde antiguo; estas conferencias, destinadas a la meditación detenida, pero también más fructífera, de los principios del derecho, y a la interpretación de las disposiciones legislativas; estas conferencias donde cada uno viene a aportar, con tanto celo como buena fe, el tributo de sus investigaciones y descubrimientos, donde cada uno se atreve, con cierta seguridad a probar sus fuerzas, pues que él ha de obtener de los demás la misma indulgencia que él les concede; estas conferencias donde el debate es sin acritud, la resistencia sin terquedad, la pasión sin arrebatos, el triunfo sin orgullo, la derrota sin humillación; donde uno aprende a conocerse, a estimarse; donde se echan, en fin, los primeros cimientos de la reputación a la que se ha de llegar un día? Porque es entre nosotros esencialmente donde uno tiene a sus iguales por jueces. Uno de los abogados de nuestro tiempo, que, después de haber honrado la profesión como el que más, por sus talentos eminentemente oratorios, ha demostrado de la mejor manera la importancia de esto mediante

la sabiduría de sus consejos,⁸ ha dicho que la reputación llega del foro al mundo, y no del mundo al foro. Esta observación, cuya exactitud siempre me ha impresionado, más tarde tendrá a vuestros ojos, señores, el mérito de una verdad incontestable y reconoceréis que el abogado jamás puede esperar el obtener esa bella consideración que se otorga al saber, al talento, y sobre todo a la virtud, sino en cuanto sus mismos colegas lo lleguen a proclamar hombre sabio, hábil y virtuoso.

De tal modo, señores, las conferencias entre los jóvenes abogados son todavía uno de esos alicientes que sostienen en ellos y en el corazón de cada uno la emulación, la confianza, la esperanza y el apego a la elección que hicieron de esta profesión. ¿Tengo necesidad de insistir aquí sobre la verdad de la proposición? ¿Acaso no me encuentro en medio de jóvenes colegas que en este aspecto están mejor instruidos por la práctica, de lo que yo pudiera iluminarlos por la teoría? El interés que desde hace seis años habéis puesto al objeto de nuestras reuniones; la perseverancia con la cual las habéis frecuentado, la satisfacción que cada uno de vosotros manifiesta al volver a ver en este lugar de encuentro común a sus compañeros, a sus amigos; el fruto, sobre todo, que habéis sacado de nuestras discusiones, ¿no son acaso testimonios en extremo fuertes, de manera diversa a mis razonamientos? Sí, señores, estas conferencias poseen un encanto que hace crecer todavía en el corazón del joven abogado el entusiasmo de su vocación y que le hace querer más un estado donde los estudios son asimismo una fuente siempre nueva de gozos para quien la ha abrasado.

El frecuentar las audiencias también le ofrece unas fuentes en verdad preciosas para aumento de su superación. Es ahí, señores, donde él concibe la más alta idea sobre la nobleza de su destino; es ahí en donde, sea después de haber escuchado a los magistrados que la ley constituye guardianes de los intereses de la sociedad haciendo de ellos los órganos de ese ministerio que parece ser una cátedra cotidiana de moral, de doctrina y de honestidad pública, sea después de haber asistido a esos debates en que se agitan cuestiones tan graves, en que se desarrollan conocimientos tan vastos, en que se despliegan

talentos tan extraordinarios; es ahí —digo yo— donde él siente palpar su corazón, donde él se inflama a la vista de los acontecimientos; donde está tentado de exclamar, como lo hacía viendo un hermoso lienzo aquel joven pintor que llegó a ser uno de los maestros de la escuela italiana: *anch'io son pittore* [también yo soy pintor]; es ahí —vuelvo a decir— donde experimenta con enfado, como otro Temístocles, que los trofeos de Milciades le impedirán dormir por largo tiempo, donde se transporta con el pensamiento a esos tiempos bien alejados todavía para el gusto de su impaciencia, en que él mismo, en su turno, puesto en presencia de venerables magistrados, rodeado de una parte del foro, honrado por esa afluencia de ciudadanos a quienes siempre atrae el interés de una causa o la fama del orador, se convertirá en el objeto de una atención igualmente general, excitará esos gratos estremecimientos que atestiguan la satisfacción de un auditorio, leerá en las miradas de sus jueces, y sobre los semblantes todos que sus propias miradas vendrán a encontrar, la impresión de convencimiento o de agrado que habrá producido, y recogerá tal vez aun de la boca de su propio adversario, al salir del recinto donde haya hablado así a los corazones y a la razón, esas felicitaciones que tocan el alma, esos testimonios, penetrados de estima y aprobación, que son después del deber cumplido, la más gloriosa y la más dulce de las recompensas.

En fin, señores, habré completado la primera parte del cuadro que me propuse trazar delante de vuestros ojos, si a la enumeración de alicientes que aguardan al joven abogado, agrego las relaciones que le es dado tener con los miembros de mayor edad que él dentro del Colegio, ya sean de aquellos que se dedican a las diligencias de la audiencia, ya de aquellos que desde el seno de su retiro aún ilustran y defienden a sus conciudadanos con sabios consejos y luminosos escritos. Aquí, sin duda, será mejor que deje hablar a cada uno de vosotros. Decid, en efecto, señores, si esas relaciones no tienen siempre un agrado verdaderamente propio, como para hacer que se les busque. Decid si no consisten en un intercambio constante de deferencia y buena voluntad que allega las edades así como las distancias y parece agrandar tanto para unos como para otros la familia de la cual él es un miembro. Decid si aquellos de vuestros colegas que os preceden por la edad en la carrera no quieren siempre ser vuestros contemporáneos por el afecto; si hay un solo talento que desdeñen,

⁸ M. Bellart.

un solo género de merecimiento que desprecien, un solo éxito al cual dejen de aplaudir, un solo recurso a su experiencia que resulte infructuoso, una sola prueba de confianza que permanezca estéril. Y esto debe ser así, señores, en una profesión como la nuestra, donde cada uno de quienes han llegado a fijar la atención pública sabe cuánta necesidad ha tenido él mismo de esa indulgencia, de esa benevolencia de los mayores que él; en una profesión, por otra parte, dentro de la cual quienes la ejercen se miran entre ellos como solidarios en la consideración, en el honor y en la gloria; donde el resplandor que circunda el nombre de uno solo se refleja sobre todos; donde la rivalidad existe sin recelo; donde cada uno se otorga con buena fe una recíproca justicia; donde la aparición primera de un joven que a las felices disposiciones reúne la honestidad, el arreglo de costumbres y la modestia, suscita un interés general y se convierte en el sujeto de común alegría. He ahí, señores, —me atrevo a asegurarlo— el testimonio que cada uno de vosotros rendirá aquí a sus mayores, si tuviera que explicarse sobre este punto de sus relaciones habituales con ellos. Mas también nos será grato decir por nuestra parte y con igual verdad cómo las cualidades que distinguen a la mayor parte de nuestros jóvenes colegas, los respetos que nos prodigan, las atenciones con que nos colman, el celo mismo que despliegan para auxiliarnos en nuestros trabajos mediante investigaciones laboriosas, les otorgan derechos sobre nuestros corazones y justifican el cariño que les tenemos.

Tal es, señores, la primera parte de la carrera que habéis de recorrer. No creo presumir demasiado de mí mismo lisonjeándome de haberos persuadido que los alicientes son en ella superiores a los obstáculos, los goces al menos en proporción de los sinsabores, y que una profesión en que los primeros pasos deben estar sostenidos por tantas esperanzas y medios de perfeccionamiento, llegue a ser un digno objeto de vuestra superación.

II

Es tiempo de presentárosela en un aspecto más grave y que la hace aparecer, con mucho, más importante, en virtud de las relaciones inmediatas por las que se halla ligada a los más grandes intereses de la sociedad civil.

Llega el momento en que el abogado, después de largos estudios, después de muchos años de asidua concurrencia a las audiencias, en cuyo curso se ha dado a conocer, primero por numerosos ensayos, luego por logros notables, ha llegado insensiblemente a fijar sobre él la atención pública. Es entonces señores, cuando la carrera se agranda, más aún, se enaltece a sus ojos. Es entonces cuando él avanza con aquella seguridad que otorgan los múltiples testimonios de la confianza de los ciudadanos, de la benevolencia de los magistrados y de la estima de los colegas. Entonces, en efecto, los ciudadanos y las familias miran en él un ilustre defensor de sus derechos. Los magistrados animan a aquel cuyo carácter y talento les hace apreciar su persona y su lenguaje: los colegas se felicitan por tener relaciones, que él les ha brindado, con un hombre que ha merecido su consideración y su simpatía, en virtud de su capacidad, su saber, su lealtad y sus continuas consideraciones para con ellos. Lejos de tener envidia a una reputación que cada día se extiende, contribuyen ellos mismos a formarla, a hacerla más resplandeciente. Porque, señores, —ya lo he dicho y me es grato repetirlo— en el Colegio de abogados hemos de ser esencialmente justos los unos con los otros; y es esto al propio tiempo una de las virtudes más loables y uno de los incentivos más dulces de la profesión. Las gentes del mundo lo han advertido con frecuencia; ellos lo proclaman con satisfacción. Ese testimonio que dan sobre una corporación en la cual, sin embargo, las rivalidades cotidianas entre sus miembros pertenecen a la esencia misma de sus trabajos, bastaría para confirmar en el corazón de cada abogado los sentimientos que originaron su elección.

He dicho, señores, que para el abogado que llega a la plenitud de su empleo en el foro, la confianza del público, el sufragio de los magistrados y la aprobación de los émulos en la carrera, concurren igualmente a sostenerlo en ella.

Ved, en efecto, esa afluencia de ciudadanos que solícitamente se dirigen hacia él. ¡De cuántos intereses diversos es la defensa que confía a sus talentos! Es un padre cuya ancianidad, vejada con las contradicciones de ingratos hijos, reclama un apoyo y demanda un vengador; es una esposa que la tiranía obliga a refugiarse bajo la protección de la justicia y de las leyes; es un muchacho que introducido a la vida en medio de obscuridades que rodearon su nacimiento, busca una mano diestra para llevar la antorcha al seno de esas tinieblas que

sólo una luz vívida puede disipar; es un acreedor que cansado de las perfidias de su deudor, provoca, armado de su título y de sus pruebas, toda la severidad de los magistrados; es igualmente un deudor, cuyo despiadado acreedor lo ha puesto en desgracia por el exceso de ambición con que ha abusado de sus necesidades; en fin, es un honor atacado que importa defender; una propiedad impugnada que es necesario poner bajo la salvaguarda de las leyes; una libertad comprometida que se trata conservar; una vida misma, amenazada, que hay que salvar. ¡Qué graves cuidados!, ¡qué serias meditaciones!, ¡qué duros trabajos!, ¡qué laboriosa existencia! Pero también, ¡qué consideración se otorga a la persona y al nombre de aquel sobre cuya cabeza reposa en cierta manera la responsabilidad moral de tan grandes intereses! En el despacho, en la audiencia, en todos los lugares a donde le conduce su deber, ¡cuántas deferencias honrosas, cuántas muestras de solicitud que tocan el alma, cuántas delicadezas, por todo lo cual la gente procura demostrarle cómo la opinión que se tiene de sus talentos, de su entrega y de su energía, hace nacer la esperanza y suscita el reconocimiento! ¿Qué será, entonces, si el éxito ha coronado sus nobles esfuerzos; si el honor ha sido devuelto a una familia; si la salvación de una existencia en peligro está asegurada; si una propiedad es restituida a su dueño legítimo; si un menor ha reconquistado su estado y sus derechos; si una esposa ornada por la virtud es sustraída a la tiranía doméstica; si en fin, la causa de la justicia, de la honestidad, de la moral, de la humanidad ha triunfado? ¡Qué inefables gozos están reservados al defensor cuyos trabajos han preparado y obtenido esos felices resultados! Es un libertador, un salvador para sus clientes que le prodigan esos títulos honrosos con todo el abandono, todo el entusiasmo de una gratitud vivamente sentida. El recuerdo de tan importantes servicios se perpetuará en las familias; ahí permanecerá ligado a las consecuencias mismas que produjo la decisión de los tribunales. Ahí se hablará del defensor cada vez que se comente el suceso y será con renovadas muestras de estima, de afecto y de agradecida sensibilidad.

Y no es solamente, señores, por los talentos desplegados en la audiencia dentro de causas ruidosas y con alegatos en que el ardor de su celo iguala el mérito de las discusiones de derecho o por el desenvolvimiento de la oratoria, por lo que el abogado, en plena posesión de la confianza pública, se asegura las recompensas, de las que aca-

bo de ofrecer sólo una débil idea. Existen para él otras causas de satisfacción, otras fuentes de felicidad, otros resarcimientos de sus penas, que con menos publicidad no dejan de tener menores encantos. Esas concertaciones pacíficas, que en medio mismo de los más violentos debates se entablan, gracias a los cuidados y consejos de los respectivos defensores, entre las partes contendientes y durante cuyo curso el abogado que acaba de combatir a la contraria recibe de ella misma los testimonios de una confianza casi igual a la deferencia que le otorga su propio cliente; esas transacciones en que vienen a apagarse los odios, a amortiguarse las diversas pasiones y que llevadas con solicitud y consumadas a fuerza de perseverancia, se convierten en época de paz entre las familias o entre los particulares y les dejan un prolongado recuerdo del celo cuya obra son ellos mismos; esos arbitrajes voluntarios que los litigantes, movidos únicamente por una gran confianza, sustituyen con bastante frecuencia a la jurisdicción ordinaria que las leyes han creado para ellos, arbitrajes cuyo efecto a las veces consiste en elevar al mismo defensor a la dignidad de juez de su cliente; esas conciliaciones llevadas a cabo cotidianamente por una buena voluntad inagotable, ora entre un padre y sus hijos, ora entre esposos, ora entre hermanos, ora entre personas divididas por sentimientos o por intereses; conciliaciones cuyo influjo sobre la paz de la sociedad, sobre la prosperidad de las familias y la felicidad de los individuos no se conoce suficientemente en el mundo; conciliaciones que son a la vez el más honroso atributo de la profesión y el gozo más puro que se nos haya concedido disfrutar; esas confidencias importantes, comunicadas y recibidas casi bajo el sigilo de la religión; esas mediaciones delicadas de cuyo éxito depende a veces la salvación de un ciudadano o el honor de una familia entera; aquellos consuelos dados en la desgracia, ya con sabios consejos, ya con una serie de diligencias desinteresadas; aquellos actos de desesperación prevenidos, aquellas lágrimas enjugadas, aquellos dulces lazos entretejidos entre el defensor y sus clientes por la entrega del uno y el reconocimiento de los otros, tal es, señores, el resumen de las felices compensaciones que el abogado encuentra por sus penalidades, trabajos y esfuerzos en el más activo ejercicio de la profesión sólo considerada desde el punto de vista de las relaciones cotidianas que ella misma le brinda respecto a sus conciudadanos.

Luego de la confianza pública, a la cual aspirar es su primera obligación, la confianza de los magistrados, digna también de su ambición, le ofrece otros incentivos. Siempre acogido por ellos con bondad, siempre escuchado con interés, siempre seguro de obtener de ellos esas atenciones, incluso esos favores que no son incompatibles con el rigor necesario del servicio público, es entonces sobre todo cuando él reconoce esta alianza natural entre la magistratura y el foro, cuyas ventajas todas ha señalado con tanta nobleza el ilustre señor D'Aguesseau. La dignidad de su actitud en la audiencia, la manifestación perpetua de su profundo respeto a los ministros de la justicia, la opinión que ellos tienen de su veracidad, la experiencia que han tenido de ello, le granjean sus votos y le permiten aquella seguridad que no excluye la modestia. ¡Dichoso, si en virtud de distinguidos talentos, merece alcanzar de parte de ellos tal interés por sus intervenciones forenses, que decreten consideración a su persona!

En fin, señores, las relaciones del abogado con sus colegas son una ocasión, que renace sin cesar para él, de instrucción, de perfeccionamiento y de felicidad. Tales relaciones son de todos los días, de todos los instantes; no resultan de otra cosa que de una estima y una confianza recíprocas. Suponen, más aún, necesariamente exigen, una lealtad constante, una fidelidad a toda prueba, una sincera disposición a la deferencia, a las consideraciones y a todos esos procederes que derraman tanta delicia sobre el trato de la vida; pero relaciones que la comunidad de profesión hace más indispensables todavía. Ellas mantienen el celo por la gloria del Colegio de abogados, la benevolencia verdaderamente fraternal que enlaza todos sus miembros entre sí, el apego a las reglas de la disciplina y la práctica de los deberes que son de rigurosa observancia entre nosotros. Ellas hacen nacer, sin sentirse, las amistades tanto más dulces de entablar en la carrera del foro, cuanto los medios de cultivarlas aquí se reproducen al infinito. Disipan las prevenciones, despejan los errores, precisan las cosas hasta entonces equívocas, ofrecen a cada uno preciosos recursos para rectificar sus ideas, adquirir conocimientos nuevos y formarse gradualmente la experiencia que un día ha de llegar a ser tan útil al abogado en los últimos años de la profesión. No hablaría yo, señores, en cuanto a las relaciones cotidianas de los abogados entre sí, que de esas comunicaciones de documentos que son de un uso, e incluso de un derecho, tan constante en el foro, y en las cuales

se entregan por entero a la fe unos a otros al confiarse de manera recíproca, sin otra garantía que la opinión misma que tienen de su común probidad, esos títulos importantes, esos originales de actas decisivas cuya pérdida haría la suerte de un proceso. Sobre esto yo diría bastantes cosas, a fin de dar la más alta idea de la rectitud, de la integridad, de la severidad de principios que presiden las relaciones del foro.

He aquí, señores, lo que es la existencia del abogado en la época de la verdadera actividad de la profesión. Sin duda (y vosotros habéis podido convenceros, ya, que no pretendo disimular nada), sin duda, esta vida tan honorable, tan honrada, no está exenta de cuidados, de contradicciones ni de amarguras. ¡Graves inquietudes son aquellas que agitan al hombre cuyos momentos todos están colmados por el cuidado de los más grandes intereses! ¡Penas reales los reveses soportados después de esforzadas luchas; las esperanzas frustradas, a pesar de la convicción de haber defendido el justo derecho; el sentimiento de las consecuencias que arrastran consigo los malhadados sucesos! ¡Justos motivos de aflicción son la desgracia y la consternación de un ciudadano o de una familia con quienes el abogado se había identificado en cierta forma y a quienes la pérdida de un proceso arruina o deshonor! En fin señores, uno de los aspectos penosos de la profesión es también la triste experiencia que se adquiere de todo aquello que el corazón humano puede ocultar de injusticia, de ambición, de mala fe, de perfidia, de inmoralidad. Pero en medio de tantos elementos de desgracia y desaliento, la conciencia de haber querido el bien, la certidumbre de poderlo hacer frecuentemente, los numerosos motivos de satisfacción interior cuyo cuadro os he presentado, sostienen la energía del abogado y conservan para la profesión todos los atractivos que la hacen digna de amor para él mismo.

Tal vez, señores, estaríais tentados de preguntarme por qué, cuando me propuse mostrar ante vuestros ojos al abogado en plena posesión del empleo a donde sus talentos lo habían destinado, no consideré esta parte la más importante de la carrera sino en razón de quien ocupa un rango en el foro y acude a él para defender las causas de sus clientes. La profesión, en efecto, no sólo consiste en el litigio en las audiencias. Se ejerce de nueva cuenta y no menos esencialmente, por el consejo. Como se dice con razón, no se repartieron a todos los

mismos beneficios. La delicadeza de la constitución física, una timidez invencible, una memoria capaz de traicionar en público al jurisconsulto, por otra parte, más instruido, al dialéctico más consistente. He ahí unos obstáculos que se oponen al ejercicio del ministerio de defensor de causas llevadas a la audiencia. He ahí los motivos que determinan la elección de algunos a quienes se ve consagrarse de manera exclusiva a los trabajos de la consulta. A este respecto, señores, y si no he abarcado en el examen de la segunda época de nuestra existencia como abogados la del jurisconsulto que reservándose del ministerio de la palabra por las razones que acabo de insinuar, no por ello posee en menor alto grado la confianza pública en medio de su carrera, es porque la historia de su vida debía hallarse, con algunos matices, más o menos, naturalmente fundida, si puedo expresarme así, en la del abogado a quien los años y las fatigas conducen gradualmente al seno del retiro y cuyos principales lineamientos me resta ofreceros.

Aquí, señores, y en el momento que pretendo consumir la ejecución del plan que me propuse, examinando con vosotros esta última y no menos honorable parte de la existencia del abogado, siento haber cometido una imprudencia. No debía haber olvidado que cuanto se podía decir de mejor sobre este asunto interesante ha sido dicho no ha mucho tiempo y con una perfección de detalles y de talento que parecería prohibir hasta el pensamiento de tratarlo todavía. En efecto, ¿no poseemos acaso, señores, el hermoso elogio del ilustre señor Tronchet, compuesto por uno de esos hombres superiores en quienes se juntan en el más eminente grado la ciencia del derecho y el arte de la palabra; por el jurisconsulto-orador que después de haber labrado durante treinta años la gloria del Colegio de abogados, ha cosechado, sin haber aspirado a ello, un premio tan noble de sus trabajos y de sus afanes en su promoción a uno de los empleos más importantes del Estado? ¿No se halla también en nuestras manos el elogio del sabio señor Ferey?, ese elogio sencillo, como el virtuoso ciudadano que fue objeto del mismo; ese elogio que debemos al orador jurisconsulto cuya persona ya tuve ocasión de señalar más arriba, recordando una de sus más justas observaciones, y quien por sus escritos, siempre marcados por una profunda moralidad, consuela cotidianamente desde su retiro del foro a quienes ya no se les concede escucharlo en la audiencia. En una y en otra de estas obras se

encuentran reunidos, con una verdad perfecta, todos los géneros de merecimiento que puedan honrar, todos los géneros de satisfacción que pueden hacer fascinante la vida del abogado destinado únicamente a las ocupaciones de su despacho, ya sea por la naturaleza y la combinación de sus facultades morales y físicas, ya sea por su elección propia. Leyéndolos sobre este punto, podemos formarnos una verdadera idea de la dulzura de las alegrías reservadas a estos hombres a quienes sus luces y su experiencia hacen tan apreciables en la sociedad. Son esas obras las que contienen las vigorosas lecciones que da el bien obrar, siempre más persuasivas que los fríos preceptos; más aún, son esas obras las que revelan todas las recompensas de tal obrar. Es allí, en fin, donde se aprende por medio de qué sucesión de estudios, de trabajos y de virtudes, el abogado que se circunscribe a la dirección de grandes intereses por sus consejos y a la solución de grandes dificultades por el hábito de la meditación, llega a ser un verdadero oráculo para sus conciudadanos y merece su gratitud y su amor.

Así, pues, no tendré la temeridad, señores, de pretender decir de nuevo lo que ya ha sido expuesto con tanta elocuencia como verdad. Reduciré esta última parte de mi plan a algunas observaciones simples, y con tanto menos escrúpulo sobre la ejecución del compromiso contraído antes por mí al inicio de este discurso, cuanto creo, a pesar de ello, haberlo suficientemente cumplido al recordaros, al indicaros al menos, las dos obras de las cuales acabo de hablar.

Los últimos años de la vida del abogado, ora los haya pasado por completo al seno del despacho, ora no haya buscado este retiro sino después de largos y rudos combates en la liz judicaria, son años de paz, de felicidad y de consideración.

Si ha vivido siempre en ese retiro, ¡qué tesoros de ciencia, de experiencia hay amasados necesariamente! En efecto, todos sus cuidados, todos sus instantes han estado consagrados al estudio. ¡En cuántas fuentes ha abrevado! ¡Cuántos autores ha leído, consultado, meditado! ¡Cuántos procesos diversos han puesto a prueba su sagacidad! ¡Cuántas cuestiones difíciles ha resuelto! ¡Sobre cuántos aspectos diferentes ha sido necesario que él los examine! En una palabra, ¡qué de investigaciones laboriosas, qué de hallazgos preciosos, qué de discusiones fructíferas! También, señores, su excelente doctrina y la sabiduría con la cual aplica los principios, a la larga, han cimenta-

do en su favor una reputación vasta y sólida que le asegura testimonios de confianza tan numerosos como halagadores. Los ciudadanos no quieren conducirse sino por sus dictámenes; familias enteras hacen depender de su opinión la suerte de sus litigios; los más altos personajes del Estado lo llaman a sus consejos; las administraciones públicas le ofrecen una plaza en los suyos. Su tiempo se reparte entre las consultas obtenidas de él, a las cuales se otorga tanta importancia; los arbitrajes en que ciegamente la gente se abandona a su integridad, así como a sus luces; las transacciones, que no se creerían definitivas, si él no les imprime el sello de la irrevocabilidad por su solo concurso en su redacción; las conciliaciones, en fin, obras de paz, de humanidad, de virtud, cuyo éxito se le hace más fácil aún por aquella venerable ancianidad de los años que siempre da mayor autoridad a los buenos consejos.

¿Dudáis acaso que una vida tan sencilla, tan calmada, tan apacible, tan útil, tenga sus gozos, sus satisfacciones, sus recompensas? La solicitud de los clientes, convertidos en verdaderos amigos, las consideraciones respetuosas de los colegas menos avanzados en edad, la unanimidad de aquella opinión pública que reposa con tanta complacencia sobre un nombre al que se asocian todos los sentimientos de los cuales él se ha hecho digno; y más que todo eso, sin duda, la conciencia de haber cumplido, durante una larga carrera cuyo término se le deja entrever, el destino real del hombre sobre la tierra mediante un trabajo continuo; el recuerdo consolador de tantos servicios prestados, de tantos procesos asesorados, de tantos afectos conquistados. ¡Ah, señores, he ahí el premio inestimable de sus desvelos y de sus trabajos; he ahí al mismo tiempo los honores y las felicidades de la vejez!

Que si el abogado ha conocido por largo tiempo las fatigas de la vida más activa del foro y no se ha refugiado en la soledad del despacho, sino después de haber pasado un gran número de años en el movimiento tumultuoso de la frecuentación del palacio, y en las luchas de la contradicción en la audiencia, entonces lo aguardan las mismas ventajas, los mismos resarcimientos. Esos clientes que ha defendido tan frecuentemente con todo el esfuerzo de su celo y todos los recursos de su talento oratorio quieren permanecerle fieles. Lo siguen en su retiro o bien lo van a buscar ahí con la certeza de recibir sabias directrices de parte de aquel cuyas facultades se han ejercido

mediante tantos objetos de meditación y discusión. En efecto, ¡cuán rico es en recuerdos! ¡Cuántos monumentos de jurisprudencia ha preparado, y por así decir, ha levantado él mismo! ¡Cuántas preveniciones, ilusiones, dudas y errores han dejado de embarazar su pensamiento! ¡Cuánta firmeza, consistencia, nitidez, han adquirido en su espíritu las reglas del derecho, los principios de cada materia, las razones de preferencia en favor de tal o cual decisión!

Si una existencia nueva comienza para él; si a la violenta agitación de los debates judiciales sucede una calma casi desconocida para él hasta entonces; en el silencio mismo del despacho la reflexión, cuyo hábito necesario ya tenía él, ejerce sobre su espíritu un imperio aun más absoluto, lo domina por entero; y es entonces sobre todo, cuando desprendido de esas fuertes preocupaciones a las cuales da tanto poder la inclinación natural que nos lleva a desear que el justo derecho esté de parte de aquellos que nos otorgan su confianza, mira las cosas con sangre fría, visualiza las cuestiones con mayor madurez y las decide con una severa imparcialidad.

Esta vida tranquila, además, esta regularidad de existencia, después de tantos años de entrenamiento y de esfuerzos arriesgados, renuevan, reafirman en él, un santo compromiso por fatigas tan prodigiosas que uno se sorprende de haberlo visto resistirlas y de verlo sobrevivir a ellas, si no se supiera que la Providencia no es menos admirable en sus obras de conservación que en las mismas de su creación. Y aquí, señores, viene a acomodarse la ocasión de explicarnos después del orden de esta Providencia, el secreto de la feliz longevidad que se aprecia con bastante frecuencia en los hombres de nuestra profesión y que sorprende con razón, cuando se considera la dureza y la continuidad de los trabajos a que se entregan. Es porque desde la edad juvenil, sus costumbres han sido sencillas y puras; es porque jamás se han abandonado a las disipaciones, a los placeres del mundo; es porque ninguna de esas pasiones, menos aún, ninguno de esos excesos que destruyendo el cuerpo, degradan y debilitan el alma, han alterado las facultades de la suya; de tal suerte, que le queda, aun después de tantos cuidados, penas y tribulaciones, no sólo un principio de vigor, de energía física, sino también esta ganancia, una de las más deseables para el hombre mientras dura su viaje en este mundo: *mens sana in corpore sano* [mente sana en cuerpo sano].

Tal, es, señores, el destino del abogado en el retiro, ora lo haya elegido desde su entrada al seno del Colegio, ora lo haya hecho preceder de un largo ejercicio del ministerio de la palabra en el foro su determinación de buscarlo. Así han vivido muchos hombres cuyos recuerdos están para nosotros tan presentes, como sus personas nos son estimadas.

* * *

En fin, y para trasladar vuestro pensamiento con una sola palabra al fin que me había propuesto al emprender este discurso, tal es la existencia completa del abogado desde el inicio hasta el término de su carrera.

A vosotros, señores, corresponde ahora juzgar si la profesión a que os habéis consagrado no demanda la preferencia que le habéis dispensado sobre las otras; si los trabajos, si la larga paciencia que exige no encuentra suficientes resarcimientos en las recompensas cuyo veraz resumen os he mostrado; si los cuidados, cuyos instantes todos de vuestra existencia los llenará esta profesión, no deben acaso estar suavemente aliviados con las compensaciones que los acompañan; si, en fin, el abogado, el que merece tal nombre porque satisface todas las obligaciones para con la sociedad, no tiene acaso un destino en verdad digno de envidia. Sí, señores, vosotros así lo creéis; vosotros así lo pensabais antes de escucharme; vosotros estaréis aún más fuertemente convencidos de ello después de haberme escuchado. Y si yo hubiera tenido necesidad que estas páginas, escritas durante el descanso de nuestras vacaciones, obtuviesen una sanción de algún testimonio más autorizado que el mío, la encontraría en esos dos discursos que recientemente os han sido dirigidos: uno, por el respetable decano que el día de hoy nuestro Colegio ve colocado a su cabeza y cuya dedicación a nuestros intereses iguala la profunda doctrina y vasta capacidad; el otro, por uno de nuestros colegas más distinguidos, que devorado del celo de nuestra más perfecta regeneración, se comprometió en aceptar mi solicitud de su presencia en nuestra reunión, sólo porque iba a tener como objeto estimular la profesión. En esos discursos que contienen reflexiones muy sólidas y consideraciones muy útiles, habéis advertido, bien que nuestros planes no hayan sido los mismos, pensamientos, observaciones y

aun expresiones que habéis vuelto a encontrar en los desarrollos que acabo de exponer. Esto es tan cierto que los abogados no acertarían a hablar de su profesión delante de sus colegas, sin ofrecer cada vez una nueva prueba de esta conformidad de ideas, de esta unanimidad de sentimientos que los unen estrechamente entre sí. No podría desear, señores, sin ser atendido, más autorizados ni más honorables auxiliares de mis esfuerzos para la demostración de las proposiciones que hicieron la materia de esta plática. Mas no son menos gloriosos para mí aquéllos que encuentro en la aprobación y en la asistencia, en medio de nosotros, aquí, de estos otros colegas de quienes tengo la ganancia de ser, desde hace veinticinco años, compañero y émulo en el foro; entre quienes y yo existe, ya desde antiguo, ese intercambio de confianza, de estima, de amistad enteramente fraternal, cuyas dulzuras he tenido el gusto de ensalzar delante de vosotros, pues que las siento vivamente; a quienes tengo la dicha de decir en esta ocasión cuánto los quiero y cuán dichoso soy al saberme amado por ellos; y para cuyo logro me ha bastado desear que su concurrencia a esta renovación de nuestras conferencias le imprimiese el carácter de una especie de solemnidad.

Marchad, pues, señores, marchad con perseverancia y firmeza en esta bella carrera. Recorredla sin que os aterren las dificultades ni tampoco los obstáculos, con la seguridad, como debéis tenerla hoy, de que al transcurrir por ella en toda su extensión, tendréis ahí por incentivos perpetuos la consideración pública, la benevolencia de los magistrados, la estima de los rivales, la gloria de los triunfos; y, por último resultado, ese premio, el más apreciable de todos a los ojos del hombre de bien: la conciencia de haber vivido útiles a la sociedad, a vuestras familias, al Colegio de abogados, a vosotros mismos.

HACIA LA DESPENALIZACIÓN DEL NARCOTRÁFICO. UNA FORMA DE POLÍTICA CRIMINAL PARA ENFRENTAR ESTE FENÓMENO DELICTIVO

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Política criminal.* 1. *Tipificar, legalizar y despenalizar.* 2. *Tipificación de ilícitos informáticos.* 3. *Legalización de aborto y eutanasia.* 4. *Despenalización del narcotráfico.*

“No se corrompan, porque al que se corrompe, cualquiera lo compra, y lo que es peor, cualquiera lo escupe”.

Javier Alba Muñoz¹

I. INTRODUCCIÓN²

“La codicia, el amor a los placeres, la lujuria, la ociosidad, la cólera, el odio y el afán de venganza son las principales causas de los crímenes.

¹ En la Escuela Libre de Derecho es una tradición que, al terminar los cursos anuales de cada materia, el profesor les dirija a sus alumnos, en la última clase del año, un mensaje. Estas palabras del maestro Javier Alba Muñoz, una de las mentes más claras que ha dado la Escuela, las dirigía, como un consejo y una exigencia, a quienes fuimos sus alumnos en la clase del primer curso de Derecho penal, que se cursa en el segundo año de la carrera.

² Varias de las ideas expresadas en esta “Introducción”, están tomadas de nuestro artículo denominado “La pena de muerte en el Código Penal cubano de 1987”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, México, Escuela Libre de Derecho, 2003, pp. 29 a 67.

*Estas pasiones y deseos son compartidos
por los ricos y los pobres por igual,
por los instruidos y los ignorantes.
Son inherentes a la naturaleza humana
y su germen se encuentra en todos los hombres".*

H. B. Irving³

El derecho es, para el revolucionario, una forma de control social; para el marxista es una superestructura del modo de producción de los bienes; para el positivista, es un conjunto de normas; para el racionalista, es producto de la razón humana; y para otros es una forma de plasmar la ley divina, o es una manera de organizar la vida humana. Producto de la sociedad, de la historia, de la cultura, el derecho es una de las manifestaciones más elevadas de la mente humana.

Pero el derecho es, también, la expresión del grupo político en el poder. Y el derecho penal es un medio, contundente, para que ese grupo político se conserve en el poder. Ningún sistema jurídico, por definición y por lógica, puede suponer ser transitorio. Todos aspiran a la continuidad y a la permanencia. Reflejo de los valores imperantes en una sociedad, el derecho penal, como ninguna otra rama de la ciencia jurídica, sirve para detectar aquello en lo que cree un Estado y aquello que debe defender. Los bienes jurídicamente tutelados en cada uno de los tipos, constituyen el catálogo de valores y creencias que el Estado sostiene, inculca y busca proteger.

El delito natural es aquel que hiere los sentimientos medios de probidad en una sociedad determinada. De esta forma, la mayoría de las sociedades humanas pueden considerar que el homicidio, consistente en privar de la vida a otro, es reprobable. Pero, aun en este caso, no pueden hacerse generalizaciones. En ciertas sociedades, como la de los esquimales, el hecho de abandonar a la intemperie a un miembro de la familia, que está enfermo o viejo, y de esta forma provocar su muerte, se justifica en razón de que la persona que es abandonada no puede sostenerse por sus propios medios y resulta peligroso, para todos los demás, el cuidarla y tratar de que siga a la

³ PUMAREGA, Manuel (recopilador y traductor), *Frases célebres de hombres célebres*, 38a. ed., México, Sayrols, 1988, p. 225.

comunidad en su andar nómada. La movilidad de las familias esquimales es imprescindible para las emigraciones estacionales, y una persona que no puede seguir el ritmo de los otros, se convierte en un lastre. Es así, que se sacrifica la vida de uno, para que no ponga en peligro la vida de los demás.⁴

Sin embargo, en nuestro sistema positivista, el concepto de delito tiene su origen en el Estado mismo. Sólo es delito lo que el Estado quiere que sea. Las demás acciones reprobables, desde el punto de la moral, la religión o la convivencia social, serán faltas, pecados o incorrecciones, pero sólo serán delitos cuando el Estado así lo quiera. Una conducta, por acción o por omisión, es delito hasta que el Estado así lo ordena. La Ley es producto de la voluntad del legislador y éste sólo ante el Estado obedece y responde.

El derecho, como expresión de poder, refleja los valores del grupo dominante. Pero el Estado necesita allegarse elementos que le permitan crear los tipos, entendiendo al tipo como descripción de una conducta como acreedora de pena. La creación de cada tipo en la ley penal implica la construcción de una escala de valores, que el Estado ostenta. De esta manera, capta valores medios e impone valores propios.

El valor, como ente axiológico que tiene mayor entidad que otro, es el aprecio o la cualidad que se le reconoce a una cosa. Al darle más valor a unas cosas que a otras se está creando una escala de valores, algo que todo individuo y sociedad tienen. Así, se construye un orden jerárquico, como característica de los valores. De esta forma, podemos decir que, de manera general, la vida tiene mayor entidad que el patrimonio. Esto sólo podemos saberlo porque hemos hecho una escala jerárquica de valores.

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

⁴ Véase "Esquimales", en *El hombre en el Mundo. 500 pueblos. Cómo son y dónde viven*. t. IV. Chipayas-Ewes. *El hombre animal social*, Barcelona, Noguer, 1981, pp. 677-680.

noción de delito natural que, según comentábamos arriba, es el que hiere los sentimientos medios de probidad en una sociedad determinada. Los valores que están detrás de esos sentimientos son valores medios.

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

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

La sociedad considera que la contradicción a esos valores no lastima los sentimientos medios de la misma, no hiere los valores medios y, como consecuencia, el grupo no resiente el ataque y no tiene una respuesta contra el delincuente. Por lo tanto, estos valores se apartan de la noción de delito natural. Los valores propios del Estado no estarán subsumidos en los sentimientos medios de probidad en una sociedad determinada. El hecho de que, en ocasiones, los valores propios del Estado puedan coincidir con los valores medios de la sociedad, no implicará, de ninguna manera, que participe de su esencia para la conformación de los delitos naturales.

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

Cuando el poder se legitima, se convierte en autoridad, o sea, que se tiene el derecho de ejercer el poder. La principal autoridad es el Estado, como organización jurídica de mando en un grupo humano con pretensiones de permanencia. Es aquí donde los conceptos de derecho y Estado se conjugan y se explican. El Estado crea el derecho y el derecho otorga legitimación al Estado. Uno no puede explicarse sin el otro y, en una realización ideal, surge la idea del Estado de Derecho.

Los conceptos anteriores encuentran una de sus formas más acabadas, en la ley penal mexicana. Resultado, como todo orden jurídico, de procesos históricos, culturales, económicos, sociales y de muchas otras naturalezas, en pocas materias como el derecho penal, puede apreciarse el drama de la aplicación estricta de la ley. Cuando todo lo demás falla, la única respuesta es esta: sancionar penalmente.

La represión que realiza el Estado, a través de sus órganos, representa la última línea de combate contra la anarquía. Es aquí, donde se ponen en juego los valores más preciados para el hombre: la vida, la familia, el patrimonio, el honor, la libertad. Nadie escapa a la manifestación de poder que se subsume en cada tipo; o se busca la protección de la ley, o se busca evadirla. En ninguna otra materia como en la penal, es posible ver, en su más contundente expresión, el poder del Estado. Sólo el Estado puede declarar que ciertos hechos cometidos por un individuo son delitos y que, por lo tanto, se ha hecho acreedor a la imposición de determinada sanción, que el propio Estado, a través de los órganos competentes, será el encargado de ejecutar. Éste puede, de una manera legal, privar a un individuo hasta de la vida, que es el bien jurídicamente tutelado más valioso y el sustento de todos los demás.

Es cierto que el derecho penal no puede agotarse, de ninguna forma, en el Código Penal. Sin embargo, éste es el eje rector y la base del mismo. Su estudio nos lleva a lograr un acercamiento a la mentalidad y valores del legislador. De igual forma, y con el objeto de tener un panorama general sobre narcotráfico, transcribimos la estructura que tiene el Código Penal Federal, en la parte conducente, de manera muy resumida:

Código Penal Federal.

Libro Segundo.

Título Séptimo. Delitos contra la salud.

Capítulo I. De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo, y otros actos en materia de narcóticos.

Artículo 193. Concepto de narcóticos. Individualización de la pena. Destino de los narcóticos (aprovechamiento lícito o destrucción), destino de los instrumentos y vehículos utilizados en los delitos previstos en este Capítulo, y destino de los objetos y producto del delito.

Artículo 194. Penalidad y tipos en materia de narcóticos.

Artículo 195. Posesión de narcóticos.

Artículo 195 bis. Pena disminuida en posesión.

Artículo 196. Pena agravada para los casos previstos en el artículo 194.

Artículo 196 bis. (Derogado).

Artículo 196 Ter. Precursores químicos.

Artículo 197. Administración de narcóticos, por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio.

Artículo 198. Siembra, cultivo y cosecha de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares.

Artículo 199. Excusa absolutoria al farmacodependiente.

II. POLÍTICA CRIMINAL

“Jesús fue después al Monte de los Olivos, pero al alba estaba en el templo, y todo el pueblo acudía a Él; y Él se sentó y le enseñaba. Entonces los Escribas y los Fariseos le presentaron una mujer sorprendida en adulterio; y poniéndola en medio, le dicen a Él: esta mujer ha sido sorprendida en el momento de cometer adulterio. Ahora bien, Moisés, en la ley, nos ha ordenado que tales mujeres sean lapidadas. ¿Qué dices Tú de ello? Y le preguntaban esto para ponerlo a prueba y tener el modo de acusarlo. Pero Jesús se inclinó y con el dedo se puso a escribir sobre la tierra. Insistiendo aquellos en interrogarlo, se alzó, respondiendo: quien de vosotros esté libre de pecado que tire la primera piedra”.
(San Juan, VIII, I).

“Es lo suficiente para quedar sin aliento ¡Quién de vosotros esté libre de pecado que tire la primera piedra! Es necesario, para sentirse dignos de castigar, estar libres de pecado; solamente entonces el juez está sobre aquel que es juzgado. Y puesto que el pecado no es otra cosa que nuestro no ser aquellos que deberíamos ser, es necesario ser plenamente,

sin deficiencias, sin sombras, sin lagunas; en suma, es necesario no ser partes para ser jueces. (...) El problema del juez, el más arduo problema del derecho y del Estado, está planteado aquí con una claridad espantosa”.

Francesco Carnelutti⁵

La política criminal consiste en las estrategias y acciones que el Estado planea y ejecuta para hacer frente al fenómeno delictivo. De esta manera, el combate al delito debe efectuarse en tres momentos distintos: antes de que ocurra, a través de la prevención; al ocurrir, mediante la procuración y la impartición de justicia; y una vez que ocurrió, con la readaptación social, la sanción y la reparación del daño.

El reflejo de la política criminal no es únicamente el derecho penal. Su ámbito de competencia va más allá, puesto que una adecuada política criminal debe tomar en cuenta no sólo la represión, sino los aspectos sociales, familiares, personales, económicos, culturales y de cualquier otra clase que inciden en el delito. La labor del Estado es combatir al fenómeno delictivo, y esto no necesariamente se efectúa sancionando, o pretendiendo sancionar, de manera indiscriminada.

El derecho penal se enfrenta, al iniciar el siglo XXI, a diversos retos, que implicarán su adecuación y cambio. Las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea no deben ser ajenas al derecho, en general, y al penal, en especial. La labor del jurista es estar atento a ese entorno, siempre cambiante, y proponer las modificaciones jurídicas necesarias. El estudio, el análisis y la investigación deben atender a la solución de los conflictos y a la revisión de las situaciones que impliquen una solución y una regulación jurídicas. El narcotráfico es uno de los aspectos que inciden de manera determinante en nuestro derecho penal.

Cuando hablamos de narcotráfico nos referimos, de manera general, a los delitos contra la salud, previstos en los artículos 193 a 199, inclusive, del Código Penal Federal, excluyendo al delito de peligro de contagio, que también está considerado como un delito contra la salud, dentro del Título Séptimo, Libro Segundo del ordenamiento mencionado. El peligro de contagio está previsto en el artículo 199 bis y lo comete “el que a sabiendas de que está enfermo de un mal

⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989, p. 29.

venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible”.

Pero el narcotráfico, como fenómeno delictivo, está ligado con otras muchas conductas ilícitas. De esta forma, algunos de los delitos conexos a aquella figura son: homicidio (artículos 302 y siguientes del Código Penal Federal); lesiones (artículos 288 y siguientes del Código Penal Federal); cohecho (artículo 222 del Código Penal Federal); posesión o portación, sin permiso, de armas reservadas para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea (artículos 77 y 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); acopio de armas (artículo 83 bis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (artículo 172 bis del Código Penal Federal); encubrimiento (artículo 400 del Código Penal Federal); y operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis del Código Penal Federal). Los anteriores son sólo algunos de los delitos que pueden aparecer ligados al narcotráfico, pero es claro que su influencia para cometer otros ilícitos, relacionados directa o indirectamente, en conexidad, o en concurso, es mucho más amplia.

La peligrosidad es la tendencia de una persona a cometer un delito. La temibilidad es el miedo o temor que despierta esa persona en la sociedad, por su peligrosidad. Es así, que los sujetos activos del narcotráfico son, en nuestra ley penal, de los más peligrosos y temibles. Esto se refleja en casos como el delito de la delincuencia organizada, el cual consiste en que “cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”. Entre esos delitos están los delitos contra la salud, previstos en los artículos 194 y 195, primer párrafo del Código Penal Federal, imponiéndose una penalidad agravada a quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la pro-

pia delincuencia organizada (artículos 2, fracción I y 4, fracción I, incisos a) y b) de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

El Estado mexicano considera especialmente peligrosa a la delincuencia organizada (según lo vimos en el párrafo anterior), que inclusive se prevé, en la legislación de la materia, que son amenazas a la Seguridad Nacional, entre otras, las siguientes: actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; y actos tendientes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada (artículo 5, fracciones III y V de la Ley de Seguridad Nacional).

1. Tipificar, legalizar y despenalizar

*“De la piel para adentro empieza mi exclusiva jurisdicción.
Elijo yo aquello que puede o no cruzar esa frontera.
Soy un estado soberano,
y las lindes de mi piel me resultan mucho más sagradas
que los confines políticos de cualquier país”.*

Anónimo contemporáneo⁶

En política criminal existen diversas formas de enfrentar al fenómeno delictivo. No todo se resuelve con la creación de más y más tipos. Al contrario, el hecho de crear, de manera innecesaria, figuras delictivas, implica su poca o nula efectividad, dando origen a que, a pesar de estar en la ley, no tengan una real aplicación. El Estado debe comprender en qué momento es conveniente crear un delito y cuándo lo mejor es desaparecerlo.

Tipo es la descripción de una conducta como acreedora de pena. Tipicidad es la adecuación de la conducta al molde legal o tipo. El tipo sólo puede entenderse cuando su integración conlleva una sanción. No tiene caso que el derecho penal describa una conducta si no le va a imponer una pena. Esa es la esencia de las conductas típicas. De esta forma, tipificar consiste en crear un tipo, en describir una

⁶ Citado por ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995, p. 7.

conducta como acreedora de pena, de tal manera que lo que antes no era delito, a partir de ese momento lo sea. Es así, que una materia que el legislador deberá considerar, y el jurista explorar, para reprimir de manera penal, son los ilícitos informáticos.

Legalizar consiste en volver legal algo, en convertirlo jurídicamente válido. Cuando hablamos de que determinada conducta es legal, estamos diciendo que se ajusta a derecho, que se tiene la facultad de realizarla. Corresponde al destinatario de la norma, elegir realizarla o no, es un derecho que se puede ejercer, pero nunca será una obligación. Es así que, el aborto y la eutanasia, como figuras delictivas, están sujetas, en una tendencia internacional, a ser legalizadas.

Despenalizar es sacar del ámbito del derecho penal una conducta. Consiste en desaparecer un tipo; lo que antes era delito, ahora lo deja de ser. Esto no significa que esa conducta haya sido legalizada, sino exclusivamente que ha salido de la competencia del derecho penal. Aun cuando los efectos puedan ser similares, entre legalizar y despenalizar existe una diferencia esencial: legalizar significa que se tiene el derecho a realizar determinada conducta, puede exigirse el respeto a ese derecho y éste debe ser respetado por los demás; despenalizar, sin llegar a la legalización, significa que ha dejado de existir como delito y, que en el caso de los particulares, al no estar prohibida esa conducta está permitida.

2. Tipificación de ilícitos informáticos⁷

"(...) posiblemente la informática jurídica no sea indispensable como instrumento de trabajo del jurista. Pero por encima de una consideración puramente instrumental o utilitaria, la informática jurídica puede abrir una ventana hacia otras disciplinas (como la cibernética, la teoría de la información, la lógica y la lingüística, la inteligencia artificial) con las que normalmente el jurista no tiene contacto en su vida profesional diaria. Algunas de estas disciplinas ejercen gran influencia en todos los campos del conocimiento y contribuyen a conformar la visión actual

⁷ Varios de los conceptos aquí manifestados, los desarrollamos en nuestra ponencia denominada "Breves comentarios sobre derecho informático", que fue presentada en el 1o. Congreso Nacional "Cultura de la Legalidad e Informática Jurídica", organizado por la Secretaría de Gobernación, en 2003.

del mundo. El derecho no debe quedarse al margen. El jurista que sabe entenderse con una computadora no es más que la imagen superficial de la informática jurídica. De lo que se trata es de que este mismo jurista sea capaz de adoptar o asumir una metodología nueva en su trabajo y de modificar su visión del derecho. La informática jurídica, en suma, nos induce a plantearnos otras preguntas sobre el derecho y nos ofrece otro punto de partida para observarlo y hacerlo evolucionar".

Héctor Fix-Fierro, Sergio López Ayllón y Sergio L. Matute C.⁸

Todas las actividades del hombre están regidas por el derecho. Pensemos en cualquier actividad externa del ser humano y veremos que está regulada por la ley. Por supuesto, en esta época de avances tecnológicos, la informática, la cibernética, la computación y los sistemas no son materias ajenas a la ciencia jurídica. El uso de cajeros automáticos, las compras por Internet, el navegar por la red, la contratación para tener acceso a Internet, el chat, la pornografía infantil en línea, la piratería de programas, la piratería de la información (consistente en tener acceso a bases de datos sin autorización, actividad comúnmente conocida como *hacker* o piratas cibernéticos), los fraudes bancarios, los derechos de autor sobre material publicado en Internet, las declaraciones fiscales, el uso de tarjetas de crédito en terminales, las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, los casinos en red, el correo electrónico, y la contaminación y destrucción de información que se encuentra en equipos de cómputo (mediante el envío de virus), son algunas de las actividades y eventos regulados por el derecho informático o donde la informática se aplica al derecho.

El gran desarrollo tecnológico y su aplicación directa en la vida diaria, ha motivado que el derecho esté desfasado respecto de los fenómenos que debe regular. En el mundo de la informática puede palpase un sentimiento de inseguridad, por falta de regulación espe-

⁸ FIX-FIERRO, Héctor, LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, y MATUTE, Sergio L. "Tendencias y perspectivas de la informática jurídica", en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Tendencias actuales del derecho*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 224 y 225.

cífica y de un control efectivo respecto de todas las actividades que inciden en la materia. El común de la gente puede ver dispersión y desconocimiento del marco jurídico que debe aplicarse a la informática, originándose temor y desconfianza. Es la labor del jurista superar la falta de sistematización en esta materia y tender hacia la consecución de un marco jurídico adecuado, que brinde seguridad jurídica en esta importante faceta de la vida moderna.

Uno de los usos más extendidos en materia informática, es Internet, a través del correo electrónico (e-mail), World Wide Web (www o web), FTP (File Transfer Protocol, Protocolo de Transferencia de Archivos), listas de correos y grupos de discusión. Un aspecto que debe destacarse, es que la gran mayoría de los usuarios de Internet se autorregulan, considerando los usos a que deben atenerse al utilizar Internet. Independientemente de lo que diga la legislación en esta materia, para ese gran número de usuarios existen modales y costumbres a los cuales se sujetan y que ellos mismos se imponen y hacen que los demás los respeten. Para esos usuarios seguir esos lineamientos cibernéticos que la propia comunidad ha creado, puede ser más obligatorio que sujetarse al marco jurídico en la materia.

El mexicano Julio Téllez Valdés⁹ señala como temas de esta rama las siguientes: regulación jurídica del bien informacional; protección jurídica de los datos personales; flujo de datos transfronterizos; protección jurídica de los programas de computación; contratos informáticos; delitos informáticos; ergonomía informática; y valor probatorio de los soportes informáticos; a su vez, el colombiano Abelardo Rivera Llano¹⁰ señala los aspectos que deben regularse en el desarrollo del derecho informático, de la siguiente manera: protección jurídica de datos; protección jurídica de los programas de cómputo; contratos informáticos; flujo de datos transfronterizos; delitos informáticos; ergonomía informática; valor probatorio de los métodos modernos de información; y la informática jurídica. Por otro lado, el español Antonio Enrique Pérez Luño¹¹ distingue las si-

⁹ Cfr. TÉLLEZ VALDEZ, Julio, *Derecho informático*, 2a. ed., México, McGraw Hill, 1995.

¹⁰ Cfr. RIVERA LLANO, Abelardo, *Dimensiones de la informática en el derecho (perspectivas y problemas)*, Bogotá, Jurídica Radar, 1995, XVIII-285.

¹¹ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ensayos de informática jurídica*, México, Fontamara, 1996.

guientes áreas: informática jurídica documental (bases de datos jurídicas); informática jurídica de gestión (ofimática y abogacía); y la informática jurídica decisional (sistemas expertos en el derecho).

Las actividades específicas que deberá regular el derecho informático, y que para una adecuada protección jurídica tendrá que plasmarse su contravención, en el ámbito del derecho penal, son:

1. *Protección jurídica de los datos personales.* En nuestra legislación existen diferentes bases de datos, a cargo de diversas dependencias y entidades de la administración pública federal, de los estados y de los municipios, que integran elementos de información respecto de las personas. La recopilación, integración, uso, modificación y difusión de toda esa información está sujeta a la ley. Sigue una regulación distinta a los archivos y documentos en papel, a pesar de tener, en muchos casos, la misma información y ser igualmente válidos jurídicamente.

2. *Flujo de datos transfronterizos.* Consiste, según la definición del Consejo Económico de la Organización de las Naciones Unidas,¹² en la circulación de datos e información a través de las fronteras nacionales para su procesamiento, almacenamiento y recuperación. Este flujo que se efectúa de un país a otro, tiene implicaciones jurídicas como son: la utilización ilícita de datos transmitidos al extranjero; dificultad para definir el régimen fiscal aplicable y las tarifas a que se sujetará; posible atentado a la soberanía de los estados; características especiales en materia contractual; propiedad intelectual de la información; y seguridad jurídica de las empresas teleinformáticas.

3. *Protección jurídica de los programas de computación.* Entendido como un producto del intelecto y como un bien cultural, los programas de computación son sujetos de la protección que otorga la legislación en materia de derechos de autor. El extendido uso de las computadoras y la compleja creación de programas, ha dado origen a que el principal desarrollo de la industria informática se oriente, no tanto al *hardware* o componentes físicos de los aparatos, sino al so-

¹² TÉLLEZ VALDEZ, Julio, *op. cit.*, p. 77.

porte lógico o *software*. Para estos efectos, los programas de cómputo son los procedimientos que integran el *software* del *hardware* y que permiten procesar la información.

4. *Valor probatorio de los soportes informáticos*. En los casos en que no existe una regulación específica, debe estarse a los principios generales en materia de prueba, o sea, que el soporte informático es un documento privado. En caso de regulación expresa debe atenderse, por supuesto, a la ley específica sobre la ley general, por lo que aplicaremos la regulación concreta. Es de destacarse, por ejemplo, las reformas en materia de comercio electrónico, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 2003, mediante las cuales se reformaron o adicionaron los artículos 89 a 114 del Código de Comercio.

Para el caso concreto de los delitos informáticos, encontramos que una noción genérica del delito informático es la que da Antonio Enrique Pérez Luño,¹³ al afirmar que son el “conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan al funcionamiento de los sistemas informáticos”. Sabido es que lo que para nosotros es una computadora, para los españoles es un ordenador. Nuestro Código Penal Federal prevé, en sus artículos 211 bis 1 a 211 bis 7, las conductas tipificadas como acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. Estos delitos, entendidos en relación con lo previsto en el artículo 50, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que establece cuáles son los delitos federales, cuáles son competencia de la Procuraduría General de la República y, en su momento procesal, de los Juzgados de Distrito y de los Tribunales de Circuito.

En materia local puede mencionarse el caso de los delitos informáticos, previstos con esta denominación en el artículo 217 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, citados por Jesús Antonio Molina Salgado.¹⁴ Por otra parte, este autor menciona, independientemente de las conductas previstas en la legislación penal mexicana (local y federal), como ilícitos o delitos informáticos muy particu-

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴ MOLINA SALGADO, Jesús Antonio, *Delitos y otros ilícitos informáticos en el derecho de la propiedad industrial*, México, Porrúa, 2003, pp. 71 y 72.

lares los siguientes: *cracking*; *cyber gangs* (ciber pandillas); *cyber graffiti defacements* *web hacks*; *cyber stalking* (ciber acoso); *cyber terrorism* (ciber terrorismo); *domain name service hacks* (*hacking* de un servicio de nombres de dominio); *hacking*; *hacktivismo* (*hacking* y activismo); *ID theft* (robo de identidad); *phreaking* o *phreaks* (*hacking* o *cracking* telefónico); *social engineering* (ingeniería social); y *warez* (piratería). A los anteriores ilícitos podemos agregar: *ransomware* (programas de rescate), consistente en un secuestro express de información, mediante el encriptamiento de la misma y el ofrecimiento de proporcionar una llave a cambio de una cantidad de dinero; *pharming* (modalidad del *phishing*), mediante la cual se ataca al servidor de nombres o DNS de una empresa (encargado de convertir los nombres de Internet en direcciones reales), y se redirecciona a quienes quieren entrar a ella, a otro sitio donde se apropiarán de su información; *evil twin* (gemelo malvado), es una forma de ataque en la que el *hacker* configura su *laptop* para que finja ser el *hotspot* real y, aprovechando esto, apropiarse de la información.

3. Legalización de aborto y eutanasia

“El mayor de los delitos es el suicidio,
porque es el único que no tiene arrepentimiento”

A. Dumas¹⁵

Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo (artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal). No es punible, exclusivamente, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el embarazo es resultado de una violación; o de una inseminación artificial (realizada sin consentimiento de la mujer, o aun con su consentimiento cuando se trate de una menor de edad o de una incapaz).

¹⁵ DOSAMANTES TERÁN, Jesús Alfredo, *La justicia a través de los siglos. Frases, citas y aforismos*, México, Porrúa, 2000, p. 60.

2. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud, a juicio del médico que la asista, oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

3. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

4. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

Fuera de los supuestos mencionados, el aborto implica, para la ley mexicana, una sanción penal. Los demás códigos penales, el federal y los de los estados, coinciden con el del Distrito Federal: el aborto es un delito, y sólo por excepción, no es punible. Sin embargo, en diferentes países, cada vez más, la tendencia del legislador es despenalizar y legalizar el aborto, permitiéndolo, con ciertas exclusiones, de manera abierta. Es así, que en esas legislaciones subsume la idea de que el aborto es un derecho de la mujer, además de ser un medio de control de la natalidad y la extrema medida para evitar una maternidad no deseada.

En los próximos años, la legislación mexicana deberá reconsiderar los presupuestos que llevaron a señalar al aborto como un delito. Deberá permitirse el gran debate que este tema conlleva y considerar, tomando en cuenta la opinión de quienes apoyan la tendencia despenalizadora y legalizadora, que el aborto nunca debe ser una alternativa ante la falla de los métodos anticonceptivos, pero sí será el reconocimiento del derecho que tiene la mujer, conjuntamente con su pareja (en su caso), a decidir sobre su propio cuerpo.

En el aborto no puede decirse que se atenta contra la vida del feto, puesto que todavía no nace y, por lo tanto, su existencia depende de la vida intrauterina que le proporciona la mujer. El feto vive de manera autónoma hasta el momento que nace. Independientemente de las discusiones médicas que esto acarrea, y que no son aquí el momento para explorar, habrá que considerar las causas y los motivos que otros países han tenido, para despenalizar y legalizar el aborto.

Un argumento, acaso decisivo, que alegan los impulsores de la despenalización y legalización, es que el aborto no tiene víctima,

toda vez que el feto sólo tiene la expectativa de convertirse en un ser humano, pero aún no lo es. El aborto es una realidad, y el legalizarlo permitiría su práctica en hospitales adecuados, abandonando el mundo clandestino donde ahora se desarrolla y que provoca la muerte de muchas mujeres. A mayor abundamiento, una contradicción de la ley es que al médico que causa un aborto, se le sanciona también con la suspensión del ejercicio de su profesión (artículo 146 del Código Penal para el Distrito Federal). Esto es una incongruencia, porque la intervención del médico puede salvar la vida de la mujer y, aun así, se le sanciona más que a la persona que sin preparación profesional lo realiza.

Por otro lado, y así como la mujer decide, en el aborto, sobre la interrupción de la gestación del que pudo ser su hijo, en el otro extremo, al final de la vida, nos encontramos con la eutanasia. Ésta consiste en la supresión voluntaria de la vida de otro, con el consentimiento de éste, o con el consentimiento de quien esté legitimado para hacerlo, cuando aquél se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad de morir.

Cuando la supresión de la vida se hace por propia mano, no estamos hablando de eutanasia propiamente, sino de suicidio. En este caso uno mismo es el que decide su muerte y la provoca, al contrario de la eutanasia, donde uno decide el momento de morir (o, en su caso, lo decide quien esté facultado para hacerlo), pero la muerte la provoca otro.

Las conductas que se sancionan en el Código Penal para el Distrito Federal (artículos 142 y 143) son:

1. Ayudar a otro para que se prive de la vida, consumándose el suicidio.
2. Prestar auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte.
3. Inducir a otro para que se prive de la vida, consumándose el suicidio.
4. Ayudar o inducir, sin que el suicidio se llegue a consumir por causas ajenas a la voluntad del que ayuda o induce, causándose lesiones.
5. Ayudar o inducir, sin que el suicidio se llegue a consumir por causas ajenas a la voluntad del que ayuda o induce, sin causar lesiones.

6. Ayudar o inducir al suicidio, a un menor de edad o a quien no tuviere capacidad de comprender la relevancia de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

El reto en esta materia será debatir la posibilidad de que la vida pueda ser considerada un bien jurídicamente disponible, y por lo tanto, cada uno puede decidir, libremente, sobre ella. Esto cobra especial importancia para el caso de enfermos graves, sin esperanza de cura y, en ocasiones, con grandes dolores y sufrimientos. Es por eso que a la eutanasia se le considera como "muerte por piedad". La eutanasia implicará no sólo provocar de manera directa la muerte, sino el suspender los tratamientos que sostengan la vida de manera artificial.

Pero ahí no debe concluir el debate sobre la eutanasia, sino que deberá abrirse al suicidio en general. Muchos suicidios se dan por sufrimientos emocionales o aun por consideraciones económicas, y no sólo por razones de salud. Entonces, el hecho de auxiliar en un suicidio no deberá ser punible, puesto que sólo se está facilitando la ejecución de una decisión tomada por quien se piensa suicidar. El auxilio al suicidio permitiría que no existieran errores en la ejecución, con la secuela de lesiones y dolores innecesarios. El que se suicida quiere morir, pero no quiere sufrir.

El primer país que despenalizó y legalizó la eutanasia es Holanda, mediante Ley que entró en vigor el 10. de abril de 2002, aun cuando por la práctica judicial, desde hace más de 25 años, se realizaban eutanasias que nunca eran sancionadas. El médico que realice una eutanasia debe presentar un informe, ante la Comisión Regional de Control que corresponda (integrada por un abogado, quien funge como presidente, un médico y un experto en ética), donde deberá acreditar:

1. El paciente desea que se le aplique la eutanasia y que está consciente de sus implicaciones.
2. El sufrimiento del paciente es insoportable y sin esperanza de mejora.
3. No existen alternativas razonables para poner fin al padecimiento del paciente.

Además, el médico debe solicitar la opinión de un colega. Comprobados los requisitos referidos, la Comisión resuelve que la euta-

nasia se hizo correctamente y que no hay lugar a persecución judicial. La eutanasia sólo será perseguible cuando no sea realizada conforme a lo mencionado.

El otro país que ha despenalizado y legalizado la eutanasia es Bélgica, mediante una ley que entró en vigor el 23 de septiembre de 2002. Se le autoriza a un médico a que ponga fin a la vida de un paciente, cuando se cubren los siguientes requisitos:

1. Que el paciente, con plena lucidez y conciencia, lo solicite de manera reiterada y por escrito.
2. Que el paciente sea mayor de edad y no esté sujeto a presiones externas.
3. Que la dolencia sea incurable y ocasione un sufrimiento físico o mental insoportable y constante.
4. Que el médico mantenga informado al paciente sobre su estado de salud y esperanza de vida, incluyendo las alternativas para sanar o paliar su padecimiento.
5. Que entre la solicitud y la eutanasia pase por lo menos un mes.
6. No es necesario que la enfermedad sea terminal, basta con que sea crónica.
7. Es válida una declaración anticipada, en la que el ciudadano manifiesta su voluntad de que se le practique la eutanasia, en caso de que un accidente o enfermedad grave le impida hacerlo.

4. Despenalización del narcotráfico

Opio, morfina, codeína, heroína, sucedáneos sintéticos del opio, metadona, buprenorfina, pentazocina, tranquilizantes, benzodiacepinas, somníferos, narcóticos, cloroformo, éter, gas de la risa, fentaniles, vinos, licores, estimulantes vegetales, café, coca, cocaína, crack, anfetaminas, cafeína, MDMA o éxtasis, derivados del cáñamo, marihuana, hachís, mescalina, LSD, ergina, hongos psilocibios y sus alcaloides, ayahuasca, iboga, kava, fármacos¹⁶ ... y así podemos continuar.

¹⁶ Véase ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995.

El panorama en materia de drogas es vastísimo. Naturales y artificiales, duras o blandas, legales (como el alcohol y el tabaco) o ilegales, han acompañado siempre al hombre, en todas sus culturas, lo que conlleva una regulación específica. No existe una sola forma de organización social que no haya estado vinculada con alguna clase de droga. Su control y uso se ha realizado por motivos religiosos, convencionalismos sociales y regulaciones jurídicas.

De esta forma, en los antiguos pueblos andinos, el uso de la coca tenía fines medicinales y religiosos.¹⁷ Hoy en día, determinadas comunidades indígenas siguen recurriendo a la coca. Para algunas culturas prehispánicas, cuyas tradiciones perduran en diversos pueblos indígenas asentados en territorio mexicano, el uso del peyote y de los hongos alucinógenos tenía y sigue teniendo connotaciones religiosas. Y en un caso más extendido en el mundo contemporáneo, el vino, como producto de la vid, forma parte de la liturgia de la Iglesia católica, y su uso se menciona en diversos pasajes de la Biblia, como en la ebriedad de Noé al concluir el diluvio universal,¹⁸ y en las bodas de Caná.¹⁹

En la cultura de Occidente está popularizado el consumo de alcohol, al contrario de lo que sucede en países islámicos donde se prohíbe por motivos religiosos.²⁰ En estas naciones, donde el derecho no está secularizado, la vida se rige por los preceptos del Corán. Igualmente, el tabaco (cuyo componente esencial, la nicotina, es altamente

¹⁷ Véase CÁCERES, Baldomero, GAGLIANO, Joseph A., BURCHARD, Roderick E., et al., *La coca andina. Visión indígena de una planta satanizada*, México, Juan Bolfo y Climent, Instituto Indigenista Interamericano, 1986.

¹⁸ "Génesis", Capítulo 9, Versículos 18 a 29, en *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. Tomo Primero, Antiguo Testamento*, por D. Félix Torres Amat, ilustrada por Gustavo Doré, Barcelona, Montaner y Simón, 1883, p. 14.

¹⁹ "Santo Evangelio de Nuestro Señor Jesé-Christo según San Juan", Capítulo 2, Versículos 1 a 12, en *La Sagrada Biblia, op. cit.*, p. 132.

²⁰ Cfr. Ayatollah Al-Uzma As-Sayyed Imam Rohullah Musavi Al-Khomeini, *Las Leyes Prácticas del Islam* (trad. Mahammad Alí Anzaldúa-Morales, de Iman Khomeini, *The Practical Laws of Islam*, Teherán, Islamic Propagation Organization, 1985). Chihuahua, Algunos musulmanes, 1992, p. 2 (versión resumida de Fawdih Al-Masa'il); para el libro sagrado del Islam, puede consultarse la siguiente edición: MAHOMA, *El Corán* (trad. Joaquín García-Bravo). México, Época, 1982, XVI-457.

adictivo), tiene una larga tradición de uso y consumo. A la llegada de Cristóbal Colón a América, los indígenas nativos de la actual isla de Cuba, fumaban tabaco. Ciertamente estas dos sustancias están sujetas a una regulación jurídica, pero en la permisividad está subyacente el sentido medio, imperante en cada sociedad, de que es aceptable el consumir alcohol y tabaco.

Para la ley penal mexicana, son narcóticos "los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones aplicables en la materia" (artículo 193 del Código Penal Federal).

Los estupefacientes están señalados en el artículo 234 de la Ley General de Salud. Toda vez que es un largo enunciado, más de 100 sustancias, señalaremos, a manera de ejemplo, algunas: *cannabis sativa*, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas; hojas de coca; cocaína, codeína; concentrado de paja de adormidera, que es el material que se obtiene cuando la paja de adormidera ha entrado en un proceso para concentración de sus alcaloides, en el momento en que pasa al comercio; heroína; metadona; morfina; opio; y paja de adormidera. El listado que se hace en la Ley General de Salud, incluye denominaciones técnicas como: acetildihidrocodeína; betaceltimetadol; codoxima; dihidromorfina; etonitaceno; fenadoxona; hidrocodona; isometadona; levometorfán; metazocina; nicocodina; oxicodona; petidina; racemetorfán; sufentanil; y tebaína.

Las sustancias psicotrópicas, que son más de 140, están señaladas en el artículo 245 de la Ley General de Salud y se dividen en cinco grupos: Grupo I. Las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública. Grupo II. Las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública. Grupo III. Las que tienen valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública. Grupo IV. Las que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública. Grupo V. Las que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en la industria.

Entre las sustancias psicotrópicas están las siguientes: LSD o dietilamida del ácido d-lisérgico (grupo I); mescalina o peyote

(grupo I); hongos alucinantes de cualquier variedad botánica (grupo I); anfetamina (grupo II); metanfetamina (grupo II); pentobarbital (grupo II); benzodiazepinas (grupo III); diazepam (grupo III); barbital (grupo IV); cafeína (grupo IV); fenobarbital (IV); y pentotal sódico²¹ (grupo IV).

Según lo previsto en el artículo 246 de la referida Ley General de Salud, la Secretaría de Salud determinará otras sustancias, distintas de las señaladas en el citado artículo 245, que deban ser consideradas como psicotrópicas. Con fundamento en aquel precepto, se han publicado el "Listado por el que se adicionan las sustancias psicotrópicas que se mencionan, al grupo I del artículo 245 de la Ley General de Salud" (*Diario Oficial*, 9 de julio de 1996); y el "Listado por el que se adicionan las sustancias psicotrópicas que se mencionan, a los grupos II, III y IV del artículo 245 de la Ley General de Salud" (*Diario Oficial*, 24 de octubre de 1994, modificado el 26 de julio de 1995).

Los actos que reprime el Código Penal Federal, en materia de narcóticos, son: producir (entendiéndose como manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o adicionar algún narcótico), transportar, traficar, comerciar (consistente en vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico), suministrar (aun gratuitamente), o prescribir algún narcótico sin la autorización correspondiente; introducir o extraer del país, aun en forma momentánea o en tránsito; aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de algún delito en materia de narcóticos; realizar actos de publicidad o propaganda (proselitismo); permitir, autorizar o tolerar, tratándose de servidores públicos, cualesquiera de las conductas referidas; poseer; desviar o contribuir a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas, al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos; administrar a otra persona, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico; suministrar gratis o prescribir a un tercero, algún narcótico, para su uso personal e inmediato; inducir o auxiliar otro para que consuma cualesquiera de los narcóticos; sembrar, cul-

²¹ Conocido como "suero de la verdad".

tivar o cosechar plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares; y consentir la siembra, el cultivo o la cosecha de estas plantas, en un predio del cual sea propietario, tenedor o poseedor.

Como disposiciones complementarias, están, por un lado, la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para elaborar cápsulas, tabletas y/o comprimidos; y, por otro, el Apéndice I del Código Penal Federal.

La Ley de Precursores tiene por objeto controlar la producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transporte, almacenaje y distribución de precursores químicos, productos químicos esenciales y máquinas para elaborar cápsulas, tabletas y comprimidos, a fin de evitar su desvío para la producción ilícita de narcóticos. Fue publicada, en el *Diario Oficial de la Federación*, el 26 de diciembre de 1997.

A su vez, el Apéndice I del Código Penal Federal se aplica en los casos previstos en el artículo 195 bis de este ordenamiento, y ahí se mencionan, de manera expresa, las siguientes sustancias: Tabla 1. marihuana, resina de *cannabis (haschich)*, morfina, buprenorfina, clorhidrato de cocaína, sulfato de cocaína, heroína, fentanil, y meperidina; Tabla 2. PCP, mezcalina, LSD, psilocibina, ICE, y metanfetamina; Tabla 3. diazepam, flunitrazepam, fenproporex, trihexifenidilo; y clorodiazepóxido; Tabla 4. secobarbital, mecualona, pentobarbital, rafetamina, y dextroanfetamina.

La represión en materia de producción, tráfico y consumo de drogas es una política compartida por todos los países. Las legislaciones internas y los instrumentos de derecho internacional público coinciden en la necesidad de combatir el narcotráfico. Su existencia, desarrollo y expansión está llegando a significar, un peligro contra la existencia misma de los Estados. El narcotráfico puede establecer relaciones delictivas con la delincuencia común, con los movimientos guerrilleros y con el terrorismo, siendo la motivación en estos dos últimos casos, la de allegarse financiamiento y recursos.

Las organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico, como los cárteles de la droga,²² han adquirido poder económico transnacional,

²² Las organizaciones criminales han tomado diversas denominaciones. Así, existen la Cosa Nostra (Estados Unidos); Cárteles (México y Colombia); Mafia (Jamaica, Tur-

influencia política y poderío casi militar. Con las armas, barcos, aviones, helicópteros a los que tiene acceso la delincuencia organizada, derivados de sus grandes recursos financieros, provoca que, en muchas ocasiones, pueda enfrentarse, en un plano de igualdad, con las fuerzas policíacas y militares con que cuentan los gobiernos.

La actividad económica del narcotráfico provoca corrupción, lavado de dinero y demás delitos relacionados con el mismo, que implican un ataque a la salud pública, a las instituciones financieras, al Estado mismo y, acaso lo más grave, a millones de personas en lo individual.

El narcotráfico es un negocio que arroja grandes ganancias, en millones de dólares, y que, a pesar de las severas penas que se imponen, cada vez más atrae a posibles delincuentes, que convierten esta actividad ilícita en su forma de vida. El Estado y la sociedad están perdiendo la batalla contra las drogas. Las acciones que, en mayor o menor medida, han tomado todos los gobiernos, son impotentes ante el desarrollo del narcotráfico.

Luego entonces, será necesaria una medida extrema para erradicar el narcotráfico. Y esa medida podrá ser la despenalización y, en su caso, la legalización de la droga. Esto, que para algunos puede sonar inconcebible, será uno de los grandes retos que deberá abordar, tarde o temprano, el derecho penal.

Los razonamientos que dan quienes propugnan por esta radical decisión son, de una manera resumida, los siguientes:

1. El 16 de enero de 1920 entró en vigor, en Estados Unidos, la que sería conocida como "Ley Volstead" (por el nombre del legislador puritano Andrew Volstead, que fue quien la propuso al Congreso, 6 meses antes) o "Ley Seca", por la cual, todas las bebidas que contuvieran alcohol en graduación superior al 5% eran intoxicantes y, por lo tanto, quedaba prohibida su fabricación, importación y distribución. A esta ley se opusieron congresistas tan prominentes como Franklin Delano Roosevelt, y el propio presidente Woodrow Wilson, quien dijo, al enterarse que el Congreso había aprobado la Ley: "Los

quía, Rusia, Chechenia y Georgia); Tríadas (China); Yakuza (Japón); Bandas (Nigeria); y para el caso especial de Italia, tenemos a la Mafía (Sicilia), a la Camorra (Nápoles) y a la Andrangheta (Calabria).

americanos quieren beber en paz; de ahora en adelante, beberán como puedan... pero beberán".²³

La prohibición se impuso, pero el pueblo estadounidense quería seguir bebiendo y lo hizo, pero ahora de manera ilegal. Entonces aparecieron organizaciones de delincuentes que contrabandeaban, o producían ellos mismos, las bebidas alcohólicas, y las ofrecían al consumidor. Se dieron cuenta del productivo negocio que era ofrecer las bebidas alcohólicas que la inmensa mayoría de la gente seguía consumiendo. No importó si en muchos casos, ese alcohol era de baja calidad y, ahora sí, nocivo a la salud.

Este es el origen de las mafias norteamericanas, que después de 1933, cuando la Ley Seca fue abolida, se dedicaron a otras actividades ilícitas. Pero su nacimiento se dio aquí. Es así, que delincuentes tan tristemente célebres como Al Capone, Bugs Moran, Giacomo Colósimo, Johnny Torrio y Frank Nitti, entre muchos otros, nacieron en el mundo de la delincuencia organizada.

Asimilando esta parte de la historia de Estados Unidos, y comparándola con el desarrollo y evolución del narcotráfico, vemos que el origen de los cárteles y otras organizaciones criminales, es similar al que motivó el nacimiento de aquellas mafias: el ofrecer una mercancía prohibida, que se consumía antes y se seguirá consumiendo, se convierte en un gran negocio, y más si su uso, producción y consumo es ilícito. El carácter clandestino aumenta el precio de las cosas, de cualquier mercancía o actividad.

2. En Holanda el uso de drogas blandas está tolerado, que no legalizado. Es así, que la ley holandesa sobre narcóticos, conocida como Ley del Opio, distingue entre drogas blandas (sustancias derivadas de la planta del cáñamo, la marihuana y el hachís) y las drogas duras. Las blandas se consideran menos peligrosas para la salud y son objeto de una política tolerante, mientras que las duras (heroína, cocaína y las drogas de diseño), son consideradas como sustancias que originan un alto riesgo para la salud.

El objeto de la política holandesa en esta materia, es eliminar los riesgos que entrañan las drogas para el consumidor y para la socie-

²³ Cfr. GARMABELLA, José Ramón, "Recopilación, introducción y comentarios", en NESS, Eliot, *La verdadera historia de Los Intocables*, México, Electrocomp., 1985.

dad. Sigue siendo punible el tráfico, importación, exportación, transporte, elaboración, venta y tenencia de drogas. La posesión de drogas blandas para consumo propio, por una cantidad no superior a 30 gramos, constituye una infracción, pero no un delito grave. Igualmente, para el caso de las drogas duras, esa cantidad para consumo propio debe ser menor a 0.5 gramos. El consumo no es punible.

La venta se castiga severamente, excepto cuando sean drogas blandas y se haga en establecimientos autorizados, que se conocen como *coffee shops*. El primero fue fundado en Amsterdam, por Wernard Bruining, en 1974, quien decidió vender marihuana en su cafetería, denominada Mellow Yellow. Dos años después la ley holandesa regula estos establecimientos, y actualmente son lugares donde no se permite el consumo de alcohol ni la venta de drogas blandas en una cantidad superior a 5 gramos por persona y por vez. Estos lugares no venden drogas duras, no hacen publicidad y se encuentra prohibida la entrada a menores de 18 años. Su objetivo es evitar que el consumidor entre en contacto con los ambientes donde se consumen drogas duras.

Esta tolerante política holandesa va acompañada de otras medidas, como son: el suministro de agujas a los adictos; la implantación de programas de prevención; el funcionamiento de programas de estabilización de dependientes, que les permite si no terminar con el uso de drogas por lo menos no incrementarlo.

Todas las anteriores medidas han reducido la criminalidad que conlleva todo el medio de las drogas, y se ha reducido su consumo. Por ejemplo, se proporciona metadona (un opiáceo sintético), para sustituir a la heroína, y aun cuando también es adictiva, disminuye el uso de la droga, no es tan peligrosa para la salud como la heroína y existen pocas posibilidades de que el adicto muera de una sobredosis.

En 2002, el parlamento holandés se pronunció a favor de legalizar el uso de la marihuana y el hachís con fines medicinales. De esta forma, Holanda continúa adelante de los países liberales, en materia penal, al legalizar la eutanasia, la prostitución desde hace tiempo y, de esta forma, la marihuana y el hachís para usos curativos.

Esta tendencia puede verse en otros países europeos: Suiza, en el año 2000, legalizó el uso de drogas blandas; Gran Bretaña experimenta en pacientes con esclerosis múltiple, el uso de marihuana y en caso de que los experimentos sean un éxito, está dispuesta a legislar en la

materia; en Bélgica, a partir de 2001, fumar marihuana es legal; y aun Alemania y Francia dan señales de una regulación más flexible.

3. Toda vez que el principal atractivo y motivación para el narcotraficante es la ganancia económica, rompiendo ese esquema se deberá acabar el negocio. La droga es cara, porque cuesta mucho, dado su carácter clandestino, el producirla, transportarla y traficarla. Al despenalizarla quedaría sujeta a las leyes del mercado, como cualquier mercancía. Usualmente, el narcotraficante no lleva su conducta más allá de obtener una ganancia (aun cuando su propio actuar le pueda redituar otro tipo de beneficios, como relaciones sociales o económicas). Sin embargo, no tiene pretensiones de destruir al Estado, como lo tiene un delincuente político, aun cuando lo ataque y debilite, porque su pretensión no es esa, es resultado pero no la motivación esencial. Por eso se le debe atacar en el aspecto que realmente le afecta que es el económico.

Al abaratare la droga, los adictos destinarían menos recursos económicos a adquirir la droga, lo que los alejaría de las conductas ilícitas a las que recurren, en muchas ocasiones, para allegarse de medios, como el robo o la prostitución, y aun las lesiones o el homicidio. Algunos adictos se convierten, ellos mismos, en traficantes, para obtener dinero destinado a adquirir droga o reciben droga en pago. Por otro lado, las comunidades urbanas y rurales donde se desarrolla el narcotráfico y, en general, cualquier medio social que tenga relación con él, se ve envuelto en una espiral inflacionaria, que afecta la economía de regiones enteras. Expliquémonos: el narcotraficante tiene acceso a grandes recursos económicos, por lo que fácilmente puede satisfacer sus necesidades de cualquier clase, a través de la adquisición de bienes y servicios. Pero esa adquisición desmesurada provoca, en un juego de oferta y demanda, que suban los precios y que esos bienes y servicios queden fuera del alcance de muchas personas que no están dentro del narcotráfico. Al ofrecer mucho dinero por una cantidad limitada de satisfactores materiales, su precio aumenta; a mayor demanda, mayor precio. Este es otro motivo para que los jóvenes vean en el narcotráfico no sólo la única opción (en medios sociales con pocas posibilidades de progreso), sino la mejor, como medio de vida, toda vez que les dará el respaldo económico que, están convencidos, ninguna actividad lícita les puede dar. Al

despenalizar el narcotráfico todo lo anterior se evitaría de una manera radical.

4. El alcohol y el tabaco (a través de diversos elementos, pero principalmente de la nicotina) son adictivos y tienen las características de cualquier otra droga, con la única diferencia de que el uso está permitido. En gran parte de los delitos culposos y de los delitos violentos está presente el alcohol. Igualmente, el tabaco provoca miles de enfermos, llevando consigo una secuela de dolor y muerte, además de las enormes pérdidas económicas que implica el menoscabo físico de personas en plena edad productiva. Y a pesar de esto, el consumo del alcohol y del tabaco está permitido y, en ciertos ambientes sociales, hasta promovido y festejado. Pero así como se permite este uso, debe aplicarse el mismo criterio para las otras drogas. El adicto debe elegir qué sustancias ingiere, como el que consume alcohol o tabaco, y hacerse responsable de las consecuencias. Mientras su conducta no afecte a otros, y sólo permanezca en su ámbito personal, es de su exclusiva responsabilidad.

5. Hemos visto, a lo largo de la historia, como lo que constituye una sustancia prohibida cambia con el tiempo, según la sociedad de que se trate. Por ejemplo, en Europa, en el siglo XIX, estaba generalizado el uso del opio y sus derivados, sin que existiera ninguna represión penal; o entre los aztecas, la ebriedad ocasionada por el uso del pulque, era severamente castigada. Aún en el México de 1940 era común ver los camellones del Distrito Federal sembrados de amapola.

De esta forma, en materia de narcóticos cada vez más se reprime su producción, comercio y consumo. La tendencia es a incluir un número creciente de sustancias, como drogas prohibidas. Esto ha tenido como consecuencia que las actividades que antes no eran ilícitas, pasen al submundo de la droga, con la clandestinidad y peligro que acarrea. Los pueblos americanos, que utilizan ancestralmente determinadas plantas, por motivos religiosos o como medicina, ahora se ven reprimidos. El peyote, para las comunidades indígenas de México y del sur de Estados Unidos, ha sido siempre un vehículo de comunicación con los dioses; igual puede decirse de los hongos alucinógenos, para las etnias del sureste mexicano. Caso similar al de la

planta de la coca, en los pueblos de América del Sur, que siempre tuvo usos medicinales. La desmedida represión provocará que estas y otras tradiciones pasen al mundo de lo ilícito.

Por lo tanto, la despenalización debe volver las cosas al estado que tenían antes de este desmedido afán de incluir, en un número cada vez mayor, sustancias que antes eran legales (o que, por lo menos, estaban permitidas o toleradas), en el catálogo de las ilícitas y prohibidas. Si antes no eran ilegales, ahora no debe existir, de fondo, una razón para que estén fuera del mundo de la legalidad.

ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Luis Miguel CANO LÓPEZ
Graciela RODRÍGUEZ MANZO

SUMARIO: I. *Advertencias preliminares.* II. *Marco jurídico "iusfundamental".* III. *Distinguiendo derechos.* IV. *Restricciones posibles y responsabilidades legales.* V. *Debatiendo interpretaciones.*

I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

Para las personas que no pecan de ingenuidad, es sencillo percibir que nuestro país se encuentra en una etapa incipiente de su transición a la democracia. En esa situación, existen temas que cobran un interés preponderante y que mientras impera una realidad social de corte autoritario, no se desarrollan plenamente. Evidentemente, en un orden social en el que se carece de un Estado constitucional y democrático de derecho, existen afrentas a algunos derechos humanos que cobran gran interés. Así, la consolidación de la libertad de expresión tiene una estrecha relación con la apertura democrática, es más, resulta completamente aventurado defender que la democracia en cualquier lugar se alcanza con independencia del respeto debido a esa trascendental libertad. Una vez iniciado el camino, se supone que violaciones groseras a los derechos humanos van quedando en el olvido, sin que por ello sea conveniente asumir una actitud de total complacencia, puesto que los ataques a los derechos adquieren una sutileza que demanda un análisis de mayor profundidad y una defensa más comprometida.

En una etapa de esta naturaleza, un esfuerzo importante debe dedicarse a conciliar el ejercicio de los derechos humanos de cada persona con el goce de otras de esas prerrogativas por los demás miembros de la sociedad. El caso al que se enfocan las siguientes reflexiones consiste precisamente en la posibilidad de que aparezcan enfrentamientos entre las libertades de comunicación y otro derecho, concretamente, el derecho al honor. Obviamente los conflictos, aparentes o reales, a que se da lugar con el uso de las libertades de expresión y de información, no se agotan con este supuesto. La privacidad o intimidad, la propia imagen, así como el manejo informático de datos, motivan otros tantos escenarios en los que resulta útil ensayar ciertas delimitaciones, a fin de que ninguno de los extremos se argumente como pretexto para desvirtuar cualquiera de los derechos involucrados. Curiosamente, en un panorama como el descrito, el papel de las autoridades estatales requiere transformarse, si tradicionalmente los derechos humanos se han tenido que proteger de los ataques gubernamentales, una de las señales inequívocas que muestran a una sociedad que su régimen de gobierno va adquiriendo un talante democrático, se presenta al atenderse la exigencia de que sean los depositarios del poder público celosos garantes de esos mismos derechos. Nada más normal en un Estado constitucional de derecho.

Escribir de una cuestión tan apasionante y a la que se han dedicado incontables ensayos, requiere de una preparación con la que no cualquier persona cuenta, entre ellas, los que ahora lo intentan. Sin embargo, si se ha optado por poner a consideración las siguientes líneas, únicamente ha sido porque se piensa que algo se puede aportar. Independientemente de que son necesarias varias precisiones, las cuales irán apareciendo en el trayecto, tales como la distinción entre la libertad de expresión y el derecho a la información, o bien, la multiplicidad de acepciones que se han vinculado al término "honor", de una vez se puede adelantar que el ámbito desde el cual se ubica esta disertación es propiamente el del derecho de los derechos humanos, en sus vertientes constitucional e internacional. Como se expondrá, muchos elementos que conforman la frontera entre las libertades de comunicación y el derecho al honor se hallan en la órbita de las normas civiles y penales, pero en todo caso, lo que en este trabajo se plantea concerniente a esas materias, no busca alejarse de una discusión desde la óptica "iusfundamental".

Para cerrar esta breve secuencia de avisos al lector, prudente es comentar que no debe llevar a la confusión que en las fuentes consultadas, para las personas que decidan acudir a ellas, un número importante de los argumentos esgrimidos se susciten con base en el estudio de otros ordenamientos jurídicos. La pretensión de este escrito es analizar los encuentros y desencuentros entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información en nuestro sistema jurídico. Con ese objetivo en mente, se inicia con un recuento de las normas constitucionales, internacionales y legales que circunscriben el campo de discusión en este asunto. Asimismo, en distintos episodios acompañarán a las observaciones que se puedan realizar, los criterios jurisprudenciales que los órganos judiciales federales han pronunciado al respecto, así como ocasionalmente se acudirá a los pronunciamientos que sobre algunos de los puntos a dilucidar, se han presentado en organismos internacionales cuya interpretación debiera ser no sólo ilustrativa sino vinculante. Como sea, si se aprovechan contribuciones extrañas al derecho de este país, no sólo es por su propia valía y porque son de fácil aplicación en estas coordenadas, o porque el tema que se expone es universal, sino porque dan cuenta de decisiones actuales en instancias públicas que enriquecen este debate.

II. MARCO JURÍDICO "IUSFUNDAMENTAL"¹

Una excelente alternativa para los que se toman en serio el garantismo, es acudir a las fuentes constitucionales e internacionales como punto de partida para tratar un asunto en el que se involucran derechos humanos. Así, las libertades que en esta oportunidad interesan, se encuentran reconocidas en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del tenor siguiente:

¹ Aunque para ciertas personas puede parecer desacertado el abuso en la transcripción de los preceptos que se analizan en un ensayo académico, entre ellos los que esto escriben, se corre ese riesgo exclusivamente con la intención de que el lector posea un acceso sencillo a los textos que en este trabajo se interpretan, a fin de que inmediatamente tenga la posibilidad de elaborar sus propias conclusiones, para de esa manera confrontarlas con nuestras propuestas.

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

En lo concerniente a fuentes de origen internacional, partes integrantes de nuestro ordenamiento jurídico, las libertades de comunicación que se van a comentar, han quedado plasmadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante identificado como el Pacto o simplemente por sus siglas como PIDCP), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante identificada como la Convención o simplemente por sus siglas como CADH), en los preceptos que a continuación se reproducen con el mismo orden de los instrumentos internacionales recién mencionados:

Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar suje-

to a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En contraste, el derecho al honor no encuentra una mención expresa en nuestra norma jurídica fundacional, como sí lo hace en leyes fundamentales de otras latitudes, aunque esa circunstancia no impide que existan interpretaciones que supongan su incorporación innominada en los artículos 14 y 16 constitucionales. Las consecuencias resultantes de este hecho se pondrán a discusión más adelante.

De cualquier manera, no se podría afirmar con acierto que este derecho humano no está consagrado en el derecho mexicano, porque de él existen diversos reconocimientos en las fuentes internacionales aludidas previamente, en las disposiciones que ahora se transcriben respetando el orden ya utilizado:²

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

III. DISTINGUIENDO DERECHOS

Una lectura atenta de los preceptos listados alcanza para descubrir pequeñas diferencias entre los textos recordados. Sin embargo, antes de averiguar si esas mínimas divergencias poseen consecuencias prácticas, resulta conveniente intentar esclarecer los contenidos de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia y conocer las posibles distinciones existentes entre cada una de las libertades de

² Esto con independencia de las alusiones a la reputación que se señalan tanto en el inciso a) del tercer párrafo del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el inciso a) del segundo inciso del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

comunicación, así como entre los componentes del derecho al honor. En este sentido, a pesar de que permite ahorrar ciertos inconvenientes aseverar que la libertad de expresión engloba el derecho a pensar, a manifestar ideas, a opinar, a investigar, informar, difundir informaciones y ser informado, a una prensa libre, a escribir y publicar escritos impresos, o bien, a comunicarse por cualquier otro medio electo libremente, podría darse el caso que en aras de la simpleza se sacrifique la adecuación y certeza de las interpretaciones conducentes. Lo mismo puede ocurrir si no se reflexiona detenidamente sobre las posibles discrepancias entre la reputación, la honra y la dignidad, en otras palabras, si se les toma sin mayor cuestionamiento como sinónimos intercambiables del derecho al honor.

En el derecho no abundan los términos indiferentes. Así, al calificar las libertades de expresión e información como libertades de comunicación, una de las opciones que puede querer resaltar es el carácter social y el ejercicio colectivo que su goce implica. Ciertamente, como derechos humanos lo convencional es tratarlas como prerrogativas individuales, pero esta visión tradicional olvida que algunos derechos los requieren sus titulares para disfrutarlos en sociedad, pues ahí es donde alcanzan su pleno desarrollo. Los seres humanos tienen la posibilidad de expresar cualquier cosa para deleitarse únicamente a sí mismos, pero eso no niega que parte de la realización personal descansa en participar a los demás de las ideas propias, a fin de contrastarlas, perfeccionarlas, o bien, para que a través de ellas se logre convencer a sus destinatarios de cualquier asunto. Una segunda alternativa para preferir aquella asociación, es la utilidad que reporta al momento de diferenciar entre libertad de expresión y de información.³

En relación con esta última precisión, es común encontrar puntos de vista coincidentes en que la libertad de expresión y la de información son derechos independientes.⁴ La distinción básicamente se hace

³ NAVARRO DOLMESTCH, R., "Propuesta para una construcción 'jurídica' del honor como método de reducción de las hipótesis de conflicto con la libertad de comunicación (primera parte)", en *Ius et Praxis*, año 8, núm. 2, Talca, Chile, pp. 217-259.

⁴ Entre los autores consultados participan de esa postura SALVADOR, P., *¿Qué es difamación? Libelo contra la ley de libelo*, Madrid, Civitas, España, pp. 31-34; JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, Colex, 1992, pp. 50-54;

consistir en que el objeto de ese primer derecho son las ideas, opiniones y juicios de valor, todas difícilmente contrastables con parámetros de corrección uniformes, mientras que el centro de la segunda de esas prerrogativas lo constituyen los hechos, respecto de los cuales sí pueden comprobarse su veracidad o falsedad. Aceptar dicha separación indudablemente trae consecuencias al momento de resolver los posibles choques entre tales libertades y el derecho al honor. Sin adelantar posiciones en esta disputa, lo que se evidencia desde ahora es que al tenerse la oportunidad de confirmar la exactitud de los acontecimientos que se informan, siempre es viable negarle valor a la libertad de informar si su utilización se separa de la realidad, pues la persona que comunica hechos falsos es probable que con tal proceder demuestre un abuso en el ejercicio de este derecho. En cambio, como opiniones expresadas hay tantas como cristales desde los que se mire, por infundadas que puedan parecer a sus interlocutores, no conviene negar *a priori* el derecho a emitirlos, solamente fundándose en que no se comulga con sus contenidos.

En congruencia con la intención que persigue esta disertación, la consideración que ha quedado expuesta en el párrafo precedente deviene prioritaria. No obstante, alguno que otro comentario previo no está de más. En primer lugar, se habrá podido reparar que el artículo 13 de la CADH considera en su texto tanto a la libertad de expresión como a la de pensamiento. En ese tenor, conviene dejar asentado desde ahora la separación radical que es posible argumentar entre ambas libertades y que tiene una consecuencia básica para los hipotéticos enfrentamientos que pudieran actualizarse frente al derecho al honor. Así, una persona puede pensar cualquier cosa, incluyendo todo tipo de improperios en contra del honor de sus seme-

jantes, pero por medio del derecho no puede ni debe interferirse en lo que sucede al interior de la mente humana. Es claro que el pensamiento puede no comunicarse a nadie más y mientras ello se mantenga así, no existe una afrenta al honor o, por lo menos, nadie es capaz de saberlo con certeza y, por lo tanto, se estará a salvo de todo efecto jurídico. En cambio, la expresión implica invariablemente una exteriorización, por cualquier medio, que puede o no ser captada por otros individuos. De no ser percibida por alguien adicional al emisor, porque no se le escucha si es expresión oral, o bien, porque el escrito en el que se materializa la expresión se mantiene en secreto y nadie lo lee, difícilmente puede surgir algún efecto jurídico.⁵ En definitiva, sólo las expresiones que realmente llegan a comunicarse pueden colisionar con el honor.

Otro comentario que parece pertinente se relaciona precisamente con los medios a través de los cuales se ejercitan los derechos de expresión y de información. Al respecto, vienen a cuento brevísimas palabras sobre la libertad de prensa, así como en lo tocante al alcance de los artículos sexto y séptimo constitucionales, previamente mencionados. Por lo que hace al término "prensa", obviamente en nuestros días debe interpretársele abarcando todo medio de comunicación, sea periódico, radio, televisión o cualquier otro, enfocado a cualquier género, sea noticioso o de entretenimiento y, todavía más importante, no sólo dedicado a la transmisión de hechos, sino también a la generación y difusión de opiniones de toda índole. Con esto dicho, se excluye una interpretación que pretenda circunscribir los derechos en estudio, asociándolos exclusivamente con alguno de los campos enunciados. En cuanto a la redacción de los preceptos de nuestra Constitución, no resultaría adecuado el punto de vista que ciñera su protección tan sólo a medios escritos y a la libertad de imprenta, justamente porque la primera de las disposiciones invocadas garantiza la libre manifestación de ideas y el derecho

CARPIZO, J. y GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., 2000: "Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, México, p. 43; LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M. I., "Reflexiones en torno a la tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión-información. Acotaciones jurisprudenciales recientes", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XIII, núm. 3, septiembre de 2001, San Sebastián, pp. 526-534, y NAVARRO DOLMESTCH, *op. cit.*, p. 248. Algunos de los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han pronunciado sobre el tema en aportaciones académicas, pero ni en ellas ni en su actuación judicial, existen datos contundentes que permitan asegurar que comparten la referida distinción.

⁵ En el ámbito penal y relacionado concretamente con el delito de calumnia, se ha aseverado que si las acusaciones se encuentran en una carta, para que pueda consumarse dicho ilícito, resulta indispensable que alguna persona conozca el contenido de la misma. Es el caso de REYES VERA, R., "Naturaleza jurídica de los delitos de calumnia y falsedad en declaraciones judiciales", en *Lex*, tercera época, año I, núm. 1, julio de 1995, Torreón, Coahuila, p. 25.

a la información, sin especificar el instrumento por el cual puedan comunicarse. En ese tenor, como donde la ley no distingue, no es posible al intérprete distinguir, no hay fundamento alguno para disminuir la protección constitucional, sino que ésta debe ser extendida a todo medio que facilite el ejercicio de tales derechos.⁶

Una acotación adicional se vincula con la especificación de los titulares de los derechos de comunicación, no importando que sea expresión o información lo que se transmita, o bien, que se ejerciten conjuntamente esas libertades. A partir de esta apreciación se posibilita otorgar una especial importancia al goce de tales derechos. En principio, se podría distinguir entre emisores y receptores de las opiniones o los datos que se comunican, a fin de identificar como únicos titulares de estos derechos a las personas que se sitúan en la parte activa de la relación, es decir, los que formulan la expresión o información de que se trate, pero sin que esto signifique que las facilidades para comunicar cualquier tipo de mensaje sean prerrogativa exclusiva de los medios de comunicación, pues el carácter de derechos implica necesariamente que sus titulares sean todos los seres humanos. Sin embargo, los preceptos internacionales que reconocen estas libertades, con la excepción del artículo cuarto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expresamente consagran el derecho a recibir las comunicaciones que se difunden, circunstancia con la que es debido completar esa primera interpretación para concluir que estos derechos también contemplan como titulares a los individuos que se encuentran en el lado pasivo de la relación.⁷

⁶ Independientemente de que una salvaguarda integral de las libertades de comunicación se sustenta en los instrumentos internacionales aludidos, los cuales, en opinión de los autores de estas líneas, son parte integrante de nuestra Constitución y, por ello, comparten su jerarquía.

⁷ Este punto de vista se confirma al tener presente ciertas decisiones adoptadas en el ámbito continental, tales como la opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, o las sentencias recaídas a los casos *La última tentación de Cristo*, del 5 de febrero de 2001, e *Ivcher Bronstein vs Perú*, del 6 de febrero de 2001, todas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las referencias a estas resoluciones son fáciles de consultar en GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, pp. 970-971, 758-759 y 796-797, respectivamente. Como sea, bien podría añadirse que la dimensión social de la libertad de expresión, no

Asimismo, conviene resaltar que a fin de que se halle adecuadamente garantizado el ejercicio de las libertades de comunicación, es necesario el disfrute del derecho a investigar o buscar todo tipo de opiniones y datos, para que con posterioridad se esté en posibilidad de difundirlos. En este contexto, adquiere trascendencia otra distinción que tiene que ver con los objetos y sujetos que motivan las expresiones emitidas, o bien, respecto de los que se va a intentar obtener la información deseada, con independencia de que quede pendiente un comentario sobre los objetivos que esa divulgación de opiniones e información debiera perseguir. Así, es probable que no pueda defenderse idéntico trato para los derechos humanos que originan este estudio, si lo que se investiga se encamina a darle publicidad a opiniones o datos sobre actuaciones gubernamentales, en lugar de hacerlo en relación con personajes privados, así como tampoco resulta aconsejable el mismo proceder si lo que se busca se puede encontrar en archivos públicos, en lugares de acceso restringido o francamente en sitios vedados en su acceso a los demás. Dichas precisiones deberán ser valoradas en las oposiciones sujetas a análisis.

Un apunte final surge en relación con nuestro ordenamiento jurídico de origen interno, en el que el derecho a la información goza de especiales características. Consagrado mucho más tarde que la libre manifestación de ideas, aquel derecho se introduce en el artículo sexto constitucional en una época en la que es usual ubicar los primeros pasos de la aún inacabada transición democrática. Si bien no parece desacertado tenerlo como fundamento de las recientes disposiciones que posibilitan el acceso a la información pública gubernamental, así como la protección de datos personales, los alcances de esta prerrogativa no estarían del todo determinados, de ignorarse los pronunciamientos que con motivo de ella se han aventurado desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales muestran la visión peculiar que se tiene en estas coordenadas del significado que normalmente acompaña a este derecho.⁸ Así las cosas, se liga estrecha-

implica solamente un derecho colectivo de recepción, sino que tal derecho a conocer, también puede ser individualizado.

⁸ En particular, se hace referencia a la tesis P. LXXXIX/96, perteneciente a la novena época, aparecida en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, p. 513, bajo el rubro *Garantías individuales (derecho a la información)*. *Violación*

mente esta libertad con el respeto a la verdad, lo que deviene fundamental para propiciar una conciencia ciudadana más enterada, esencial para el progreso de la sociedad. Además, si originariamente tan sólo se le consideró como una garantía electoral, al ampliarse su contenido para vincularlo con el derecho a conocer la verdad, se ha obtenido como resultado una exigencia para las autoridades que les obliga a abstenerse de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, garantía individual solamente circunscrita por los intereses nacionales, los de la sociedad y por el tradicional principio de respeto a los derechos de los demás.

En síntesis, en nuestro país, la defensa del derecho a la información garantiza el conocimiento que los ciudadanos requieren para alcanzar una mejor participación democrática. Es por ello que no resulta inoportuno reiterar que si las autoridades públicas entregan a la sociedad una información alterada, fragmentaria, condicionada a intereses de grupos o individuos, que le vede a las personas la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales. En definitiva, el derecho a la información en conjunto con el derecho a conocer la verdad, requiere además de tales obligaciones negativas, igualmente la obligación para el gobierno de generar la información necesaria para evitar su insuficiencia. Como sea, cabe preguntarse si tales parámetros pueden aplicarse en los mismos términos en el momento en el que se ven involucrados solamente particulares.

Enunciado lo anterior, toca ahora el turno de esclarecer ciertos aspectos concernientes al derecho al honor, básicamente dos, los diversos sentidos que se pueden atribuir a esta expresión, así como, una vez consideradas cada una de sus posibles acepciones, dejar cons-

grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6o. también constitucional, así como a la tesis P. XLV/2000, también de la novena época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XI, abril de 2000, p. 72, cuyo rubro es Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6o. constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obligación del estado a informar verazmente.

tancia sobre el fundamento que debiera respaldar la consagración de aquel derecho. De entrada, es fácil captar que en los textos internacionales se hace una mención por separado respecto de la honra y la reputación, ante lo cual parece prudente iniciar por su adecuada distinción. La interrogante es si está permitido utilizar esas palabras como sinónimos de la voz "honor" o, por el contrario, si se está en presencia de sus componentes. Para no complicar excesivamente este asunto, es viable resumir que respecto del honor resulta ya clásica la separación de dos aspectos, uno subjetivo que se vincula con la percepción que sobre su propia valía tiene cada ser humano, y otro objetivo, en consonancia con las opiniones que los demás guardan de nuestra persona. Con el segundo se ha querido dar significado a la reputación, con el inicial, a la honra.⁹

Esta caracterización sirve de pretexto para unos breves comentarios. No se entiende atinada la calificación de objetivo a lo que en realidad evidencia sólo un ámbito externo del honor, aun aceptando para la denominación de su aspecto interno la cualidad de subjetivo. Aquel asunto resulta un poco más complicado, pues si a lo objetivo se intenta asociar un parámetro de veracidad, nadie mejor que cada individuo para juzgar sobre su real mérito, lo que en contraste es más difícil de encontrar en los puntos de vista que los seres humanos que nos rodean asignan a nuestra persona, pues ellos pueden conocer solamente apariencias y no comportamientos auténticos. Con esto no se quiere contradecir que las acciones representen la mejor evidencia para formarse una opinión de alguien, sino que es posible que varias de esas actuaciones permanezcan ocultas a los demás, por lo que nuestros semejantes bien podrían estar totalmente errados al momento de apreciar el honor que nos corresponde. Del otro lado, parece sólido que la confianza en el variable fuero interno no conlleva certeza, porque nadie aparte del involucrado en primera persona, se mantiene al tanto de todo cuanto ahí acontece. Como sea, ello tendrá importantes consecuencias para el tema sujeto a discusión.

⁹ Entre otros, para variar se puede consultar en este sentido a FAÚNDEZ LEDESMA, H., "La nueva frontera de la libertad: los derechos al honor y a la vida privada", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, año XLV, núm. 115, Caracas, Venezuela, 1999, pp. 51-52.

En esta situación, resulta apropiado recordar dos líneas de interpretación bastante sugerentes que se han propuesto para el honor, ciertamente en épocas cada vez más lejanas, en las tesis jurisprudenciales de los tribunales federales del país. En la primera de ellas se equipara al honor con la buena reputación adquirida por la virtud y la probidad, llegando al extremo de relacionarlo con la honestidad y el recato de la cónyuge, o bien, se tiene por tal a la buena opinión que los demás posean de alguna agrupación, inclusive asignando mayor importancia al honor de ésta que al de los individuos que la conforman, o finalmente, se toma como sinónimo del honor a la dignidad moral, en adición de la buena reputación.¹⁰ En la otra dirección, se acepta que la esencia del honor descansa en los actos propios de quien lo ostenta, siendo indiferente para ese fin la actuación de otras personas y sin que se valore la cercanía que pudieran tener con el titular de este derecho.¹¹

Asimismo, antes de emitir una opinión en relación con dichas interpretaciones, es de utilidad destacar tres tesis aisladas que en su

¹⁰ Ejemplos de las tesis aisladas que sustentan esta tendencia son *Honor, concepto de, en la legislación militar*, perteneciente a la octava época, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte, enero a junio de 1988, p. 326; *Honor militar. Delitos contra el*, de la séptima época, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aparecida en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. 86, segunda parte, p. 51; *Legítima defensa del honor*, también de la Primera Sala, perteneciente a la sexta época, publicada en el referido *Semanario*, t. CXXXIV, segunda parte, p. 46; *Legítima defensa del honor (Legislación de Chihuahua)*, nuevamente pronunciada por la Primera Sala, ahora en la quinta época, aparecida en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. CI, p. 1868, y *Legítima defensa del honor y uxoricidio (Interpretación del Código Penal)*, formulada por el mismo órgano judicial en igual época, pero publicada ésta en el t. XCVIII del aludido *Semanario*, p. 2039.

¹¹ Algunas de las tesis aisladas que dan cuerpo a esta segunda línea de interpretación, la cual contrasta patentemente con la tendencia recién descrita, y de paso ilustra evidentes incongruencias en la actuación de nuestros órganos judiciales, o si se quiere, algo que preocupa también enormemente, que con el transcurso del tiempo se mostró una regresión y no un progreso en los criterios adoptados, son *Defensa del honor y atenuación de la pena por infidelidad matrimonial. Diferencias*, perteneciente a la sexta época, dada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. CV, segunda parte, p. 49; *Legítima defensa del honor*, dictada igualmente por la Primera Sala, quinta época, aparecida en el mencionado *Semanario*, t. XC, p. 1336, y *Legítima defensa del honor*, del mismo cuerpo judicial y de igual época, pero hecha del conocimiento público en el t. LXIX, del *Semanario Judicial de la Federación*, p. 134.

momento incorporaron en la jurisprudencia nacional los diferentes sentidos del honor a los que se ha hecho referencia. En la primera, se adopta cabalmente la distinción entre el aspecto objetivo y subjetivo del honor, pero añadiendo precisiones fundamentales, pues no se pierde de vista que ese lado objetivo, que confunde el honor con la reputación o con el concepto exterior que merece la conducta de las personas, y que se dice acogida en ciertas legislaciones locales, puede estar basado en apariencias. En la siguiente, se resalta al honor como un conjunto en el que la reputación es sólo una parte, al mismo tiempo que se le asocia con elementos éticos. En tanto la última, invierte esa idea, viendo a la reputación como un concepto “contextualizado” de mayor extensión, para así otorgarle protección al honor frente a actos de terceros.

De nueva cuenta, tomando como pretexto la esperanza de que provoquen en el lector una reflexión propia, es aconsejable la transcripción de estos criterios aislados, bajo la advertencia de que al tercero se le ha mencionado previamente.¹²

Sexta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, Segunda Parte, p. 152.

LEGÍTIMA DEFENSA DEL HONOR (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y OAXACA). En el concepto del honor, tal y como lo emplea el legislador, tanto del Distrito Federal como del estado de Oaxaca, se contienen dos ideas distintas: a) desde el punto de vista subjetivo, el honor es un sentimiento de la propia dignidad moral, por la personal valoración que el sujeto hace de sus méritos y virtudes y, b) desde el punto de vista objetivo, es el honor la apreciación y estima que los demás tienen de una persona por su aparente cumplimiento de los deberes morales, sociales y legales. En este último concepto, que es el que preferentemente adopta el código del estado de Oaxaca, el honor se confunde con la reputación de las personas, o con el concepto exterior que merece su conducta.

¹² Es innegable que las tesis jurisprudenciales tomadas en cuenta hasta este punto, así como las que más adelante se referirán, poseen vínculos con materias y figuras jurídicas distintas de las que constituyen el objeto principal en este ensayo, pero esa no es razón suficiente para minimizar su aplicabilidad en la resolución del enfrentamiento de prerrogativas que a este trabajo concierne.

Quinta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. CI, p. 14.

LEGÍTIMA DEFENSA DEL HONOR. Si por honor debe entenderse la calidad moral que induce al cumplimiento del deber, la buena reputación que sigue a la virtud, y la honestidad en las acciones sociales y morales y *el concepto de él no sólo cubre la reputación*, sino todos los bienes jurídicos y morales que tienen relación con la idea social del honor: el nombre de los hijos, la integridad del hogar, el respeto de la mujer propia, el derecho al amor y a la estabilidad conyugal, ninguna de estas circunstancias concurren en favor del acusado que las alega, cuando él mismo afirma la ilicitud de sus relaciones con una mujer y el deshonor con que las alienta, por lo que su honor mancillado no puede ser alegado para configurar la excluyente relativo a las lesiones que causó a otra, por tener relaciones con la misma mujer.

Quinta época. Instancia: Primera Sala.

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXIX, p. 134.

LEGÍTIMA DEFENSA DEL HONOR. Entre los bienes jurídicamente protegidos por la ley sustantiva penal que rige en el Distrito Federal, está el honor de las personas y se le concede igual protección que a los bienes y a la vida misma; por eso, el ataque al honor se estima como causa de justificación que exime de responsabilidad al reo. El legislador, en los delitos que comprometen el honor de las personas, ha reunido de hecho dos conceptos distintos: el honor, entendido como el sentimiento de nuestra propia dignidad que induce al cumplimiento del deber, y la estimación que de esos méritos hacen los demás y que se encuentran en el diverso concepto de reputación. *El honor, dentro de su más estricta significación, no puede ser lesionado sino por actos propios; por eso, el legislador ha juzgado conveniente darle la más amplia significación de reputación o buena fama; pero no es posible establecer sobre este punto reglas generales, pues depende en buena parte de muy diversas circunstancias: criterio, ilustración, antecedentes familiares, medio ambiente, etcétera.* Por ello, el juzgador debe proceder con extrema cautela cuando deba decidir sobre lesiones causadas al honor de las personas, a fin de que el eximente de legítima defensa del honor, no se confunda con el crimen pasional, y no se concibe la existencia del *pun-donor*, herido que alega el homicida, cuando él mismo declara que le eran perfectamente conocidas las relaciones ilícitas de su esposa, que por otra parte, también eran del dominio público, según las informaciones de testigos, de modo que, en todo caso, faltará uno de los antecedentes necesarios de la legítima defensa, o sea, la actualidad de la agresión, ya que la última

confesión de la víctima, no constituye para su esposo una revelación inesperada, lo que hace pensar que se trata de un delito pasional, tanto más, si se tiene en cuenta la saña desplegada y el arrepentimiento posterior, que indujo al homicida a presentarse voluntariamente a las autoridades.

Con todos estos elementos reseñados, lo consecuente es dejar constancia de su influencia respecto de la delimitación del sentido que conviene asignarle al honor. En este orden de ideas, el primer paso consiste en recordar que esta búsqueda de significado se intenta para dotar de contenido a un derecho humano. Como tal, el honor necesariamente requiere construirse a partir de características propias del titular de esta prerrogativa, cualquiera que éste sea. Sin embargo, puede surgir una alternativa que distraiga de ese objetivo, o bien afirmando que únicamente las personas físicas poseen la aptitud de convertirse en titulares de este derecho, o ampliando ese reconocimiento a las personas jurídicas y a sujetos colectivos como la familia. Como sea, de aceptarse que el honor es un derecho personalísimo, resulta coherente negarles este derecho a titulares diferentes de los individuos.

Esta cuestión no es pacífica en el derecho contemporáneo, pero de cualquier forma no parece aventurado pronunciarse por su otorgamiento a las personas jurídicas, pues éstas, a pesar de su naturaleza, son en ocasiones equiparables con los seres humanos, en tanto que conservan intereses individuales. Más difícil es el asunto de los entes colectivos, porque en ellos suelen confundirse las necesidades de sus miembros con las del conjunto. Así, para el supuesto del derecho al honor, únicamente tomándolo en cuenta como reputación, dado que su aspecto subjetivo no es compatible con la esencia de las personas jurídicas, es indistinto que se trate de una empresa o una persona, pues ambas pueden sufrir ataques particulares en su fama.¹³ Por su parte, tratándose de entes colectivos, respecto de los que no es posible determinar con certeza si la afrenta es para sus integrantes, para el grupo o para ambos, en todo caso, no debe desatenderse que

¹³ Un autor aún no citado que se pronuncia en este sentido es GRANADOS PÉREZ, C. (1998): "Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 139-140.

se han presentado supuestos en los que se les ha reconocido este derecho en sus dos sentidos y en los que inclusive se acentúa la vertiente subjetiva del honor.¹⁴

En este contexto, hay que insistir en que lo realmente trascendente al tratar de enunciar lo que conforma la concepción del honor, es que sólo podrán incluirse como sus componentes constituyentes, aquellos que resulten de acciones propias del titular de ese derecho, motivo por el cual no es aconsejable aceptar como partes definitorias del honor, actuaciones provenientes de las demás personas. En ese entendido, inaceptable resulta que el honor de una persona se construya o descansa en la honestidad o el recato de su cónyuge, sus hijos o cualquiera que no sea esa misma persona. Situación diferente es la de quienes pueden lesionar el honor, así como si los daños al honor de terceros adquieren la calidad, por las estrechas relaciones que se mantienen con ellos, de daños a nuestro particular derecho al honor. Para solucionar lo primero, conviene reparar en lo que se expresa en la tercera de las tesis transcritas, la cual señala que el honor no puede ser lesionado sino por actos propios. Esta afirmación propicia confusión, porque si bien el honor se acrecienta o se disminuye por la propia conducta, uno no puede "autolesionarse" en su honor, sino dar pie a que se reduzca, cuestión distinta a que todo aquel que nos rodea pueda, con sus acciones, perjudicar nuestro honor.

Asentado esto, habrá que aceptar que las afrentas a personas ligadas al titular del derecho al honor pueden actualizar daños a éste sólo si previamente se opta por que esta prerrogativa pueda gozarse por sujetos de naturaleza colectiva, lo que sucederá siempre que se afirme que el ataque a un grupo puede trasladarse a cualquiera de sus miembros. Con independencia de proseguir en otra ocasión este interesante debate, existe un tema en el que la balanza se inclina por una defensa individualizada. Así, el derecho al honor no debe admitir que incidente alguno vinculado con los integrantes de la familia del titular, se vuelva determinante para afirmar la presencia de una

¹⁴ Quizá el más famoso es el caso "Friedman", reseñado por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., "Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 1, Lima, Perú, pp. 424-435.

ofensa a tal derecho. Lo anterior no significa que los agravios que puedan padecer familiares del titular, no sean traducibles en violaciones a algún otro derecho de ese mismo titular, por lo que de ninguna manera puede interpretarse lo argumentado como un impedimento generalizado para que por medio de otras instituciones jurídicas, como la salvaguarda debida a su familia, se contribuya en la defensa de los derechos de tales terceros.¹⁵ Sin importar que pueda calificarse como un ataque al honor, ello debe separarse del adecuado resguardo de la familia, la cual por cierto en la actualidad se halla en proceso de redefinición, porque esa defensa se consagra de forma autónoma en artículos como el 4 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 16 de la Declaración Universal, el 23 del Pacto, el VI de la Declaración Americana, o bien, el 17 de la Convención. En síntesis, de compartirse estas aseveraciones, necesariamente tendrá que negarse un concepto del honor que se construya con elementos distintos a las acciones propias de su titular, la garantía de este derecho se deberá diferenciar de la protección de la familia y será opinable afirmar la existencia del honor colectivo.

Pues bien, a fin de responder de una vez por el sentido que en este ensayo se le asigna al honor, es viable sostener que no se han encontrado argumentos que impidan considerar como sus componentes, las tradicionales vertientes subjetiva y objetiva, pudiendo denominar a la primera indistintamente honra u honor, y a la otra, reputación, fama o pundonor, siempre que el acento recaiga en que se trata de sus aspectos interno y externo, respectivamente. Sin embargo, este apunte dista bastante de agotar la cuestión. Falta explicar lo que un concepto contextualizado de honor supone, para de ahí abandonar las descripciones teóricas de lo que el honor implica y trasladarnos a la órbita de la fundamentación.

En cuanto a la contextualización del honor, no conviene compliarse demasiado, puesto que lo único que se intenta con ella es tomar conciencia que si en todos los enfrentamientos imaginables entre el

¹⁵ Así entendido, es sencillo aceptar que las afrentas a las personas amadas posibilitan la legítima defensa de su honor, siempre que no se pierda de vista que es su honor y no el propio el que se está protegiendo. Criterios jurisprudenciales nacionales que compartan este criterio se han dictado en abundancia, por lo que solamente se recomienda no ignorar lo dicho a la hora de consultarlos.

derecho al honor y las libertades de comunicación deberán ser valoradas las circunstancias en las que se presenten; previamente, la delimitación del significado del honor puede hacerse depender de accidentes tan variables como el criterio, la ilustración, los antecedentes familiares, el medio de desenvolvimiento social, entre otros datos, y que este ejercicio no es permisible realizarlo, si se razona que debe mantenerse coherente con el principio de igualdad y la prohibición de todo tipo de discriminación. De nueva cuenta, la tercera de las tesis jurisprudenciales transcritas evidencia que esta construcción teórica ha tenido vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Existe consenso en que no resulta admisible detenerse en el origen elitista que la idea del honor pudo haber disfrutado, toda vez que en la actualidad ese punto de vista no es compatible con el derecho a la igualdad que goza cualquier persona. Por lo que toca a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicha afirmación se encuentra fortalecida por la norma establecida en su artículo 12, en la que no se concibe la existencia de honores hereditarios en el territorio nacional. Sin embargo, más problemas se enfrentan al poner en práctica este principio de los que un repaso superficial pudiera suponer. De entrada, no es imposible pensar en sujetos que aleguen que la discriminación se actualiza precisamente si no se obedece el viejo adagio consistente en que la igualdad se predica de los iguales, mientras que a los desiguales es injusto tratarlos de idéntica manera, con la intención de corromper tal planteamiento para pretender fundar en él, otro que sostenga que ellos merecen un mejor cuidado de su honor que los demás, porque gozan de mayor prestigio. Entonces, sin dejar de lado que la reputación puede descansar en apariencias y que tristemente en nuestra sociedad esto no es la excepción, debido es salvar el principio de equidad que evita que la igualdad se convierta en uniformidad. Así, de equilibrarse con seriedad la prohibición de discriminación con el disfrute de la igualdad, el resultado es que nadie puede ser tratado diferente en ningún ámbito con motivo de una supuesta graduación de su honor, salvo en los temas estrictamente ligados con este derecho. A lo que enseguida hay que añadir que eso no significa que existan personas con una mejor protección de su honor, pues la garantía es igual para todos, sino que quizá poseen un mayor radio de cobertura. Si el honor se edifica a partir de

las acciones propias, puede haber diferencias, pero éstas no deben impedir una igual defensa.

Probablemente más adelante convenga ejemplificar lo que acaba de afirmarse, pero de momento es suficiente. Con lo cual, resta encarar una sola cuestión, la concerniente al fundamento del derecho al honor, tema que al mismo tiempo proporciona la oportunidad de argumentar en defensa de la concepción tradicional del honor que aquí se ha asumido.¹⁶ Los que escriben este trabajo han dado muestras en anteriores ocasiones de su adición al garantismo, así como a la idea de que la norma de clausura para el derecho, la constituye la universalidad de los derechos humanos, sin la cual, el derecho adquiere tal grado de incertidumbre que puede llegar a confundirse con el imperio de la fuerza. Para no entrometer ese debate con el presente, resulta recomendable confesar como asunto pacífico, que la dignidad humana funciona como cimiento del derecho al honor, sin olvidar que ese valor también sirve de base primera a cualesquiera otros derechos humanos.

En este escenario, el hecho de comprometerse con las nociones subjetiva y objetiva del honor, no implica que para fundamentar este derecho se prefieran elementos fácticos que no consideran las obligaciones que el respeto al principio de igualdad impone. Solamente quiere decir que para describir lo que el honor es en el ámbito estrictamente jurídico, conviene no acudir a nociones normativas, y viceversa, a fin de fundamentar adecuadamente esta prerrogativa, no sería lógico basarse en meros acontecimientos, sino que tal discusión sugiere transitar en las coordenadas propias del deber ser. En pocas palabras, requiere diferenciarse lo que el derecho entiende como fundamento del honor, en comparación con lo que el derecho admite como su contenido, a saber, la estimación personal y ajena de la valía individual, que no necesariamente demanda estructurarse sobre apariencias, sino que por el contrario, mejor será en la medida en que

¹⁶ Todas las consideraciones que se han puesto a discusión sobre el honor, sirven justamente para intentar sobreponerse a las críticas que acompañan a una "concepción fáctica", como la adoptada en este ensayo. Tales cuestionamientos están apuntados, como la mayoría de los asuntos aquí tratados, en una de las más sugerentes fuentes que se han consultado para la elaboración de estas líneas, el citado estudio de NAVARRO DOLMESTCH, R., (2002), del que se recomienda su lectura.

se alimente de comportamientos auténticos y consecuentes, aunque difícilmente globales. A partir de ahí, lo que sigue es acreditar la aplicación práctica que ello involucra.

IV. RESTRICCIONES POSIBLES Y RESPONSABILIDADES LEGALES

La exposición de cada una de las pasadas distinciones persigue el objetivo de delimitar adecuadamente el campo de definición tanto del derecho al honor como de las libertades de comunicación. Sólo si están correctamente deslindados estos derechos, se tiene la capacidad de observar sus posibles oposiciones. La idea es muy sencilla, primero es necesario establecer el perímetro de un derecho, para después corroborar si en sus relaciones con otras prerrogativas existe un enfrentamiento efectivo, toda vez que una conducta impropia de una libertad no puede ser admitida en su ámbito de aplicación. Ante esta circunstancia, lo que se tendría es una acción extraña al derecho en cuestión, que si interfiriera con el disfrute de otra libertad, no podría quedar protegida, sino que estaría vedada.

No obstante, conductas que perfectamente pueden ceñirse al contorno conceptual de un derecho cualquiera, es decir, que implican que su calificación es impecable, pueden tampoco encontrar aprobación en el derecho y, por lo tanto, no estar permitidas. La diferencia estriba en que en estos supuestos, las restricciones que se han introducido se dan para ajustar el disfrute de esa misma prerrogativa, a fin de evitar abusos. Una delimitación externa como esta es bastante común y el caso de las libertades de comunicación no es la excepción. Es por ello que la siguiente etapa en la presente investigación requiere del repaso de las reservas que se han incorporado en las disposiciones que consagran la libertad de expresión y la de información, para así confirmar que su utilización sea la idónea, sin ignorar que la interpretación en esta materia debe ser restrictiva en cuanto a las limitaciones y siempre *pro libertatis*, a fin de no desvirtuar su esencia.

Previamente, para no dejar pendiente alguno, importa esclarecer ciertas mínimas divergencias que las disposiciones que establecen estos derechos conservan entre sí. A estas alturas, no tendría porque existir ninguna dificultad para entender que la libre manifestación de ideas plasmada en el artículo sexto constitucional es asimilable a la

libertad de expresión, así como que en nuestro ordenamiento fundacional no existe problema para considerar al derecho a la información como una prerrogativa independiente de la anterior. Asimismo, ahora que se van a debatir las limitaciones de estos derechos, puede llamar la atención que en el PIDCP se instituya de forma absoluta que nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones, pero con ello en realidad no se prohíben las restricciones a la libertad de expresión, pues este mandato únicamente se aplica cuando esos puntos de vista todavía no son transmitidos a otras personas.¹⁷ Como sea, así concebida, tal norma puede fundirse con la relativa a la libertad de pensamiento, no obstante lo cual, en el Pacto, esta segunda prerrogativa se regula en compañía de las libertades de conciencia y religión, a diferencia de la CADH que reconoce la libertad de pensamiento y de expresión conjuntamente, lo que de todos modos no impide concluir que esa ilimitada capacidad para opinar lo que sea, efectivamente se corresponde con la libertad de pensamiento, pero en ámbitos no religiosos.

Ahora bien, por lo que hace a las limitaciones, en los preceptos constitucionales es patente el recurso a los derechos de tercero, el orden público, el combate a la delincuencia, la moral, la vida privada y la paz pública, como términos que revelan las restricciones a la libertad de expresión y de imprenta, pero de igual modo, en apariencia el derecho a la información no tiene condicionamiento alguno. Visto lo cual, bien podría argüirse que ninguna de esas salvedades resulta intercambiable entre tales derechos. En ese orden de ideas, todavía sería posible interpretar que la privacidad es un derecho de los demás, así como que la paz pública forma parte del orden público, a fin de definir la frontera en la que se ejerce libremente la expresión, pero nada más se podría añadir como restricción de una imprenta libre o del derecho a la información. Tal proceder conviene sujetarlo a mayor análisis.

¹⁷ En la interpretación de los preceptos pertenecientes a este tratado internacional, será de gran utilidad JOSEPH, S., SCHULTZ, J. y CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, materials and commentary*, Oxford University Press, 2000, pp. 348-424. Como sea, en esta ocasión el apoyo a la afirmación en el texto se puede leer al inicio de la p. 387.

En principio, de lo acordado con anterioridad resulta que la imprenta es uno de tantos instrumentos a través de los cuales se pueden poner en práctica las libertades de comunicación. Siendo así, no es lógico que la expresión impresa encuentre menores trabas que la transmitida por otros mecanismos, o bien, que el derecho a la información, aparentemente absoluto en el texto constitucional, si decide ejercerse por medio de publicaciones impresas, herede las limitantes que se especifican en el artículo séptimo de nuestra ley fundamental. Así las cosas, a pesar de que las excepciones de un derecho requieren ser interpretadas de modo restrictivo, tal regla no puede hacer de lado otro de los principios de la argumentación jurídica como es la interpretación sistemática del derecho. A todo ello, habrá que sumar los preceptos contenidos en las fuentes internacionales, ámbito en el que también es necesaria una visión de conjunto para obtener un examen adecuado de la materia. Sin embargo, en lo tocante a las limitaciones de origen externo, es bien conocido que los instrumentos internacionales no permiten su aplicación en detrimento de los derechos que consagran si en distintas fuentes del sistema jurídico se les da un tratamiento más completo, pues en definitiva, lo que en el derecho de los derechos humanos impera es el principio *pro homine*.

Es así que puede establecerse una presunción en favor de que las limitaciones de las libertades de comunicación, reconocidas en el ordenamiento nacional tanto en textos de origen interno como externo, se estudien por ahora como un conjunto coherente, así como que sólo ocasionalmente, si la diversa naturaleza de los derechos o de las reservas en juego lo permiten, o bien, si los elementos del caso concreto lo ameritan, sea factible concluir que algunas restricciones son exclusivas de uno de esos derechos o de alguna de las fuentes jurídicas mencionadas.

Con esa información en mente, no sobra permitirse un paréntesis a fin de recordar un par de supuestos peculiares, pues en el primero de ellos el uso de la libertad de expresión adquiere tintes absolutos, mientras que en el otro, es su limitante la que resulta insalvable. Pues bien, quizá no sorprenda a nadie descubrir que en este país los sujetos que disfrutan del mayor grado de libertad para expresarse son los legisladores federales, tal como estipula el artículo 61 constitucional, que los hace inviolables por las opiniones manifestadas en el desempeño de sus cargos. En contrapartida, cuestión de verda-

dero relieve, e históricamente determinada, es la regulada en el artículo 20 del PIDCP y en el inciso 5 del artículo 13 de la CADH. En ellos se reiteran sendas disposiciones que proscriben terminantemente de lo jurídicamente permitido, so pretexto de ejercitar la libertad de expresión, cualquier propaganda que incite a la guerra o que justifique la discriminación, la amenaza o la violencia, en términos generales la intolerancia, con un especial énfasis en el destierro de cualquier discurso, de motivos nacionalistas, racistas o de fanatismo religioso.¹⁸ La incorporación al ordenamiento jurídico de restricciones como las enunciadas, es obligatoria llevarla a cabo por medio de una ley, con lo que de paso se hace una encomienda a los legisladores que deben cumplir sin excusas.

Entonces, por lo que hace al asunto de las limitantes contempladas en los instrumentos internacionales, lo primero que salta a la vista es que tanto en el artículo 19 del Pacto como en el artículo 13 de la Convención, se trata de manera conjunta a las libertades de expresión y de información, estableciendo para ambas una serie de restricciones encaminadas a lograr el resguardo de los derechos de los demás, con una específica mención a la reputación, así como de la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral públicas. Sin embargo, sería inexcusable pasar por alto que la inscripción de estas reservas en un ordenamiento jurídico precisa cumplir con dos requisitos, sin los cuales no sería posible llevar a cabo limitación alguna de estos derechos, a saber, uno de carácter procedimental como es su incorporación exclusivamente mediante leyes, material y formalmente hablando, y otro de tipo sustantivo como es el examen de necesidad de la medida, prueba a través de la cual se introduce en este tema el juicio de ponderación.

Enunciados los condicionamientos a las libertades de comunicación tanto en sede interna como externa, resulta prudente realizar ciertos comentarios generales al respecto. Así, se puede iniciar intentado dilucidar lo que conceptos jurídicamente indeterminados como seguridad nacional, moral, orden, paz o salud públicas, significan, con el objetivo de identificar un sentido adecuado para dichos

¹⁸ Un poco más ambiciosa en cuanto a los supuestos que contempla es la norma continental.

términos, que evite un uso contradictorio al efectivo disfrute de los derechos humanos y un abuso contrario a la certeza jurídica, pretextando la amplitud de sus contenidos. En esta empresa, de nuevo adquiere gran utilidad acudir a resoluciones de órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁹

En particular, su opinión consultiva OC-5/85 sobre "*La colegiación obligatoria de periodistas*", en la que se pronuncia sobre la interpretación adecuada de nociones como orden público y bien común, institución esta última que se discute por ser, en el ámbito de la CADH, una limitante adicional plasmada en su artículo 32, cuya aplicación de todos modos debe evaluarse cuidadosamente, porque en materia de listados de reservas la interpretación tiene que ser taxativa. En ese contexto, la Corte Interamericana acepta como una definición permisible del orden público la que lo configura como "*las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios*", y por lo que hace al bien común, "*las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos*". En realidad, no se avanzaría mucho con dichas acepciones, si no fuera porque se orienta firmemente su interpretación de la mano de tres principios torales, su utilización *pro libertatis* y *pro homine*; que coherentemente no es posible, respecto de cualquier libertad y no sólo las de este caso, "*invocar una restricción... como un medio para garantizarla*", y su contextualización en una democracia.

Esta mención relativa a que la interpretación de las disposiciones convencionales que plantean limitantes a los derechos humanos, debe efectuarse con la mira puesta en que su aplicación se requiere hacer compatible con las exigencias imperantes en un régimen democrático, como al que se pretende arribar algún día en este país, es halla-

¹⁹ Momentáneamente queda postergado un apunte referente al alcance que este organismo continental le da a la figura de las restricciones, porque hace falta concluir este tema de las limitantes a las limitantes, a fin de ver cómo influye la prohibición de censura previa y el establecimiento de responsabilidades ulteriores como mecanismo idóneo para evitar abusos en el ejercicio de las libertades de comunicación, en la definición plausible de aquel término.

da por la Corte Interamericana en varios de los artículos de la CADH, incluyendo su preámbulo, e incluso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por medio de un reenvío permitido por el propio artículo 29 de la Convención, que dicho sea de paso, es el precepto en el que se consagran las normas de interpretación *pro homine* y *pro libertatis*, entendida aquí esta última como principio que inclina la argumentación hacia una igualdad liberal, en vez de una igualdad intervencionista.

Como sea, este recurso a los valores democráticos en el caso específico de las libertades de comunicación se ha exaltado en grado superlativo, pues no pocas veces se ha observado en el disfrute de esos derechos un signo inequívoco y una garantía excelente de la instauración y conservación de una democracia.²⁰ En concreto, en el asunto que motivó el pronunciamiento de la opinión consultiva OC-5/85, estas libertades, interpretadas precisamente en aras de la democracia, hacen girar el significado del orden público y el bien común en dirección del pluralismo que permite una franca confrontación de toda información y opinión posibles, sin que dichos conceptos puedan invocarse para limitar tal diversidad, pues al contrario, sirven como vías para exigir su más completo goce. Con ello, quizá lo más interesante de este precedente es que invita a concluir, de modo por demás optimista, que no debiera presentarse ningún impedimento para dispensar idéntico trato a las otras nociones aludidas.

Sin embargo, al empeñarse en el repaso de otras fuentes internacionales, como el PIDCP, se descubre que esa postura no ha resultado incontrovertible, por lo que no es aconsejable para los defensores de derechos humanos bajar la guardia.²¹ Ciertamente, los que a continuación se nombran pueden calificarse de supuestos aislados y ale-

²⁰ De hecho, se está en presencia de una retroalimentación entre esos derechos y la democracia misma, tal como se confirma recordando lo resuelto en la órbita americana en los casos *La última tentación de Cristo* e *Ivcher Bronstein vs Perú*, resaltando todos los reenvíos que en ellos se dan a los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos (García Ramírez, *op. cit.*, pp. 759, 797 y 798).

²¹ Definiciones de estos conceptos indeterminados, ejemplos de las reservas que encuadran en ellos, y sobre todo, la acotación de que cada una de las cláusulas restrictivas del Pacto deben ser interpretadas de igual forma respecto de todos los derechos que reconoce, se exponen en la obra de JOSEPH, SCHULTZ y CASTAN, *op. cit.*, pp. 391-424, con especial énfasis en pp. 392, 396, 399, 400 y 407.

gados en el tiempo, pero no está por demás considerarlos, a fin de tener la posibilidad de criticarlos. Se trata de los casos "*Hertzberg et al. vs Finlandia (61/79)*" y "*Delgado Páez vs Colombia (195/85)*", decididos por el Comité de Derechos Humanos, que es el organismo competente para pronunciarse sobre denuncias relativas a posibles violaciones a los derechos reconocidos en el Pacto, comunicadas tanto por los estados parte de ese tratado, como por los individuos sujetos a su jurisdicción, esto último en virtud de su Protocolo Facultativo.²²

Ambos casos demuestran que las restricciones a las libertades de comunicación basadas en el concepto de moral pública han encontrado en el pasado una acogida preocupante en el sistema universal de protección de los derechos humanos. En ellos se comparte el punto de vista que sitúa a la moral como un criterio relativo, toda vez que puede variar dependiendo del país de que se trate. No obstante, el proceso seguido en "*Hertzberg et al. vs Finlandia (61/79)*" incluye determinaciones todavía más alarmantes, pues la ausencia de un estándar global sobre lo que la moral significa es tomada por el Comité como un motivo para permitir un margen de discreción en las acciones estatales a la hora de definir sus alcances (Joseph, Schultz y Castan: 2000, 392-396).²³ Es este ulterior razonamiento el que no encuentra fundamento en una sociedad democrática, preocupada como mínimo por el pluralismo y la tolerancia, ya no se diga por una verdadera "igualdad en derechos humanos". Que la moral no tenga un sentido homogéneo es acorde con los valores democráticos, pero no lo es que la única instancia capaz de concretarla sea la gubernamental. Al contrario, si la moral depende del contexto y si la mayoría

²² Instrumento al que los Estados Unidos Mexicanos se adhirieron el 15 de marzo de 2002.

²³ No debe dejar de mencionarse el peligro que para la apropiada protección de los derechos humanos conlleva la adopción del principio del margen de discreción o margen de apreciación, el cual básicamente consiste en la presunción de que los actos estatales se mantienen respetuosos de sus compromisos internacionales en esta materia, al concedérseles el beneficio de la duda en lo tocante a que son las instancias nacionales las mejor ubicadas para juzgar si sus prácticas violan o no derechos humanos. Este criterio, de procedencia europea, afortunadamente se ha aislado del ámbito continental e inclusive de la interpretación del PIDCP, pues se asevera que el caso "*Hertzberg et al. vs Finlandia (61/79)*" es el único en el que el Comité le ha dado entrada, y que este desliz se ha corregido en actuaciones más recientes (JOSEPH, SCHULTZ y CASTAN, *op. cit.*, p. 394).

no puede imponer su postura dominante, es a las autoridades a las que compete asegurar un espacio para que concurren, se comparen y se debatan las diferentes visiones morales sobre cualquier tema, por respeto a la libre expresión e información y al libre desarrollo de la personalidad.

Sin cambiar de fuente internacional, puede avanzarse un segundo comentario general relativo al tema de las restricciones, al observar que en la interpretación de las reservas a los derechos de comunicación introducidas en el artículo 19 del PIDCP, el Comité ha establecido pautas para ilustrar lo que el mandato de necesidad demanda de tales limitaciones, negando su aplicación si cualquiera de esas medidas de condicionamiento no triunfa en un juicio de ponderación. Independientemente de esta actuación del Comité, es claro que en el precepto referido se da entrada a esta prueba, pues las restricciones que establece sólo pueden actualizarse si resultan imprescindibles para amparar alguno de los conceptos indeterminados que se han intentado definir o los derechos de terceros, siendo justamente el estudio del término "necesarias", el elemento que propicia la ponderación. Sobre este examen de razonabilidad que pretende desterrar la arbitrariedad en el derecho, puede señalarse que con él se busca que en una situación donde colisionan dos principios, se dé la máxima realización posible de ambos, lo que en el caso particular de las libertades de comunicación, implicaría determinar el grado en que las limitaciones que les son impuestas pueden seguirse sin afectar el contenido esencial de esas libertades.

No es propósito de este ensayo dejar constancia del provecho que en la interpretación jurídica posee el juicio de ponderación, sino simplemente aplicarlo en los enfrentamientos que pudieran aparecer entre los derechos comentados.²⁴ En ese entendido, lo primero a tomar en cuenta es que con la introducción de restricciones a las libertades de

²⁴ De hecho, se tiene como uno de tantos pendientes un trabajo específico sobre interpretación y argumentación en el derecho. Mientras tanto, para tener conocimientos mínimos sobre el asunto y contrastarlos con la utilización que en esta exposición se les concede, basta con acudir a un par de libros que contienen enseñanzas fundamentales sobre la materia, uno clásico y otro reciente, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 47-172 y 503-554, y PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, pp. 175-216.

comunicación se ha querido poner a salvo de su ejercicio abusivo otras instituciones, como la seguridad nacional, el orden, la moral y la salud públicas, o bien, diferentes prerrogativas, como los derechos a la intimidad o privacidad, a la propia imagen y al honor, razón por la que siempre que las reservas impuestas se mantengan para asegurar estos otros fines legítimos, no será posible desconocerlas *a priori*. Pero eso no es todo, para que una limitante a los derechos de expresión o a la información sea jurídicamente viable, es requisito que la medida que la consagra sea idónea para proteger la figura o derecho que intenta defender, pues si no resulta adecuada para esa protección, no se justifica un impedimento en el goce de las libertades de comunicación. Asimismo, la pauta de necesidad en sentido estricto, demanda que la providencia por la cual se condiciona a alguna de estas libertades sea la menos gravosa posible, toda vez que si existe otra manera por la que se estorbe en mínimo grado el disfrute de los derechos de comunicación, no sería aceptable adoptar una prevención más restrictiva. Finalmente, el juicio de proporcionalidad obliga a decidir el caso concreto siguiendo una sencilla regla, a saber, que entre más se afecte a uno de los principios en conflicto, en igual proporción, mayor tendrá que ser la protección lograda al valor que se le contraponga. Con esto, debiera ser evidente que una conclusión obtenida de antemano no es posible, sino que en cada supuesto particular tendrán que hacerse las evaluaciones pertinentes.²⁵

Varios asuntos resueltos por el Comité ejemplifican la adopción del juicio de ponderación a partir del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, pero para efectos de esta investigación, quizá sean los más sobresalientes, el caso "*Gauthier vs Canadá (633/95)*", por el cual queda ratificado que las evaluaciones que conlleva ese método no son competencia exclusiva de las autoridades estatales, sino que pue-

²⁵ No obstante, esta aseveración no debe asumirse como un reconocimiento de que por medio del examen de ponderación lo único que se constata es la indeterminación en el derecho, así como que con ella se solapa un activismo judicial fuera de control, porque de ningún modo puede usarse como pretexto para que los fallos judiciales no se motiven y no sean transparentes en la argumentación a la que recurren para arribar a sus soluciones finales. Además, como bien se ha advertido, cada solución obtenida por el método de ponderación requiere contar, para no ser arbitraria, con una pretensión de estabilidad y de generalización (PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 194).

den ser revisadas en sede internacional; el caso "*Kim vs República de Corea (574/94)*", en el que en contraste con una opinión disidente, la mayoría se pronuncia a favor de que la carga de la prueba sobre la justificación de una limitante recaiga en los gobiernos, y el caso "*Faurisson vs Francia (550/93)*", que ilustra sobre derechos de un colectivo.

Por su parte, la Corte Interamericana también fijó su posición respecto de los patrones a seguir en el análisis del criterio de necesidad de las restricciones a las libertades de comunicación, en la opinión consultiva OC-5/85. En esa relevante decisión puso de manifiesto que este requisito de fondo, previo a la "validez" en cualquier ordenamiento jurídico de alguna de esas condicionantes, también debe interpretarse a la luz de los valores democráticos. En consecuencia, nunca podrán ser límites necesarios los que no comulguen con un régimen democrático. En compañía de este argumento fundamental, retomando las reflexiones de su par europea, el máximo tribunal continental de derechos humanos señaló lo siguiente:

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna"... Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

Aunque en desorden, todos los elementos con los que la doctrina ha configurado el método de ponderación se encuentran presentes en

esta no tan reciente resolución de la Corte Interamericana. En los segmentos que anteriormente se han resaltado, se puede ver en la demanda de satisfacción de un interés público imperativo, el fin legítimo al que toda restricción válida requiere orientarse; en el ajuste al logro de ese objetivo legítimo, el mandato de adecuación o de idoneidad; en los llamados a escoger la opción menos restrictiva o la alternativa que limite solamente lo estrictamente ineludible a las libertades de comunicación, el criterio de necesidad, y en las alusiones a que las limitantes deben ser proporcionadas y preponderadas, la pauta que abre las puertas al juicio de proporcionalidad.

Confirmada la presencia de esta exigencia sustancial en la órbita americana, el tercer comentario general en la cuestión de las restricciones debe ocuparse del otro requisito, el de carácter formal, por el cual se obliga a que el reconocimiento de reservas a los derechos de expresión y a la información exclusivamente pueda introducirse en un ordenamiento jurídico por medio de una ley. Es así que la definición del término "ley" deviene fundamental, toda vez que una interpretación laxa en este punto permitiría que las limitaciones a dichas libertades sean posibles de establecerse en fuentes del derecho diversas de las leyes, como pueden ser reglamentos ejecutivos o resoluciones de órganos con facultades jurisdiccionales.

Por razones que no tardan en revelarse, en la opinión consultiva OC-5/85 se aclara abiertamente que, tratándose de las restricciones plasmadas en el inciso 2 del artículo 13 de la Convención, su *"definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa"*. Con esta determinación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos difícilmente está en posibilidad de admitir que las limitantes a las libertades de comunicación puedan regularse por medios diferentes a las leyes en sentido estricto, toda vez que adelanta un paso al exigir de estas fuentes normativas, que al momento de formular las reservas de aquellas prerrogativas, el listado que las establezca no permita el acceso de alguna restricción tácita, sino que por el contrario, las enuncie exhaustivamente.

Independientemente de este avance, es la opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, la que se encarga de esclarecer toda duda sobre el alcance que la palabra leyes posee dentro del vocabulario de la CADH, por lo menos, en lo concerniente al asunto de las limitaciones de los derechos en ella reconocidos, pues es en esa re-

solución de la Corte Interamericana que se interpreta el artículo 30 de dicho tratado, en el cual se incluye una cláusula adicional precisamente respecto de las restricciones de derechos permitidas convencionalmente. Lo primero que se destaca es la distancia existente entre la supresión de un derecho, desconocimiento permanente que se halla tajantemente prohibido, la suspensión de algunas prerrogativas, únicamente tolerada en circunstancias excepcionales, y las restricciones a las libertades, consentidas sólo bajo ciertos parámetros, uno, que las limitantes sean expresamente autorizadas en la Convención; dos, que su otorgamiento se haga en los precisos términos de sus disposiciones; tres, que sean acordes a razones de interés general; cuatro, que sólo persigan la finalidad legítima que las ha motivado, y cinco, que se apliquen de conformidad con las leyes que previamente las dispongan.

Asimismo, importa mencionar que en virtud de esta opinión consultiva OC-6/86, se ha dispuesto que la noción estudiada no tiene porque mantener idéntico significado cada vez que a ella se acude en la CADH, pero sin que esto implique que pueda disputarse que carece de coherencia en lo relativo a las restricciones, pues en este ámbito no es posible admitir una interpretación cambiante de tal expresión. Otro señalamiento básico es que la cláusula del referido artículo 30 no sirve de pretexto para argumentar que a las limitantes aprobadas convencionalmente para ciertos derechos en particular, puedan sumarse nuevas condicionantes fundadas en esa disposición. De igual forma, es de notarse que la Corte Interamericana ha indicado que por hallarse este vocablo en un instrumento internacional, su atribución de sentido no puede confiarse por completo a las sedes nacionales, pero sin que ello involucre una renuncia para que este término considere el contexto imperante en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los estados parte de la Convención, aunque sobre todo, esta contextualización no debe ignorar que una adecuada interpretación requiere compaginarse con el propósito último de este tratado, que no es otro que la defensa de los derechos humanos.

Es esta apuesta garantista la que en definitiva debe dirigir la adopción de un significado para las leyes en el espacio interamericano y así lo entiende la Corte. Quizá con un vocabulario y un enfoque parcialmente diversos, lo que es posible sostener a partir de esta decisión es que las restricciones a los derechos humanos requieren ceñir-

se al respeto irrestricto de los principios de legalidad y de reserva de ley, no únicamente comprendidos en su aspecto formal, sino vinculados con criterios de legitimidad, que involucran la "competencia de origen" de las autoridades facultadas para emitir las leyes, pero también, orientados por pautas de validez sustancial, la cual, para el tiempo en que se dicta esta resolución, se hace consistir en que las leyes se adopten en aras del bien común.²⁶ Acoger en serio dichos principios, implica formalmente el cumplimiento de los procedimientos y el respeto de las competencias regulados constitucionalmente, mientras que en el terreno de la legitimidad, la situación adquiere tonos más ambiciosos, pues demanda el establecimiento de un régimen verdaderamente democrático, en el que el voto popular sea apenas la base para un gobierno participativo, deliberativo y pluralista, y que por último, necesita como cierre del sistema, la separación entre vigencia y validez, distinción en la que descansa la garantía del goce de todos los derechos humanos, por todas las personas, en cualquier lugar del orbe.

En síntesis, las restricciones convencionales a los derechos humanos, entre ellos las libertades de comunicación, sólo pueden instalarse de modo apropiado en un ordenamiento jurídico por medio de leyes en sentido estricto provenientes de los órganos legislativos y acordes con las normas constitucionales, destacadamente las que consagran esos derechos e instauran una democracia, por lo que debe interpretarse el mandato del artículo 30 de la CADH no como la forma de establecer un instrumento más para limitar cualquier prerrogativa, sino como un requisito adicional, sin el cual, ninguna reserva puede ser jurídicamente aceptable.²⁷ Con lo anterior reseñado,

²⁶ Claramente, esa referencia a la validez se importa a este ensayo de un escenario posterior en el que resulta innegable la influencia del pensamiento de Ferrajoli, pero si se repara en la definición que en la opinión consultiva OC-6/86 se adelanta del bien común, como "elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad", (García Ramírez, *op. cit.*, p. 995) es viable apreciar su cercanía con la igualdad en derechos humanos, que además de ser parámetro sustantivo para evaluar a las leyes, es la razón de ser del Estado constitucional y democrático de derecho en la teoría garantista.

²⁷ Recordado todo esto, casi sería mejor olvidar que la Corte Interamericana añade en su opinión consultiva OC-6/86 una mención al asunto de las delegaciones legislativas,

faltaría debatir si las reflexiones generales que se han aventurado pueden trasladarse sin mayor obstáculo a nuestro derecho de origen interno, a fin de ser aplicadas por las autoridades nacionales. Siendo obvio que esta actuación no permite ignorar que ninguna limitante de fuente externa obliga en un sistema más benigno, lo que trasciende es averiguar si las ventajas ganadas resultan vinculantes en el país.

Previo a este análisis del derecho doméstico, todavía vale la pena detenerse en dos apuntes sobre el tema de las limitaciones a las libertades de expresión y de información en el ámbito internacional. El primero atañe a la prohibición de las restricciones indirectas, de la que puede encontrarse un fundamento expreso sin igual en el inciso 3 del artículo 13 de la CADH, aunque no por ello conviene eludir el repaso de algunos casos presentados en la órbita del PIDCP. Nuevamente en la opinión consultiva OC-5/85 es posible tropezarse con algún pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre este punto, en el que utiliza la proscripción de las reservas indirectas para fortalecer el recurso al criterio de necesidad en sentido estricto, propio del juicio de ponderación, aplicable a estos casos. Sin embargo, la perspectiva primordial a resaltar en esta ocasión va por otro lado, pues se encamina a preservar inmune el goce de los derechos de comunicación frente a ciertos mecanismos privados intentados para condicionarlos, como la formación de monopolios u oligopolios que impiden el pluralismo de fuentes informativas, sin importar si son consentidos gracias a la parsimonia estatal, con lo que de paso se avanzan ideas en las discusiones sobre las obligaciones "positivas" en materia de libertades tradicionales, así como en la defensa de los derechos humanos ante ataques de los poderes particulares.

De elaboración más reciente, la sentencia que resuelve el caso "*Ivcher Bronstein vs Perú*" contiene una decisión por parte de la Corte Interamericana en la que se estiman violatorios de las libertades de comunicación, mecanismos indirectos por medio de los cuales las autoridades gubernamentales pretendieron restringir tales de-

abriendo la posibilidad de que éstas sean compaginables con lo que argumenta ahí mismo sobre las leyes, pues sin importar todas las precauciones que se sigan, entre ellas que se decrete que esas delegaciones no podrán nunca interferir con el contenido esencial de los derechos humanos, lo cierto es que así se pone una tentación gratuita al poder público, del todo inaceptable (GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 996).

rechos, en concreto, revocando el título de nacionalidad de la persona que da nombre a este proceso, a fin de retirarle el control de un medio de información no dispuesto a dejar de criticar al poder público, con lo que no sólo se intentó privar a ese individuo del disfrute de dichas prerrogativas convencionales, sino a todos los periodistas que junto con él, conducían un programa de investigación transmitido por televisión, además de a los posibles receptores de las noticias, a los que también se limitó *"su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática"*.

En lo tocante a la garantía de estas libertades de cara a las restricciones indirectas en el escenario universal, no desentona tomar en cuenta los comentarios que el Comité de Derechos Humanos ha puesto sobre la mesa con motivo de algunos de los informes que periódicamente los estados parte en el PIDCP hacen de su conocimiento. En relación con Líbano, se ha criticado la ausencia de criterios razonables y objetivos para la concesión de licencias de transmisión, así como la distinción entre quienes pueden difundir informaciones políticas y quienes no. Por su parte, respecto de Lesotho, entre otras posibles violaciones a los derechos de expresión y a la información, se consideran la continua presentación de demandas por daño moral a periodistas, así como la negativa a contratar publicidad gubernamental con los medios de comunicación, no partidarios del gobierno. En último lugar, en las recomendaciones hechas a Italia, se ha puesto atención en el problema que la concentración de medios en pocas manos representa para el adecuado disfrute de estos derechos.

El segundo detalle de particular relieve también encuentra fundamento explícito en el aludido artículo 13 de la CADH, ahora en sus incisos 2 y 4, no siendo otro que la sustitución de la censura previa por el establecimiento de responsabilidades ulteriores como medida idónea para evitar el abuso en el ejercicio de las libertades de expresión y de información. En este tema, además de la excepción prevista para clasificar por medio de leyes, con anterioridad a su inauguración, los espectáculos públicos a fin de regular su acceso a niños y adolescentes en aras de su protección moral, pueden pensarse como otros supuestos singulares que bien pueden propiciar ese control preventivo, los que regula el inciso 5 de dicha disposición, así como su

par del artículo 20 del PIDCP, a los que se ha caracterizado como limitantes insalvables de los derechos de comunicación.²⁸

Como sea, en el ámbito continental probablemente el caso por excelencia sobre censura previa sea el de *"La última tentación de Cristo"*, también conocido como el caso *"Olmedo Bustos y otros vs. Chile"*. En él, la Corte Interamericana firmemente aclara que salvo la excepción prevista en el inciso 4 del artículo 13 de la CADH, "en todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión". Pero eso no es todo, pues otro detalle de enorme relieve lo constituye su decisión de declarar una violación a tales derechos, motivada por la prohibición de la exhibición de aquella película, sin importar que el fundamento primigenio de las actuaciones de las autoridades estatales, incluida la Corte Suprema de Justicia, radicara en una disposición constitucional de ese país, y que existiera un proyecto de reforma a la ley fundamental para cambiar esa norma, encontrando aun en estas circunstancias una afrenta adicional a los artículos 1 y 2 de ese tratado, debido al incumplimiento de "los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta", ordenando su reparación con la modificación del derecho interno, incluida la reforma constitucional, *"en un plazo razonable"*.

Y sin embargo, no debe sorprender que el dato cuyas repercusiones devienen fundamentales para analizar los posibles enfrentamientos entre el derecho al honor y las libertades de expresión y de

²⁸ Desde cierta perspectiva, puede parecer excesiva la calificación de absoluta a estas reservas de las libertades de expresión e información, sobre todo por lo que se deja entrever en el caso *"Faurisson vs Francia (550/93)"*. Sin duda, una vez comprobada la existencia de una restricción que cumpla con todos los requisitos demandados por el ordenamiento jurídico, lo procedente es aplicarla con preferencia al uso incondicional de aquellos derechos, pero la diferencia de enfoques estriba en que, por un lado, es posible observar que las limitantes del inciso 5 del artículo 13 de la CADH y 20 del PIDCP, lo único que requieren es situar dentro de sus confines la conducta realizada en ejercicio de esas libertades, para prohibirla inmediatamente, o bien, como alternativa diversa, aun en esta situación, intentar un juicio de ponderación para establecer si las medidas que limiten este tipo de expresiones o informaciones salen victoriosas, al interpretar dichos preceptos como normas que contemplan derechos de terceros que, no se olvide, justifican tales restricciones, dando por resultado ya no una censura previa, sino la búsqueda de una responsabilidad ulterior.

información, se encuentre en la tantas veces citada opinión consultiva OC-5/85, ocasión en que la Corte Interamericana le concede a la institución de las restricciones su verdadero alcance, al advertir que “la definición por la ley de aquellas conductas que constituyen causal de responsabilidad según el citado artículo [se refiere al 13 de la Convención], envuelve una restricción a la libertad de expresión”, por lo que es “en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión como se usará en adelante respecto de este artículo la expresión restricción”. Dicho lo cual, queda de manifiesto que la prohibición de censura previa es esencial para la interpretación de las restricciones de los derechos de comunicación, pues en vía de consecuencia, hace inevitable la fusión entre esas reservas y las ulteriores responsabilidades generadas por el abuso de aquellas libertades, dando por resultado que el empleo preferente de tales limitantes no pueda realizarse previamente, sino que deba decidirse de conformidad con esos supuestos legales en los que se actualicen las responsabilidades de que se trate, pero aplicados con posterioridad al ejercicio supuestamente inmoderado de los derechos de expresión y/o a la información. Con lo cual, no habrá que insistir demasiado en la obviedad de la intervención de los órganos judiciales, que con base en las figuras legales conducentes, deberán elaborar juicios de ponderación en cada caso concreto.²⁹

En conclusión, vale la pena reiterar que los requisitos de las restricciones que se han repasado, incluyendo la limitante a las libertades de comunicación consistente en el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, en la que claramente se sitúa el derecho al honor, al identificarlas como los supuestos legales que conllevan responsabilidades ulteriores, implican que las leyes conducentes, verbigracia las que instituyen el daño moral, para salir invictas en su oposición a esos derechos, deberán ser acordes con la democracia y

²⁹ Sin olvidar como única salvedad, la dispuesta en el inciso 4 del artículo 13 de la CADH y, en todo caso, si así se les interpreta, los supuestos previstos en el inciso 5 de ese precepto y en el 20 del PIDCP, en los que el rol de las autoridades judiciales se puede reducir a constatar la actualización de los extremos de dichas disposiciones, en lugar de llevar a cabo una exhaustiva ponderación.

resultar aplicables luego de la mediación judicial en la que se contrasten a la luz del juicio de ponderación.

Que todas esas aseveraciones no son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico de origen interno es algo fácil de ratificar. En principio, salta a la vista que desde el artículo inaugural de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se prevé que ni una sola garantía otorgada por ella puede restringirse sino en los casos y con las condiciones que también ella misma establece. No cabe duda que las libertades de comunicación son derechos reconocidos en las disposiciones fundamentales. Lo mismo acontece con la proscripción de la censura previa, que ninguna ley ni autoridad puede establecer. El derecho al honor, que en ciertas circunstancias puede volverse una limitante a la libre expresión e información, si bien no está consagrado expresamente en los preceptos constitucionales, es un derecho humano plasmado en varios instrumentos internacionales que desde una postura garantista son fuentes de igual jerarquía que las normas fundacionales. Finalmente, por lo que hace a los principios de legalidad y de reserva de ley, así como la exigencia de recurrir al juicio de ponderación, sin intentar ser exhaustivos, hallan respaldo suficiente en artículos como el 14, 16 o 17 constitucionales.

Aunque lo afirmado en el párrafo anterior sea bastante para confirmar lo oportuno de trasladar los argumentos expuestos con motivo de las fuentes internacionales al ámbito nacional, una postura precavida sugiere darle la bienvenida a algunos comentarios extras. Así, el texto del primer artículo constitucional puede parecer insalvable para aceptar más restricciones a la libertad de expresión y al derecho a la información que las detalladas en los artículos sexto y séptimo. Todavía más, para un seguidor de las tesis garantistas, en apariencia puede ser inconsecuente pretender el establecimiento de otras limitaciones a esas prerrogativas fuera de las explícitamente permitidas en las disposiciones fundacionales. Sin embargo, esto último no es acertado. Algo se ha señalado, y aquí se insiste en ello, sobre la necesidad de interpretar las normas de cualquier ordenamiento jurídico en forma sistemática, razón por la cual las reservas incluidas en dichos artículos 6 y 7 conviene observarlas conjuntamente. En ese entendido, es evidente que la alusión a los derechos de tercero como una de las restricciones posibles a las libertades de comunicación, es suficiente para confesar que el derecho al honor puede ser visto como

una de esas condicionantes, así como los derechos a la intimidad y a la propia imagen están inmersos en el mandato de respeto a la vida privada. Pero no sólo es eso, pues el respeto al honor es, con independencia del texto constitucional, un requerimiento reconocido en tratados internacionales.

Cuestión ésta que propicia una segunda acotación y que en principio también halla su fundamento en el artículo primero constitucional, el cual indica que en este país toda persona disfruta de las garantías otorgadas por la propia Constitución.³⁰ Es aquí donde los criterios tradicionales deben ponerse en entredicho, porque las prerrogativas que se consagran en nuestro ordenamiento jurídico no se limitan a la circunferencia esbozada por el texto fundacional. Son varios los preceptos que recuerdan constantemente que las llamadas garantías individuales no están solas, tales como el artículo 2 que restringe la autonomía indígena para conformar su propio derecho al respeto de los derechos humanos, el artículo 3 que orienta la educación para que por medio de ella se sustente la igualdad de derechos, o el artículo 102 que contempla la creación de organismos defensores de todos los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. Obviamente, estas disposiciones no son las únicas. Así, es patente que en el territorio nacional se incluye como una fuente de derecho a los instrumentos internacionales y que si éstos son acordes a las normas constitucionales, adquieren la calidad de ley suprema, en virtud del artículo 133. Lo cual se complementa con lo señalado en el artículo 15 que prohíbe la celebración de tratados que alteren las garantías y derechos establecidos a nivel constitucional, regla que ha de interpretarse en el sentido de que está vedada cualquier disminución de tales derechos. Con esto, lo que queda plasmado es el principio *pro homine*, razón por la que ningún convenio que aumente el número de derechos puede ser inconstitucional, pues al contrario, gracias a esa extensión, se convierte en una norma con la máxima jerarquía.

³⁰ Al respecto, no debe dejarse pasar más tiempo para advertir que es recomendable distinguir entre garantías y derechos, pero que ese proceder tampoco es óbice para afirmar que en este artículo de la ley fundamental se utiliza el término "garantías" como sinónimo de "derechos".

En consecuencia, cualquier derecho humano incorporado al ordenamiento jurídico vía un tratado internacional, adquiere la calidad de derecho constitucionalmente avalado y con idéntica jerarquía. Además, de ignorarse lo dicho en las fuentes internacionales, se estaría desconociendo parte del derecho aplicable al caso de que se trate, con lo cual se actualizaría una violación, por lo menos, a la garantía de legalidad prevista en los artículos 14 y 16 constitucionales. Es por ello que si en sede externa se instituye una obligación de protección y respeto de la honra y la reputación, que se da a través de leyes, frente a los ataques abusivos o ilegales intentados en su contra, no es posible concluir cosa distinta que el derecho al honor es un derecho humano que posee todo individuo sujeto al derecho nacional. En esa situación, los enfrentamientos que puedan aparecer entre las libertades de comunicación y el honor de las personas, no pueden ser vistos como la simple oposición entre una libertad y su restricción, sino como el choque de dos derechos de los que es debido predicar similar importancia y que requieren equilibrarse.³¹

Por otra parte, respecto de la adopción en el derecho nacional del juicio de ponderación, también resultan bienvenidos ciertos razonamientos en apoyo de tal aseveración. Inicialmente, en el artículo 17 constitucional se dispone que la impartición de justicia la deben realizar los tribunales correspondientes de manera completa, por lo que se cree cuestión pacífica concluir que una resolución judicial distaría bastante de lograr esa plenitud si no utiliza métodos de interpretación propicios para evidenciar que a la decisión final no se arribó de forma arbitraria.³² Mas eso no es todo, los mandatos tradicionales a

³¹ Importa recordar que en un ordenamiento como el español se consagran todos esos derechos en el texto constitucional, a partir de lo cual se puede intentar confirmar o que el enfoque apropiado es el de la confrontación entre dos derechos fundamentales y no el de una libertad en contra de una de sus limitantes, o lo contrario, a base de alegar la ausencia de ese reconocimiento expreso.

³² Es cierto que en comparación con la "novedosa" ponderación, parece conservador el recurso a la argumentación por medio de la subsunción. No obstante, tampoco se pretenden minimizar las críticas que se han esgrimido a los análisis jurídicos conducidos por ese innovador método, porque en realidad son normalmente atendibles. De hecho, no es prudente negar que la ponderación mal empleada es pretexto para un activismo judicial ilimitado que, en buena medida, funciona para desacreditar al Estado constitucional de derecho. Por si fuera poco, este tema cobrará cada día mayor trascendencia porque en el

los cuales se estaría faltando de no usarse mecanismos de argumentación suficientes en la resolución de controversias, es al de la debida motivación requerida para cualquier acto de autoridad, así como al de apego a la garantía de audiencia y debido proceso. De nuevo, considerando los términos de los artículos 14 y 16 constitucionales, se transparenta que una de las formalidades esenciales del procedimiento es la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, por lo que no es permisible escatimar en hacer explícitas las razones de lo que se decide, al igual que es obligatorio que las sentencias se apeguen a las normas legales debidamente interpretadas, en otras palabras, que como toda actuación estatal, no se hallen carentes de motivación, lo que conlleva la exigencia de contar con argumentos exhaustivos y convincentes.

Con lo expuesto queda de manifiesto que en nuestro derecho de origen interno no son extraños ciertos criterios de interpretación provenientes de organismos internacionales, de los que se ha intentado dejar constancia íntegramente, pero no sólo en atención del principio de incorporación *in totum* de los tratados de derechos humanos, sino porque de forma autónoma encuentran soporte en la norma fundacional del país.³³ Así, quizá el único pendiente en cuanto a las pautas interpretativas a meditar en el enfrentamiento entre derechos que motiva el presente estudio, consiste en verificar que la “cláusula democrática” tantas veces aludida tampoco resulte extraña al ordenamiento jurídico oriundo de estas tierras, y eso es sencillo de reparar con la sola lectura de artículos como el tercero constitucional, en el que se define a la democracia “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”, sujeto este último que es reconocido como depositario esencial y originario de la soberanía nacional en el artículo 39, el cual

escenario nacional será cada vez más frecuente la búsqueda de equilibrios entre los poderes, sobre todo entre el Legislativo y el Judicial. Como sea, de momento habrá que conformarse con compartir esa idea que señala que ambos métodos pueden armonizarse, a fin de lograr un ejercicio judicial creíble y eficiente (PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 192-194).

³³ Para valorar los alcances de este principio de derecho internacional de los derechos humanos, puede leerse con bastante provecho a AYALA CORAO, C. M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2003, pp. 91-128.

añade un dato vital para lograr conducir a buen puerto la transición democrática, a saber, que no hay poder público que no se instituya para beneficio de ese pueblo, que por cierto, ha querido constituir para su gobierno una república representativa y democrática, según reza el artículo 40. Y sin embargo, todas estas disposiciones serían normas huecas si no se interpretasen en compañía del artículo 41, que transforma la soberanía popular y pretendidamente democrática, en supremacía constitucional, haciendo de la ley fundamental un límite imposible de superar para las autoridades constituidas y la inicial garantía de nuestros derechos humanos, lo cual, ya propicia otras historias.

Toca entonces el turno de observar cómo en el derecho interno se ha pretendido legislar para introducir una regulación apropiada que equilibre las libertades de comunicación con el derecho al honor, estableciendo los supuestos en que se actualizan las mencionadas responsabilidades ulteriores. Con ese objetivo en mente, debido es repasar las disposiciones del Código Civil dedicadas al daño moral y las del Código Penal que crean los delitos de difamación y de calumnia, así como elaborar algún comentario sobre la “preconstitucional” Ley de Imprenta, recurriendo, cuando el caso lo amerite, a los criterios jurisprudenciales que sobre esas instituciones se hayan emitido en el entorno doméstico.³⁴ De ese modo se apreciarán las fórmulas jurídicas ensayadas para poner fin a dicho enfrentamiento.

En relación con la primera de estas figuras, la del daño moral, conviene tomar en cuenta la concepción que para ella se determina en el artículo 1916 del Código Civil, en el que se le vislumbra como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”, presumiendo su existencia “cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

Si esta definición fuera el único elemento a evaluar en el posible choque entre derechos que aquí interesa, las libertades de comunica-

³⁴ Adviértase que en este trabajo solamente se acude a los códigos vigentes en el Distrito Federal.

ción no disfrutarían de mucho margen de movimiento. Si pudiera profesarse la actualización de un daño moral cada vez que entrara en escena una afectación al decoro, honor, reputación o consideración que de una persona tengan los demás, prácticamente toda opinión e información sobre cualquier tema sería tarde o temprano causa de una perturbación al derecho al honor. Afortunadamente, la legislación civil no se agota con la noción recordada. El artículo 1916 continúa la regulación de esta institución expresando, entre otras cosas, que “cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual”. Ciertamente que a primera vista lo que de este texto se infiere es que en él ha quedado constituida la forma en que se materializa la responsabilidad derivada del daño moral, que no es otra que una indemnización pecuniaria, así como el sujeto al que la ley imputa ese pago, que indiscutiblemente será quien lo haya producido. Sin embargo, es en otro detalle donde se esconde lo esencial, a saber, que un daño moral sólo se origina a través de un hecho u omisión ilícitos.

Todavía es factible especular que el daño moral puede ser igualmente ocasionado por acciones u omisiones lícitas, pero que en estos supuestos no surge el deber de enmendarlo más que con un carácter de obligación natural, confiando en la buena fe del causante de ese daño para repararlo, puesto que a lo mejor sin ser su intención ha expresado o informado alguna cuestión totalmente inadvertida de la afectación que pudo crear en un extraño. Eso está muy bien, pero hay que tomar en cuenta que el derecho al honor exclusivamente está protegido frente a los ataques abusivos o ilegales, por lo que tan atractiva tesis queda así concluida.

Se explicaba entonces que para interpretar adecuadamente la figura del daño moral, el ajuste fundamental gravita en el esclarecimiento del término “ilicitud”. De hecho, dentro del mismo capítulo del Código Civil, en el artículo 1910 se ilustra la importancia de este otro concepto, al puntualizar que se está obligado a reparar un daño causado a un tercero, cuando se actúa ilícitamente o contra las buenas costumbres, salvo que se pruebe que ese detrimento tiene por origen la culpa o negligencia inexcusable de la supuesta víctima. No

obstante, esta diversa norma no agrega dato alguno que auxilie en dicha búsqueda de significado. Aunque esa circunstancia no debe traer desánimo, porque la legislación civil no falla a la hora de proveer sentido a esa palabra, pero en su artículo 1830, que expresamente dispone que “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Con todo, parece ingenuo fiarse de esta nueva definición porque solamente introduce al debate más conceptos jurídicos indeterminados. Y es en este contexto, cuando mayor valor posee la jurisprudencia, sobre todo porque, como cualquier persona involucrada en cuestiones de derecho debería conocer, resulta obligatoria para otros juzgadores. Así, en la órbita judicial se ha concretado el perímetro de la ilicitud para efectos relacionados exclusivamente con la institución del daño moral, del modo que a continuación se transcribe:

Novena época, Instancia: Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, enero de 2001, Tesis: I.6o.C. J/26, p. 1584.

ILÍCITO. TAL ADJETIVO JURÍDICO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEBE ENTENDERSE APLICADO *LATO SENSU*. El numeral 1916 del ordenamiento sustantivo de la materia, que contiene el adjetivo “ilícito”, como elemento *sine qua non* de la conducta positiva u omisiva, *debe entenderse en género próximo como un no lícito, o no permitido por la ley, con independencia de que ésta pertenezca o no al orden público*; de tal manera que se debe considerar aplicado *lato sensu* y no únicamente limitado a una conducta u omisión sancionada por la ley penal.

En definitiva, recurriendo a este criterio jurisprudencial resulta transparente que el ejercicio de las libertades de expresión o de información pudiera oponerse al goce del derecho al honor, produciendo un daño moral, si y sólo si la conducta en que se stampa no se encuentra permitida por la ley. Aunque algo se ha avanzado, con esto entre manos todavía no es posible solucionar nuestro enfrentamiento, puesto que si se considera que la utilización de las libertades de comunicación halla fundamento en las propias disposiciones constitucionales, parece elemental concluir que se está en presencia de una actuación permitida por la ley de leyes. En esta situación, se invier-

ten los papeles y ahora es el derecho al honor el que deviene poco más que intrascendente. Sin embargo, en este extremo tampoco hay que precipitarse, ya que no debe olvidarse que existen restricciones a aquellas libertades, con lo cual, en realidad uno percibe que ha quedado atrapado en un círculo en el que lo básico sigue siendo descubrir cuándo se ataca al honor.

El panorama descrito mejora al darle lectura a los artículos 1912 y 1916 bis del Código Civil. En el primero se obliga al pago de una indemnización cuando el daño se origine debido al ejercicio de un derecho, siempre que no exista duda de que su uso solamente pretendió causar ese daño sin beneficio para su titular. Por su parte, en el segundo se establece que “no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución”, así como que “en todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta”. Vistos en conjunto esos preceptos, se confirman algunas de las aseveraciones realizadas y se motivan otros tantos razonamientos. En principio, no ha sido desacertado pugnar por una interpretación sistemática de las restricciones a las libertades de comunicación. Asimismo, se deja constancia patente de que el goce de estos derechos podrá repercutir en un daño moral, únicamente si se despliegan sin apego a dichas reservas. Además, resalta como elemento básico para lidiar con estos choques el verificar si sólo se ejercieron los derechos para molestar a alguien más. Finalmente, destaca que la prueba de los extremos de la acción por daño moral recae en el sujeto supuestamente ofendido.

Es verdad que permanecen varios cuestionamientos en el aire, pero de momento le sienta mejor a este ensayo cambiar de sede a fin de enfocarse en los delitos de difamación y de calumnia. Es en el artículo 214 del reciente Código Penal que se define la primera de esas figuras con las siguientes palabras, “al que con ánimo de dañar, comunique a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física o moral de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causar o cause a ésta una afectación en su honor, dignidad o reputación, se impondrá prisión de seis meses a

dos años o cien a seiscientos días multa o ambas sanciones, a juicio del juez”. A partir de este texto pueden aventurarse sugerencias del tenor siguiente, uno, se reafirma la inmunidad de los pensamientos, opiniones e informes que un individuo se reserva para sí, pues en la descripción transcrita es evidente el requerimiento de transmisión a otros como dato indispensable para procesar este tipo de conductas; dos, no influye en nada que los sujetos entre los que se difunde la comunicación estén previa y claramente identificados o que la notificación lleve un destinatario impreciso; tres, la atribución de hechos llevada a cabo no se especifica si debe tener su origen en la persona que la anuncia a sus semejantes, o bien, si basta con repetir lo dicho por alguien más; cuatro, no hay problema en brindar protección a las personas jurídicas a través de este delito; cinco, no es determinante la veracidad o falsedad de las informaciones que se divulgan, ni su grado de concreción, y seis, no trasciende que el resultado de estas actuaciones no sea la efectiva afectación del derecho al honor, sino que es suficiente la probabilidad de que ese daño se presente.

Sumadas a estas reflexiones, mención especial merecen otros dos señalamientos. Así, es fundamental para la apropiada interpretación de esta disposición, reparar en la necesidad de que el agente probable responsable del delito de difamación, requiere conducir sus acciones con el ánimo de dañar el derecho al honor del supuesto ofendido, sin que importe, como se ha anticipado, que en la práctica su despliegue resulte o no exitoso. Esa actitud demandada en el ofensor suele denominarse genéricamente *animus iniuriandi* o, con mayor precisión para este delito, *animus difamandi*. Considerando que la presencia de este ánimo es indispensable a su vez como elemento constitutivo del cuerpo de este ilícito penal, cabe preguntarse por el caso de una persona que por cualquier razón ha decidido descargar por escrito cierta información nada halagadora sobre uno de sus semejantes, y que sin querer difundirla, al no adoptar las debidas precauciones, no evita que ese documento se haga del conocimiento de un tercero. Respetando los principios imperantes del derecho penal, ahí no habrá dolo y ni siquiera delito.³⁵

³⁵ Este trabajo no intenta siquiera enunciar todos los extremos que un estudio especializado en materia penal tendría que abordar como temas primarios. No obstante, interesa dejar constancia de una inquietud sobre la posibilidad de que se acepte la tentativa para el

El segundo apunte que no puede dejar de someterse a discusión, se relaciona con la palabra "hecho" que se ha utilizado en la redacción del citado artículo 214. Sin detenerse en ese término, un análisis superficial puede llegar a concluir que la frontera delimitada para el derecho al honor gracias al delito de difamación, es igualmente inaccesible a la libertad de expresión y al derecho a la información. No obstante, ya se han realizado las distinciones mínimas para sortear tal apreciación y para tener la posibilidad de afirmar que si la interpretación adecuada a aquella noción es una de carácter restrictivo, guiada por los principios *in dubio pro reo* y de exacta aplicación de la ley, dicha solución precipitada requiere un giro de ciento ochenta grados, para en su lugar aceptar que las opiniones, que se diferencian indubitablemente de las aseveraciones de hechos, aun reuniendo todos los demás elementos del referido precepto del Código Penal, nunca podrán resultar punibles. Si a esto se añade la definición corriente del verbo "imputar", a saber, "atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable", entonces se fortalece la idea de que la libre expresión queda fuera del espacio penalizado por la difamación.

Si se comparte lo anterior, se puede avanzar en la decisión de las oposiciones factibles entre el derecho al honor y las libertades de comunicación, pero al mismo tiempo se deberá cobrar conciencia de una complicación nada despreciable. Así, al repasar nuevamente el artículo 214, es posible percatarse que según está escrito, se deja abierto el supuesto concerniente a quién es la persona de la que requiere provenir la imputación difamante, pues en vez de emplearse la frase "la imputación que hace", que dejaría como único sujeto ofensor al que realiza originalmente la atribución que puede llegar a causar la afectación conducente y que normalmente es el mismo que con posterioridad la hace pública, se utiliza la oración "la imputación que se hace", con lo cual resulta viable la distinción entre un hipoté-

delito de difamación. En ese contexto, habría que cuestionarse si es punible como tal, la acción de una persona que ha enviado una comunicación difamante a un destinatario fijo, piénsese en el editor de un periódico, porque prevé que sólo así su acción dañará al personaje denostado, pero que por circunstancias que escapan a su control, ve como su escrito se desvía y termina en las manos de un tercero que convencido de nunca hacerle llegar el documento al editor, en cambio lo denuncia ante la autoridad responsable. Aquí puede debatirse si hay tentativa o delito consumado.

tico difamador primitivo, que pudo o no transmitir sus imputaciones, y otros probables difamadores derivados, que por alguna razón han llegado a estar al tanto de esa imputación primera y que ahora la difunden con *animus difamandi*.

Con ese preámbulo, se vuelve aceptable ubicar dentro de los confines de este delito, la divulgación de hechos llevada a cabo por los difamadores derivados, que a su vez tiene por contenido opiniones emitidas por terceros, adquiriendo esos puntos de vista el carácter de fuente primigenia de la difamación, pero sin que automáticamente sus autores se conviertan en difamadores primitivos, puesto que tales opiniones, al ser fruto de su libertad de expresión, no corren el peligro de conceptualizarse como difamación. En propiedad, en estas coordenadas sólo podrán denominarse difamadores originales los que hayan vertido por medio de su acción comunicativa, imputaciones basadas estrictamente en hechos si después son retomadas por otras personas, asuman o no el rol de difamadores repetidores o retransmisores, porque recuérdese que si esas aseveraciones primitivas no llegan a ser conocidas por nadie, entonces no se actualiza difamación alguna. Es más, tampoco la habrá para los difamadores originarios si sólo por descuido no evitaron su difusión, o bien, para los difamadores derivados si la comentan o publican sin ánimo de dañar, con independencia de que en estas últimas hipótesis sí exista difamación perseguible únicamente frente al otro tipo de difamadores.

En fin, para preservar la libre manifestación de ideas del ámbito de la difamación, existen supuestos que confirman el acierto de esta postura en el artículo 215 del Código Penal, los cuales no permiten que se califique como acciones ajustadas a ese delito, ni la exposición técnica de uno que otro parecer, ni la declaración de algunos juicios. Sin embargo, tal interpretación puede invertirse a partir de esas mismas disposiciones, o bien, con base en un tercer caso, también referido en ese precepto, que impide por otras razones la ubicación de ciertas "expresiones difamatorias" dentro del mencionado ilícito penal. A fin de traer de vuelta a la órbita de la difamación el ejercicio de la libertad de expresión, es posible argüir que las dos fracciones iniciales de la aludida norma penal deben leerse de forma taxativa y no enunciativa, incluso con el pretendido apoyo del principio de exacta aplicación de la ley dominante en materia punitiva. Una aproximación como ésta ignoraría tristemente los ideales

garantistas del propio derecho penal, que a su vez son parte esencial de todo Estado constitucional de derecho que se precie. En contraste, una argumentación armada firmemente con convicciones garantistas entiende que por tratarse de conductas exceptuadas de un delito, lo procedente es una interpretación analógica que extienda al máximo las hipótesis enlistadas.

Algo similar ocurre con las condicionantes de las fracciones I y II del artículo 215, establecidas con el objetivo de que los pareceres o juicios ahí enunciados puedan defenderse como actuaciones extrañas a la difamación. Si las exigencias de que se proceda “técnicamente” en la elaboración de algunas opiniones o de que se pruebe que se actúa al emitir ciertos juicios, “en cumplimiento de un deber o por interés público o que, con la debida reserva, se hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien se tenga parentesco o amistad, o dándose informaciones que se le hubieren pedido”, son tomadas de manera conservadora, se obtiene como resultado una presunción en contra del posible difamador, pero sobre todo se coarta su libertad de expresión, como no permite ni siquiera el artículo 214. En cambio, desde una óptica garantista, como sólo puede difamarse a través de aseveraciones de hechos y no por expresión de opiniones, si éstas consisten en cualquier parecer, técnico o no, o se traducen en la elaboración de cualquier juicio, sin trascender cuál es su motivación, ello no debe influir al intentar encuadrarlas en el delito de difamación, alegando que fallan a la hora de cumplir esos requisitos adicionales. Con todo, rescatable es que en los juicios “sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro”, no pueda haber difamación si en ellos su autor informa algo “que se le hubiere pedido”, porque en ese tenor, el derecho a la información deviene inmune frente a las acusaciones de difamación.

Brevemente, también la libertad de opinión puede procurar reconducirse al delito de difamación, si lo dispuesto en la fracción III del artículo 215 se interpreta como un reconocimiento general de la existencia de expresiones difamatorias y, por lo tanto, como permiso para penalizar cualesquiera otras opiniones no exceptuadas en dicha norma. Esta final interpretación tampoco ha de avalarse, toda vez que, si es verdad que hay expresiones que varían su grado de ofensa según la sede, mientras se identifiquen plenamente como opiniones,

no podrán quedar a merced de las reservas que por medio de la difamación permiten coartar la libre expresión.

Aunque debido es reiterar que con lo afirmado no se culmina sino que se prosigue con el debate que interesa a este ensayo, igual es verdad que coincide con los propósitos del presente escrito conversar sin demora del delito de calumnia. En ese orden de ideas, prudente es recordar que en el artículo 216 del Código Penal se le atribuye su ejecución, con ciertas variantes que aquí no conciernen, “al que impute falsamente a otro la comisión de un hecho que la ley califique como delito, a sabiendas de que este no existe o de que el imputado no es el que lo cometió”, y que enseguida el artículo 217 añade que “aunque se acredite la inocencia del calumniado, o que son falsos los hechos en que se apoya la denuncia o querrela, no se castigará como calumniador al que las hizo, si probare plenamente haber tenido causas bastantes para incurrir en error”, así como que “tampoco se impondrá sanción alguna al autor de una denuncia o querrela, si los hechos que en ellas se imputan son ciertos, aunque no constituyan un delito, y el erróneamente les haya atribuido ese carácter”, para finalizar indicando que “cuando exista una sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del delito que aquél le imputa, o en que hubiere procedido reconocimiento de inocencia, no se admitirá prueba alguna de su imputación al acusado de calumnia, ni se liberará de la sanción correspondiente”. Lo transcrito es suficiente para continuar la discusión.

Si no se olvida el ámbito de esta investigación, el de los enfrentamientos entre las libertades de comunicación y el derecho al honor, es sencillo apreciar entre las figuras de la difamación y la calumnia vínculos estrechos y ciertas diferencias. Por medio de la primera, lo que en el ordenamiento jurídico se busca evitar es que los datos o las informaciones que circulen, sean usadas conscientemente como vehículos para dañar a los demás en su honra o reputación, mientras que a través de la segunda, lo que se intenta impedir es que alguna o ambas de esas libertades, ya se verá, sirvan para acusar a otros de delitos que no cometieron. Con esa distinción en mente, parece aconsejable que las posibles restricciones impuestas a las libertades de expresión y de información se intensifiquen en el caso de la calumnia, porque a la probable afectación del derecho al honor se

agrega el peligro de que un inocente sea condenado por el dicho de alguien más.

Como sea, a partir de la regulación destacada se percibe con facilidad que la esencia de la calumnia descansa en el criterio de veracidad, en franco contraste con lo hasta ahora repasado con motivo de la difamación. Es esa circunstancia la que impone dos últimos comentarios antes de cambiar de ley, para luego ahondar en las diversas alternativas para solucionar el acertijo que plantea el mencionado choque de derechos. Antes que otra cosa, debe señalarse que en una sociedad como la nuestra, en la que los problemas de seguridad pública requieren la participación ciudadana en la erradicación de la delincuencia, es vital conducirse con apego a la verdad al presentar posibles denuncias de hechos delictivos, pues una incertidumbre total acarrearía que la gente fuera presentando acusaciones a diestra y siniestra, sin ningún respaldo fáctico. Situar a la calumnia en medio de la búsqueda de fórmulas que concilien estos principios, a saber, la necesidad de la denuncia ciudadana con la prohibición de imputaciones sin fundamento y sin que a través de ella se cohíba tal denuncia, resulta la manera idónea de encarar el tema.

No obstante, si se observa atentamente, la calumnia no demanda que el tipo de acusaciones que ansía proscribir necesariamente se realicen ante las autoridades competentes para combatir la delincuencia, pues no se limita a proteger el orden público que se concreta en una adecuada administración de la justicia, sino que también es su ambición refrenar toda afrenta al derecho al honor que pueda hacerse en ese y en cualquier otro escenario. Independientemente de ello, la segunda cuestión que de una vez vale la pena asentar, guarda relación con la mención de los elementos constitutivos básicos de la calumnia, que son la falsedad que guía la atribución de la comisión de un delito, en compañía de una plena conciencia sobre la mentira que se afirma, la cual, por cierto, abre la puerta en este ilícito penal a la presencia de un dolo particular, el *animus calumniandi*. Valorados esos componentes a la luz de lo dispuesto en el aludido artículo 217, sobresale que el criterio de veracidad no implica que los datos involucrados sean categóricos, irrefutables, incontestables, irrefutables, incuestionables, innegables, incontrovertibles o indiscutibles, pues prudentemente se ha optado por puntualizar como confín infranqueable para el delito de calumnia, sabiendo que las personas somos fal-

bles, el de las conductas que probadamente se motiven por el error, sin que trasciendan de momento sus diversas especies, con una sola excepción que consiste en el respeto irrestricto a la verdad legal, ésta sí, absoluta e inapelable.

Con esto avanzado, resta presentar para eventuales debates algunas reflexiones en torno a la Ley de Imprenta, ordenamiento publicado el 12 de abril de 1917 y pretendidamente mantenido en vigor desde el 15 de ese mismo mes y año. Tales razonamientos se consideran de importancia toda vez que resulta frecuente asumir esa ley como fuente normativa en la que es posible encontrar soluciones a los enfrentamientos entre las libertades de comunicación y el derecho al honor. Sin embargo, lo que aquí se quiere poner de manifiesto es que las disposiciones contenidas en ella no deben tomarse en cuenta en esta disputa porque pertenecen a una norma de cuestionada vigencia y, sobre todo, abiertamente inconstitucional.

En relación con ese primer obstáculo, su falta de vigencia, y con independencia de discutir la procedencia y oportunidad de efectuar una reglamentación legislativa de los artículos constitucionales que consagran las libertades de comunicación en diversa ocasión, conviene recordar los pronunciamientos concernientes al carácter "provisional" de la Ley de Imprenta, que se suscitan desde su párrafo inaugural con la frase "y entretanto el Congreso de la Unión reglamente los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República". Al respecto, sin desconocer su efectiva aplicación, se ha defendido su no vigencia en razón del desfase existente entre la entrada en vigor de esta norma secundaria y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyos preceptos sexto y séptimo trata de reglamentar, puesto que aquélla intentó comenzar a regir desde el 15 de abril de 1917, mientras que esta última lo hace, con ciertas excepciones, desde el 1o. de mayo de 1917, con lo cual ha podido argumentarse que no es viable reglamentar lo que no tiene vigencia, pero además, que siguiendo el principio de que la norma posterior deroga a la anterior, esa ley ya ni siquiera estaba vigente para intentar tal reglamentación, por virtud de la propia Constitución.³⁶

³⁶ La cita corresponde a BURGOA, I., *Las garantías individuales*, 24a. ed., México, Porrúa, 1992.

En contrapartida, no sería prudente ignorar que con posterioridad a la supuesta entrada en vigor de la Ley de Imprenta, se ha reconocido jurisprudencialmente, en su mayoría a través de tesis aisladas, su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico del país. Esta circunstancia da sustento a todos esos puntos de vista que hallan en la efectividad un argumento decisivo para sostener la corrección de sus tesis en el ámbito normativo, dejando en segundo plano el estudio sobre la validez de sus propias posturas, opción que en este trabajo no se comparte. Como sea, debido es considerar la presencia de esos criterios judiciales, para intentar con posterioridad una interpretación que les niegue operatividad en nuestro derecho.³⁷

En el más reciente, se acude a la Ley de Imprenta con la intención de proseguir la búsqueda del significado del término “ataques a la vida privada”, lo que a su vez se piensa útil para esclarecer precisamente uno de los límites de la libertad de imprenta fijados en el artículo séptimo constitucional, a saber, el respeto a la vida privada. En el inmediato anterior, con el fin de delimitar las posibles restric-

³⁷ Es de notar que las tesis aisladas a que se hace referencia enseguida pertenecen a épocas distantes en el tiempo, corresponden a materias diferentes y provienen de diversas autoridades judiciales. De la más novedosa de que se tiene noticia a la de mayor antigüedad, la lista se compone de los criterios siguientes, *Daño moral y derecho a la información*, novena época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, marzo de 2003, tesis I.4o.C.57 C, p. 1709; *Daño moral. Libertad de imprenta o prensa. Limitantes establecidas en el artículo 7o. constitucional*, novena época, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001, tesis I.10o.C.14 C, p. 1120; *Daño moral. Publicaciones periodísticas que lo causan*, novena época, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, mayo de 2000, tesis I.7o.C.30 C, p. 921; *Injurias, difamación y calumnia. Ley de Imprenta*, sexta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVIII, segunda parte, p. 74; *Ley de Imprenta. Ataques a la moral, a la paz pública o a la vida privada*, sexta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVIII, segunda parte, p. 82; *Ataques a la vida privada (Ley de Imprenta)*, sexta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, segunda parte, p. 10; *Prensa, delitos cometidos por medio de la*, quinta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, p. 3811; *Ataques al orden o a la paz pública, delito de*, quinta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLIV, p. 290, y *Vida privada*, quinta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIX, p. 1526.

ciones a esa libertad, también vinculadas con la institución del daño moral, se recurre a aquel ordenamiento para señalar que se está en presencia de un hecho ilícito generador de tal responsabilidad civil, siempre que se lesione la integridad moral de una persona como consecuencia de faltar al deber de comprobar que las expresiones publicadas como parte del ejercicio de esa libertad de imprenta se hallen exentas de “toda manifestación o expresión maliciosa... [que] exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses”, palabras empleadas en el texto de la fracción I del primer artículo de esa ley de abril de 1917, que en el cuerpo de esta segunda tesis aislada se reproducen con ligeras alteraciones para así retomar lo que constituye “un ataque a la vida privada”. Por último, en la tercera de estas tesis aisladas se usa como base la Ley de Imprenta para demostrar la relación existente entre los condicionamientos de la libertad de expresión, la actualización del daño moral producto de un hecho ilícito tal como se le conceptúa en el artículo 1830 del Código Civil, el deber de diligencia impuesto a los comunicadores a fin de “corroborar la veracidad de las notas informativas que pretenden publicar”, la afectación al honor y la reputación que una conducta contraria a ese deber originaría y, por vez primera en la novena época, los “ataques a la vida privada”.

En contraste con estos criterios judiciales actuales, todos ellos importados en la materia civil vía la institución del daño moral, las tesis aisladas dictadas en la sexta y quinta épocas se ubican en el ámbito estrictamente penal, como resulta normal si se repara en que las disposiciones de la Ley de Imprenta exclusivamente desarrollan figuras delictivas. Así, en la menos antigua de estas tesis se refiere un caso en el que se estimó oportuno recurrir a este ordenamiento considerándolo como una ley federal de mayor jerarquía que las posibles disposiciones estatales existentes en la materia.³⁸ En la anterior, se expone una pauta de interpretación sumamente interesante al examinar los alcances del concepto “ataques a la vida privada”, que

³⁸ Es claro que el modo sugerido de entender la relación entre leyes federales y locales en este criterio jurisprudencial, dista bastante de estar exento de fundados cuestionamientos en contrario.

anticipado como “*toda manifestación o expresión maliciosa hecha por medio de la imprenta, que exponga a una persona al odio, al desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses*”, encuentra a su vez un punto de equilibrio al considerar lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Imprenta, el cual aclara que no se debe tener por “maliciosa” ninguna manifestación o expresión, “aunque sean ofensivos sus términos por su propia significación”, siempre que concurren “motivos fundados para considerar verdaderos los hechos imputados y se hayan publicado con fines honestos”, e incluso, cabe añadir, sin que hubiera podido probarse que los hechos son ciertos.

Por su parte, en el tercero de estos criterios se ensaya otra interesante solución exportable a los problemas derivados del enfrentamiento entre las libertades de comunicación y el derecho al honor, cuando se hace notar que si bien está ausente una definición legal explícita de lo que significa el término “vida privada”, algo se puede inferir al contrastar los ataques privados con los ataques hechos a entes colectivos, y desprender de ello que la “la vida privada es aquella que no constituye vida pública”, lo que a su vez tiene importancia en la práctica toda vez que permite distinguir entre las actividades particulares de los funcionarios gubernamentales, en principio vedadas al escrutinio público, y las propias a su cargo, éstas sí, abiertas a la crítica más aguda en virtud de dichas libertades, dando todo ello elementos para interpretar armónicamente los artículos 1 y 6 de la Ley de Imprenta, preceptos desde los que se intenta sancionar las limitantes a las prerrogativas consagradas en los artículos sexto y séptimo constitucionales, derechos, no se olvide, que coadyuvan a que la opinión pública se constituya en el medio idóneo para “controlar a los depositarios del poder”, y que exigen para sí una interpretación amplia ya que su ejercicio atiende como fin ese bien público.

En la cuarta de estas tesis enumeradas de menor a mayor antigüedad, además de compartirse el dato de que la Ley de Imprenta se expidió el 9 de abril de 1917, se recalca la función de límite confiada a las disposiciones de tal ordenamiento indistintamente de que se trate de las libertades fijadas en los artículos 6 o 7 de nuestra Constitución, y se deja noticia del antecedente más remoto de la distinción entre vida privada y pública de los funcionarios estatales, apreciación que es por demás influyente en la capacidad de crítica de los

ciudadanos a las actividades que desempeñan sus gobernantes, pero sobre todo, se hace constar la extensión que la libertad de prensa goza en aras de la norma fundacional, en atención a “propósitos sociales, como son propugnar por el progreso y bienestar de la sociedad, permitiendo a los individuos criticar en forma amplísima, todas aquellas instituciones que tiendan a detener el progreso y el bienestar de los asociados, teniendo por finalidad, que las instituciones se ajusten al derecho ingente a la naturaleza del hombre”. Finalmente, en las dos tesis restantes, que reconocen sin problema alguno el carácter de delitos de las instituciones establecidas en los artículos de la Ley de Imprenta, se solventan problemas de índole penal como la diferenciación de ciertas figuras delictivas y la de los cuerpos legales aplicables.

Luego de reseñada toda esta interesante información jurisprudencial, vale la pena ahondar en los argumentos esgrimidos en contra de la vigencia de la Ley de Imprenta, a fin de valorar si estos razonamientos poseen mayor peso que un hecho claro, a saber, que ese ordenamiento secundario es visto como derecho vigente sin ningún problema desde las instancias judiciales. En principio, debido es descartar los motivos que inicialmente se dieron para negarle vigencia a esa ley, toda vez que es perfectamente atendible alegar que la observancia del principio que reza que la norma posterior deroga a la anterior, concierne únicamente a las disposiciones que sean contrarias a las normas más recientes, pero sin que ello afecte a los preceptos más antiguos que de manera alguna contravienen la ley nueva, los cuales, si no existe una derogación expresa, pueden mantenerse en vigor sin que trascienda la modificación del régimen imperante.

Asimismo, en cuanto a que la Ley de Imprenta no ha podido reglamentar los artículos 6 y 7 constitucionales, dado que estos preceptos no se encontraban vigentes para el día en que aquélla comenzó a regir, siguiendo la pauta de que no es viable reglamentar lo que no tiene vigencia, también es posible argüir que este detalle sólo altera la fecha de entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias, las que evidentemente no tendrán vigencia en el periodo en que los artículos que reglamentan no se encuentren en vigor, pero que de cualquier manera adquieren esa vigencia al momento en que los preceptos principales hacen lo propio. En otras palabras, esa ley pudo no estar vigente en el tiempo que transcurrió desde el 15 al 30 de

abril de 1917, pero ese defecto se subsanó una vez que el 1 de mayo de ese año los artículos 6 y 7 constitucionales comenzaron su vigencia. Para sustentar esta conclusión es suficiente aceptar que si bien no es posible reglamentar normas que no existen, si éstas ya se han promulgado, aunque todavía no entren en vigor, ya es viable su reglamentación, aunque se adelante, pues ésta sólo tendrá que aguardar que inicie la vigencia de aquéllas.

En adición a este par de explicaciones, la defensa de la plena vigencia de la Ley de Imprenta encuentra sostén fundamental en otros criterios jurisprudenciales, uno de ellos incluso con el carácter de jurisprudencia. En este orden de ideas, importa recuperar lo dicho por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, el cual ha considerado aquel ordenamiento como ley especial en materia de delitos de imprenta, después de reconocer sin vacilación alguna que sus normas están en vigor, pero sobre todo la jurisprudencia proveniente del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que si bien es cierto se persigue como objetivo primordial resolver un trance competencial, se menciona de igual forma que ese ordenamiento secundario se halla vigente; dato que cuando menos es indicativo de que hasta el 10 de septiembre de 1963, fecha en la que se decidió el quinto de los conflictos que originaron esta jurisprudencia, no se cuestionaba esa vigencia.³⁹

³⁹ La tesis aislada y jurisprudencia recordadas, ambas de índole penal, son las siguientes, *Delitos de imprenta. Cuando la conducta atribuida al quejoso quede comprendida tanto en una norma general, como en una especial, debe prevalecer ésta*, novena época, Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, noviembre de 2001, tesis XXIV.4 P, p. 501, e *Imprenta, delitos cometidos contra particulares, por medio de la. Competencia del fuero común*, sexta época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice 2000*, t. VII, conflictos competenciales, tesis 31, p. 43. Tampoco sobra dejar constancia de una tesis aislada de tipo histórico en la que igualmente se reconocía la vigencia de la Ley de Imprenta, atendiendo como argumento principal que el artículo tercero transitorio del Código Penal Federal vigente en enero de 1958, señalaba a su vez que para ese entonces se encontraban en vigor "las disposiciones de carácter penal contenidas en leyes especiales", en todo lo que no estuviera previsto precisamente en ese ordenamiento. Este último criterio de rubro *Imprenta, vigencia de la Ley de*, propio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, perteneciente a la sexta época y dictado en el ámbito penal, se puede ver también en el *Apéndice 2000*, pero en su t. II, tesis 51 (H), p. 3153, aunque originalmente se publicara en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol. VII, segunda parte, p. 52.

No obstante, las interrogantes de mayor relevancia apuntan hacia otra dirección. Así, se ha mencionado que si se repara en que la Ley de Imprenta se expidió entretanto el poder legislativo reglamentaba los artículos 6 y 7 constitucionales, lo cual sólo le estaba permitido al Congreso de la Unión en el primer periodo ordinario de sesiones que finalizó el 31 de diciembre de 1917, si se atiende lo dispuesto en el original artículo 66 y en el artículo decimosexto transitorio de la Constitución, y se considera que al acabar ese lapso no ejerció tal facultad, pasando esta competencia en principio a las legislaturas locales, es viable concluir que aquel ordenamiento secundario nunca tuvo la posibilidad de conservar su vigencia en razón de que ningún precepto constitucional mencionó expresamente que su vigencia se prorrogaba, pero sobre todo porque esa ley contraviene el régimen definitivo de distribución de competencias ordenado por nuestra norma fundacional. En este contexto, dejando de lado el segundo de los argumentos ya enunciados, la crítica principal que conviene profundizar consiste en que respecto de la Ley de Imprenta "*su origen y su ámbito de regulación como ordenamiento federal, son contrarios a los principios [constitucionales]*", cuestión que en esencia sugiere no estimar vigente una ley contraria al artículo 124 constitucional y dictada por un actor que no gozaba de facultades legislativas.

Con esto apuntado, el problema de vigencia en el sentido coloquial del término, se transforma en un problema de validez formal o de vigencia, pero entendidas estas figuras en lenguaje garantista como los parámetros que remiten al estudio de la competencia de los órganos facultados para dictar una norma, en este caso, la Ley de Imprenta, y el apego de estas mismas autoridades a los procedimientos idóneos para conducir su actividad legislativa. Desde esta óptica deviene básico el análisis de las supuestas facultades en las que sustentó Venustiano Carranza, en su calidad de "*Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del poder ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos*", la expedición de aquella ley pretendidamente reglamentaria de los artículos 6 y 7 constitucionales, para lo cual es aconsejable acudir a dos fuentes extras en búsqueda de datos que aclaren el tema.⁴⁰

⁴⁰ Estas citas corresponden a dos de los constitucionalistas tradicionales de nuestro país, TENA RAMÍREZ, F., *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19a. ed., Porrúa,

Situados en estas coordenadas, el documento toral a tomar en cuenta es el Plan de Guadalupe, firmado el 26 de marzo de 1913, del que se desprende que Venustiano Carranza no contó originalmente con facultades legislativas. Éstas se las concedió personalmente con las adiciones que en Veracruz expidiera a ese Plan el 12 de diciembre de 1914, concretamente en su artículo segundo que, entre otras cosas, le facultó para dictar y poner en vigor, durante el tiempo que persistiera la contienda revolucionaria, “todas las demás leyes que se estimen necesarias para asegurar a todos los habitantes del país la efectividad y el pleno goce de sus derechos, y la igualdad ante la ley”, ordenamientos entre los que presuntamente podría ubicarse la Ley de Imprenta. Sin embargo, este cuadro no estaría completo si se desconociera lo que el propio artículo 5 de esas adiciones dispuso, a saber, que una vez instalado el nuevo Congreso de la Unión, el Jefe del Ejército Constitucionalista “daría cuenta del uso de las facultades extraordinarias mencionadas y especialmente le sometería las reformas expedidas y puestas en vigor durante la lucha, y con el fin de que el Congreso las ratifique, enmiende y complemente”. A esta información puede añadirse que el 14 de septiembre de 1916, el propio Carranza elaboró un decreto de reformas al Plan de Guadalupe en el que distinguió entre medidas de índole social y política, a fin de recalcar que las primeras podían darse por medio de leyes sin necesidad de aguardar un Congreso Constituyente. Aunque sean breves, estos elementos propician varios señalamientos.

Si no se peca de distracción, parece obvio que para abril de 1917 la situación en la que imperó un escenario de lucha había terminado, por lo que no es pertinente tratar de justificar la expedición de la Ley de Imprenta acudiendo a las facultades confiadas a Venustiano Carranza para dictar leyes durante ese periodo de combate, como tampoco resulta adecuado argumentar que ese ordenamiento implicaba medidas de carácter social que podían efectuarse de forma inmediata a través de una ley, pues es altamente improbable que sus disposiciones califiquen como parte de las reformas sociales impulsadas por la revolución. En todo caso, la Constitución promulgada el

5 de febrero de 1917 encaró expresamente los problemas propiamente de naturaleza social, como fueron el obrero y el agrario, y es patente que confirmó que la materia regulada en dicha ley no era uno de ellos.

Las reflexiones anteriores son suficientes para negarle vigencia y validez a la Ley de Imprenta, pero si todavía se insistiere en su respaldo, usando como argumento que Venustiano Carranza conservó las facultades concedidas en las adiciones al Plan de Guadalupe, sin importar el carácter social o no de aquel ordenamiento, incluso tiempo después de promulgada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bastándole únicamente con informar y someter al Congreso de la Unión esa legislación provisional reglamentaria de los artículos sexto y séptimo constitucionales, para que pudiera ser ratificada, enmendada o perfeccionada por el nuevo poder legislativo, toda vez que dicha norma fundacional aún no cobraba vigencia, y por lo tanto, no derogaba sus atribuciones especiales, habría que considerar si efectivamente puso a disposición del Congreso de la Unión esa ley secundaria, circunstancia que se afirma nunca aconteció, y si esa opción le estaba constitucionalmente permitida o le estaba vedada.

Prescindiendo de investigaciones históricas que rebasan a los autores de este ensayo, basta enfocarse en lo segundo para corroborar la inconstitucionalidad de la Ley de Imprenta al descubrir que es desacertado suponer que el silencio del poder legislativo constituyó una ratificación tácita de esta ley confeccionada por Venustiano Carranza. Esa conclusión se desprende del estudio integral de los artículos transitorios que acompañaron originalmente a la Constitución de 1917. En el primero de ellos se puede leer que su entrada en vigor se dejó para el 1 de mayo de ese año, con una importante salvedad concerniente a las disposiciones relativas a las elecciones de los “Supremos Poderes Federales y de los Estados”, las cuales cobraron vigencia desde la promulgación de la norma fundacional. A su vez, en el artículo segundo transitorio se encomendaba al que fuera Jefe del Ejército Constitucionalista, en su calidad de “encargado del poder ejecutivo”, que inmediatamente después de publicada la Constitución, llevara a cabo una serie de acciones a fin de que quedara instalado el Congreso de la Unión con anterioridad a la designación de la persona que ocuparía la presidencia de la República, a

efecto de que tal ciudadano rindiera la protesta de ley ante ese órgano colegiado.

Pese a todo, dichos preceptos transitorios no fueron los únicos en comenzar su vigencia antes del 1 de mayo de 1917. Así, de la sola lectura del artículo sexto se evidencia que sus disposiciones también se establecieron para regular situaciones previas a esa fecha y, consecuentemente, las normas en él incluidas resultaron obligatorias desde que se promulgó la ley fundamental. Sólo así se entiende que por medio de ese artículo se constriñera a los integrantes del Congreso de la Unión para reunirse en un periodo extraordinario de sesiones desde el 15 de abril de ese año, que no se limitaba a resolver cuestiones exclusivamente electorales, sino que se extendía a la expedición de leyes orgánicas indispensables para poner en práctica varios nombramientos de funcionarios judiciales, pero que inclusive iba más allá de este ámbito relacionado indirectamente con una materia electoral, al indicarse que ese periodo extraordinario también debía servir para que se expidieran todas las leyes que “consultare el poder ejecutivo de la Nación”.

De ese artículo sexto transitorio se sigue una pregunta elemental sobre a cuál ejecutivo federal se le facultaba para consultar leyes con el Congreso de la Unión, obligando a éste a expedirlas en el mencionado periodo extraordinario, si se trataba de Venustiano Carranza, del que resultare electo luego de promulgada la Constitución o de ambos en tiempos distintos, pues es sencillo percatarse que por lo menos hasta el 30 de abril de 1917 el poder ejecutivo de la Unión se encontró depositado en el Jefe del Ejército Constitucionalista. Para dilucidar esta incógnita es oportuno advertir que en los artículos segundo, sexto, noveno y decimoquinto transitorios, cada vez que se quiso hacer referencia al cargo que desempeñaba Carranza se utilizó la palabra “encargado”, detalle que no se siguió en el propio artículo sexto al hablarse de esa obligación del legislativo para despachar todas las leyes que le “consultare el poder ejecutivo de la Nación”. Ante este panorama, la interpretación idónea es la que rehúsa que el Congreso se halló siquiera por esos quince días vinculado a discutir las leyes que le presentara tal encargado.⁴¹

⁴¹ Esta alternativa se ve fortalecida si se toma en cuenta la redacción de los artículos transitorios contemplados en el proyecto de Constitución que presentara al Congreso

Si la aseveración precedente se comparte, entonces es más fácil observar que las obligaciones impuestas a Venustiano Carranza en el artículo 5 de las adiciones al Plan de Guadalupe del 12 de diciembre de 1914, se vieron afectadas gracias al régimen inaugurado por la Constitución de 1917, puesto que la única ocasión para que el Jefe del Ejército Constitucionalista diera cuentas del uso de sus facultades extraordinarias al Congreso de la Unión constituido por esta norma fundacional, debería haberse dado en el transcurso de la segunda quincena de abril de 1917, ya que antes ese Congreso no estaría reunido, y a partir del 1o. de mayo de ese año que quedaba instalado solemnemente, Carranza no ostentaría más su cargo revolucionario. En paralelo, de mayor trascendencia es reconocer que era jurídicamente inviable para este personaje someter ante aquel cuerpo colegiado las leyes que hubiera expedido con base en las atribuciones legislativas con que se investiera en Veracruz, entre ellas la Ley de Imprenta, a fin de que tuvieran la posibilidad de ser ratificadas, enmendadas o complementadas, en atención a que el artículo sexto transitorio no le otorgó resquicio alguno para presentar al Congreso dichos ordenamientos legales, ni al propio poder legislativo le facultó para discutir cualquier otra ley que no le consultara el nuevo ejecutivo federal, además de las indicadas explícitamente en el citado artículo sexto transitorio.

En este contexto, como la Ley de Imprenta nunca pudo someterse a discusión del Congreso de la Unión, porque no lo permitía el ar-

de Querétaro el propio Venustiano Carranza, el 1o. de diciembre de 1916, pues ahí el Jefe del Ejército Constitucionalista ya se calificaba a sí mismo con el mote de encargado del poder ejecutivo, tanto al inicio del artículo segundo como al final del artículo sexto, cuyos textos son prácticamente idénticos a los de los preceptos finalmente sancionados, pero no se acompañaba ese término, “encargado”, cuando se hacía referencia a la obligación del Congreso de la Unión de expedir las leyes que le consultare el titular del ejecutivo nacional, contenida también en ese artículo sexto transitorio. No obstante, si estos argumentos no se estimaran suficientes, toda duda subsistente debe quedar disipada al percatarse que la fecha original en la que ese proyecto de Carranza propuso la entrada en vigor de la Constitución y la del inicio del periodo extraordinario de sesiones del que se hablaba en ese artículo sexto, son exactamente la misma, el 1 de abril de 1917, por lo que para el día en que debía comenzar tal periodo extraordinario, la única persona que tendría la oportunidad de ocupar el cargo de presidente de la República, sería la recién electa, no Carranza, y por lo tanto, el único facultado para propiciar esa labor legislativa sería el nuevo ejecutivo federal (TENA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 802-803).

título sexto transitorio de la Constitución, y por lo mismo ese órgano legislativo nunca tuvo la posibilidad de revalidarla ni expresa ni implícitamente, resulta incontrovertible que tal ordenamiento no fue ratificado, circunstancia que a su vez evidencia que no se dio cumplimiento a lo exigido en el artículo 5 de las adiciones del Plan de Guadalupe del 12 de diciembre de 1914, por lo que en definitiva, si alguna vez gozó de vigencia esa ley expedida por Venustiano Carranza, en consideración a las propias normas consagradas en las adiciones a ese Plan, se vio desprovista de ella irremediadamente al no ser convalidada por el nuevo poder legislativo federal.

Alcanzar esta conclusión no impide sostener que al órgano federal encargado de emitir leyes, si se descubriera que la Ley de Imprenta conserva hoy día su vigencia, le está permitido legislar en la materia, a menos que se comparta el punto de vista que circunscribe tal atribución exclusivamente al primer periodo ordinario de sesiones, sustentando esta postura en el aludido artículo decimosexto transitorio, opción a la que habría que añadir, para ser consistente, que si en ese precepto se daba al Congreso de la Unión la oportunidad de expedir la ley reglamentaria que consideraba Venustiano Carranza había de poner fin a la vigencia de su "provisional" Ley de Imprenta, esto sólo pudo hacerse en el hipotético caso en que esa ley hubiera sido una que el nuevo titular del poder ejecutivo de la nación consultare con ese órgano colegiado, lo que no ocurrió.⁴²

⁴² Esto ha de interpretarse así porque el artículo decimosexto remite al artículo sexto transitorio para indicar qué leyes orgánicas pudo expedir el Congreso de la Unión en el periodo ordinario de sesiones que inició el 1o. de septiembre de 1917, las cuales exclusivamente pudieron ser las que le consultara el ejecutivo federal con fundamento en el propio artículo sexto, pues las otras leyes orgánicas a que se refiere este precepto, las concernientes a la organización de ciertos órganos judiciales, debían quedar listas antes del 1o. de julio de ese año, a fin de que los juzgadores correspondientes tomaran posesión de su cargo. Así, el único tema a discutir es si las leyes relativas a garantías individuales y las otras leyes vinculadas con los preceptos enlistados en el artículo decimosexto transitorio pudieran ser calificadas como leyes orgánicas y, en consecuencia, para ellas también ser aplicable la interpretación recién propuesta, es decir, que sólo podían elaborarse en ese primer periodo de sesiones siempre y cuando las hubiera consultado con el Congreso de la Unión el titular de la presidencia de la República, o bien, de no compartir ese carácter de leyes orgánicas, iniciar un debate sobre la posibilidad de que su expedición no haya quedado circunscrita o limitada de forma alguna por los plazos y términos del artículo decimosexto. Con este último escenario, podría perfectamente afirmarse que esas leyes sobre garantías individuales, junto con las demás de que se habla en la parte final del

De esta manera, queda como único pendiente revisar si el Jefe del Ejército Constitucionalista mantuvo las facultades legislativas extraordinarias que se otorgara a sí mismo por medio del artículo segundo de las adiciones al Plan de Guadalupe, que son las que en teoría le permitieron la expedición de la Ley de Imprenta, después de que el 5 de febrero de 1917 se promulgara la Constitución. En caso afirmativo, esa ley resultaría compatible con el ordenamiento fundacional, de lo contrario, se demostraría que defender su constitucionalidad es desacertado.

En ese entendido, la interrogante final a debatir se puede resolver de dos formas, la primera consiste en afirmar que si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comenzó su vigencia hasta el 1o. de mayo de 1917, a excepción de los supuestos específicos que se contemplaron en materia electoral, no era posible que para la fecha en que Venustiano Carranza emitiera la Ley de Imprenta, sus atribuciones extraordinarias concedidas en el mencionado artículo segundo de las adiciones al Plan de Guadalupe hubieran sido eliminadas, por lo que debido es acordar que la expedición de ese ordenamiento reglamentario aún le estaba permitida; la segunda implica negar la anterior posibilidad alegando que las facultades legislativas excepcionales con que contó Carranza se agotaron, salvo concretos casos detallados en los propios artículos transitorios de nuestra norma fundacional, desde el 5 de febrero en que ésta fuera debidamente promulgada. Eso sí, cualquiera que sea la alternativa adoptada, no parece correcto disputar que las facultades legislativas del "encargado" del poder ejecutivo de la nación resultaron compatibles, a partir del 1o. de mayo de 1917, con lo dispuesto en el artículo 49 constitucional que desde ese entonces prohibía se depositara en un único individuo el poder legislativo, salvo originalmente la hipótesis del artículo 29.

Para despejar esta incógnita, es preciso continuar con el examen de los preceptos transitorios que acompañaron a la Ley Fundamental y detenerse esta vez en el artículo noveno, en el que expresamente se facultó al Jefe del Ejército Constitucionalista para expedir una ley de

artículo decimosexto, han originado algunas omisiones legislativas que a la fecha permanecen inatendidas, y de paso se pondría en duda una postura famosa sobre distribución de competencias en materia de garantías.

conformidad con la cual debían celebrarse las elecciones para integrar los recién constituidos poderes de la Unión, así como en el artículo decimoquinto, en el que se le encomendó la expedición de una "ley de responsabilidad civil aplicable a los autores, cómplices y encubridores de los delitos cometidos contra el orden constitucional en el mes de febrero de 1913 y contra el gobierno constitucionalista". Ahora bien, en relación con estas disposiciones transitorias también se requiere admitir su entrada en vigor con anterioridad al 1o. de mayo de 1917, pues sólo de este modo resultaba posible para Venustiano Carranza cumplir con esos encargos legislativos, sin que interfiriera con su actuación la referida prohibición del artículo 49 constitucional. Sobre este tema, es claro que el artículo noveno era asimismo una de las normas que en virtud del mandato plasmado en el artículo primero transitorio, cobró vigencia desde que se promulgara la Constitución, pero además, por lo que hace al artículo decimoquinto, éste prueba que tal vigencia anticipada no se agotó en lo electoral.

A la vista de estos últimos dos artículos transitorios, el noveno y el decimoquinto, y respetando sobre todo el principio que enseña que a las autoridades sólo les está permitido realizar lo que expresamente se les faculta en los ordenamientos jurídicos, debido es concluir que a Venustiano Carranza se le retiraron sus facultades legislativas extraordinarias desde el 5 de febrero de 1917, porque en los casos en los que en la Constitución se decidió conservarles esas atribuciones especiales no se dudó plasmar tal resolución de forma explícita, por lo que, al no procederse así respecto de la posibilidad de expedir una Ley de Imprenta, esta actuación le devino constitucionalmente prohibida. Siendo así, esa ley no ha de aplicarse ya que es inconstitucional por incompetencia de la autoridad que la dictó.

V. DEBATIENDO INTERPRETACIONES

El esfuerzo invertido hasta este momento demanda que nuestro artículo se cierre aventurando ciertas conclusiones para que puedan discutirse como soluciones plausibles a los enfrentamientos que hayan de originarse entre la libertad de expresión y/o el derecho a la información, por un lado, y el derecho al honor, por el otro. De igual forma, esta sección ha de utilizarse para dejar reseñados otros elementos que enriquecen el diálogo relativo a la constitucionalidad de

la Ley de Imprenta, así como para dejar constancia de fuentes doctrinales, jurisprudenciales e internacionales, a las que los interesados en el tema deben remitirse a fin de continuar este debate, y que por razones de tiempo no fueron posibles de detallar.

Aprovechando que los argumentos concernientes a la constitucionalidad de la Ley de Imprenta son los que continúan frescos, conviene emplearlos para encarar lo que ha quedado pendiente en este trabajo. En ese entendido, no sería objetivo negar la presencia de otros criterios jurisprudenciales que fácilmente pueden ser utilizados para intentar replicar a las conclusiones esbozadas con anterioridad. Así, es de recordarse que existe una jurisprudencia que indica que la legislación "preconstitucional" "tiene fuerza legal y debe ser cumplida, en tanto que no pugne con la Constitución vigente, o sea expresamente derogada", una tesis aislada que expresa una opinión similar pero de manera específica en relación con las leyes emanadas del Jefe del Ejército Constitucionalista, calificándolas como "leyes cuya vigencia nadie puede disputar", así como una última tesis que concreta todavía más el asunto en razón de que se refiere expresamente a la Ley de Imprenta.⁴³

En estas coordenadas, el argumento fundamental para disputar la aplicabilidad de la Ley de Imprenta permanece en dilucidar la cuestión concerniente a si pugna o no con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin importar la respuesta que cada uno asuma al respecto, lo cierto es que ese ordenamiento secundario, de aceptarse su constitucionalidad, contiene varios elementos que no son de importancia menor a la hora de resolver la

⁴³ En el orden que se han citado, la jurisprudencia y tesis aisladas son las siguientes, *Legislación preconstitucional*, quinta época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice* 2000, t. VI, tesis 303, p. 253; *Leyes del periodo preconstitucional*, quinta época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, p. 1140, y *Ley de Imprenta de 9 de abril de 1917*, quinta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLIV, p. 290. Asimismo, es debido mencionar una tesis aislada que si bien está vinculada con un ordenamiento diverso a la Ley de Imprenta, aunque también expedido por el Jefe del Ejército Constitucionalista, añade que esa ley no es anticonstitucional "puesto que lo mismo que la Constitución, reconoce como base el Plan de Guadalupe, modificado por el decreto de 12 de diciembre de 1914", criterio con el rubro *Periodo preconstitucional*, propio de la quinta época, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, p. 946.

oposición entre derechos que aquí interesa. El primero tiene que ver con la distinción entre el derecho al honor y el derecho a la vida privada o a la intimidad, el segundo puede aparecer siempre que el término “manifestación o expresión maliciosa” sirva para buscar importar en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina estadounidense de la “real malicia”.

Por la manera en que se encuentra redactado el artículo inaugural de la Ley de Imprenta, es relativamente sencillo que las personas que recurran a esta disposición para intentar demostrar la ilicitud de los hechos u omisiones que provocan la actualización de un daño moral, no duden en asociar la vida privada con la honra y la reputación y, en consecuencia, fundir los derechos al honor y a la privacidad o intimidad, sobre todo si se repara que la limitación establecida en el artículo séptimo constitucional expresamente habla del respeto a la vida privada.⁴⁴

Con independencia de la calificación que merezca esa estrategia, lo que no debe perderse de vista es que al enfrentarse el derecho a la información con ambos derechos, los criterios que pueden ensayarse como solución difieren de modo trascendental. Si se recuerda lo expuesto en secciones previas de este ensayo, no habrá problema en aseverar que ese derecho consagrado en la parte final del artículo sexto constitucional requiere para su adecuado ejercicio ser consistente con algún parámetro de veracidad, ni tampoco para afirmar que el derecho al honor no puede descansar en meras apariencias. Con eso en mente, es posible adelantar que el requisito indispensa-

⁴⁴ Apoyan la distinción de esos derechos, entre otros, FIGUEROA NAVARRO, M. C., “El conflicto intimidad/información: un análisis jurisprudencial”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, fascículo III, septiembre-diciembre de 1996, Madrid, pp. 944-945 y 955, para el cual de cualquier modo una violación a la intimidad puede repercutir en una al derecho al honor; FAÚNDEZ LEDESMA, que si bien en principio parece aceptar que el derecho al honor forma parte de una concepción amplia de la vida privada, termina por concluir que ambos derechos deben mantenerse separados, *op. cit.*, pp. 73 y 101-102, y GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., “El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales”, en *Temas selectos de derecho internacional*, 4a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 715-728, cuyo artículo constituye una defensa del derecho a la intimidad, prerrogativa que liga incluso con la democracia, quizá para negar la prioridad que se predica sobre las libertades de comunicación al caracterizarlas como garantías institucionales, y a la que distingue también del derecho a la propia imagen.

ble para que prevalezca el derecho a la información frente al derecho al honor es la veracidad de lo informado, mientras que su relación con el derecho a la intimidad, se ha de inclinar dependiendo de la relevancia pública del hecho cierto divulgado, es decir, de la importancia que los datos revelados guarden para la formación de la opinión pública en torno a un tema que por los personajes involucrados o por su mismo objeto, es de interés general. Como sea, estas reflexiones nada dicen todavía acerca del nivel de exigencia en cuanto al apego a la pauta de veracidad, ni solventan la distinción entre “interés público” e “interés del público”.

En cuanto a dar entrada a la doctrina norteamericana de la *actual malice* tomando como pretexto las manifestaciones o expresiones maliciosas a que se refiere la Ley de Imprenta, a pesar de que puede llegar a compartirse la utilidad que poseen esas ideas de derecho comparado en la resolución de la oposición entre una de las libertades de comunicación y el derecho al honor, toda vez que a través suyo es posible definir el grado de veracidad que el ejercicio del derecho a la información necesita mantener a fin de permanecer respetuoso de los derechos de los demás, no parece acertado brindarles esa bienvenida vía las disposiciones de ese ordenamiento “preconstitucional”.⁴⁵ Esto porque en tal ley a partir del término “malicioso”, se confunden ambas libertades, así como criterios civiles y penales.

En efecto, tal como se ha advertido, el recurso a las disposiciones de la Ley de Imprenta se presenta en muchas ocasiones para demandar civilmente por daño moral, pero en este ámbito existe algún criterio jurisprudencial que resta importancia a la intención del individuo que con su conducta presuntamente provoca esa afectación a los bienes de la personalidad que son protegidos en el artículo 1916 del Código Civil, entre los cuales están los que le dan contenido al derecho al honor, razón por la que pretender la aplicación del parámetro de malicia, sobre todo a la luz de la definición que introduce el ar-

⁴⁵ A fin de introducirse en explicaciones detalladas sobre la mencionada doctrina, sirven muy bien el trabajo de VÁZQUEZ ROSSI, J. E., *La protección jurídica del honor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, y sobre todo, el de BERTONI, E. A., “El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2004, pp. 439-456.

título 4 de aquel ordenamiento secundario, en la que una de sus acepciones se hace ver como una especie de dolo, lo que por otra parte es comprensible puesto que dicha ley es una ley especial en materia penal, complica en exceso la prueba del daño moral.⁴⁶

No obstante, este consejo práctico no refleja el mayor de los inconvenientes. Así, después de un repaso conjunto de los artículos 4 y 5 de la Ley de Imprenta, es sencillo notar que el calificativo de malicioso se predica por igual de expresiones ofensivas, que se suponen objetivamente ofensivas por los términos en que se conciben entendiéndolos en su significado ordinario, como de manifestaciones que impliquen la intención de ofender, para luego introducir una excepción, “cuando el acusado pruebe que los hechos imputados al quejoso son ciertos, o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos”. En este sentido, no se distingue bien entre manifestaciones emitidas al amparo de la libertad de expresión, derecho del que puede defenderse como límite que no se use como pretexto para ejercer un inexistente derecho a ofender o a insultar, y la comunicación de hechos, actividad que ciertamente estará protegida por el derecho a la información siempre que los datos que se difundan con el ánimo de informar sean ciertos o, por lo menos, presumiblemente ciertos.

Un elemento adicional para acentuar este peligro de confusión está en el propio artículo 6 de la Ley de Imprenta, el cual dispone que “en ningún caso podrá considerarse delictuosa la crítica para un funcionario o empleado público si son ciertos los hechos en que se apoya, y si las apreciaciones que con motivo de ella se hacen son racionales y están motivadas por aquéllos, siempre que no se viertan frases o palabras injuriosas”, pues en ese precepto se ilustra a la perfección la forma en que en la práctica puede llegar a combinarse el goce de ambas libertades, dado que si se aprovecha el conocimiento de datos fácticos, a los cuales se llega en uso del derecho a la información y los cuales es posible transmitir en aras de este mismo derecho, es

⁴⁶ La tesis aludida es la I.8o.C.9 C, de rubro *Daño moral. No es necesario que su causante sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, para que pueda imputársele su causación*, perteneciente a la novena época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, p. 355.

consecuencia normal formular un juicio de valor que puede o no ser crítico, pero que lo que implica es el disfrute de la libertad de expresión. Cuestión aparte es averiguar si se justifica que en esta disposición se acompañe como restricción a esta última libertad, no sólo su carácter no ofensivo o insultante, sino una prueba de racionalidad y razonabilidad.

Postergando la forma en que se decide esta cuestión, son un par de sugerencias teóricas las que muestran las complicaciones que pueden surgir si al utilizar los referidos artículos de la Ley de Imprenta, no se tiene el cuidado suficiente para definir y distinguir entre la libertad de expresión y el derecho a la información. En ese aspecto, lo que se podría desprender de sus artículos 4 y 5, es que si se ejercita correctamente el derecho a la información, entonces está permitido insultar a nuestros semejantes, bajo el alegato de que emplear palabras que por su significado normal sean ofensivas no debe ser considerado malicioso si se prueba que se recurrió a ellas en relación con hechos ciertos, o al menos, presuntamente verdaderos, publicados con fines honestos, y aunque pudiera tenerse la precaución de añadir que no se presentará esa honestidad cuando se ofenda, como el artículo 5 no requiere exclusividad respecto de esos fines, bastará con que no se publique teniendo como único objetivo la ofensa, para salir impune. Y eso no es todo, ya que de considerarse el artículo 6, es sencillo percatarse que el caso donde nunca se podría recurrir a palabras injuriosas, a pesar de que se ejerza correctamente el derecho a la información, se presentaría al momento de cambiar de libertad a la de expresión, pues las críticas que ella permite, si se orientan a servidores públicos, sin excepción tendrán que mantenerse en términos respetuosos, circunstancia con la que adicionalmente parecería un trato desigual de difícil justificación. Ambas consecuencias es fácil tacharlas de inaceptables.

Como sea, las interrogantes que suscitan las disposiciones de la Ley de Imprenta que pretenden dotar de significado al término “malicioso”, conviene cerrarlas apuntando una final complicación práctica. Así las cosas, los interesados en litigar juicios por daño moral que no se promuevan debido a innegables manifestaciones insultantes, tendrán que optar por asumir la carga de la prueba consistente en demostrar que el demandado por esa responsabilidad civil tuvo conciencia de que sus actos la provocarían, siempre que recurran a ese

ordenamiento secundario para hacer valer la presencia de expresiones maliciosas, porque en esos supuestos, éstas necesitan que se evidencie la intención de ofender, pero con la ventaja de que su éxito en ese aspecto facilitará que se confirme la ilicitud requerida para actualizar el daño moral, e inclusive, que deba traducirse en que el acusado tenga que acreditar que sus dichos maliciosos responden a los hechos propios de la parte que demanda el daño moral, que son ciertos, o como mínimo, respecto de los cuales tuvo motivos suficientes para considerarlos verdaderos.

En contrapartida, si esos litigantes hipotéticos prefieren acogerse al último criterio jurisprudencial enunciado, argumentando que en lo tocante al daño moral no es necesario que su causante sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo para que pueda imputársele su causación, aunque con ello escapen a la carga probatoria que acompaña a esa especie de dolo que implican algunas manifestaciones maliciosas, no podrán hacer lo mismo con la demostración de la ilicitud, la cual permanecerá subsistente y les exigirá otras razones para acreditarla plenamente, lo que de todos modos no parece acarrear que se altere el deber del demandado de mostrar que sus pronunciamientos se encuentran amparados en el goce adecuado de sus libertades de comunicación.

En definitiva, lo que esta serie de reflexiones persigue es negar la posibilidad de que la doctrina de la *actual malice* se introduzca en nuestro ordenamiento jurídico al confundirla con las manifestaciones maliciosas, de entrada porque este término plasmado en la Ley de Imprenta obviamente nunca ha tenido relación con esa teoría, dado que la regulación que lo contiene la anticipa en varias décadas. Además, porque el término "malicioso" resulta criticable por sí solo debido a su ambigüedad, ya que lo mismo sirve como sinónimo de ofensivo, insultante o injurioso, que para calificar la intención de ofender, insultar o injuriar, aunque para ello no se empleen palabras altisonantes. Finalmente, porque como se ha tratado de advertir, los preceptos de esa ley secundaria que lo contienen conducen sin mayor dificultad a perder de vista la separación entre la libertad de expresión y el derecho a la información. En ese entendido, aunque el motivo de estas líneas sea evitar que por medio de argucias interpretativas se pretenda en la actualidad asociar la categoría de malicioso

con las ideas sobre la "real malicia", ello no significa que tal teoría carezca de interés en la oposición de derechos examinada.

Precisamente porque lo que interesa es aportar soluciones a tal enfrentamiento, la doctrina de la *actual malice* sirve porque ayuda a definir el contenido del derecho a la información. Darle la bienvenida en nuestro ordenamiento jurídico tampoco resulta tan complejo, pues a menos que se tenga la extraña pretensión de que ese derecho pueda contener tanto un derecho a informar como un derecho a mentir, es sencillo afirmar que aquellas ideas de derecho comparado permiten establecer los niveles mínimos que el derecho a la información necesita cubrir para que su goce sea acorde con un parámetro de veracidad, que no son otros que exigir a sus titulares que tengan la precaución de intentar corroborar la autenticidad de sus fuentes informativas antes de transmitir los datos de que se trate. Evidentemente, no se cumplirá con ese deber de diligencia cuando se informe algo que de modo anticipado se sabe falso, o bien, cuando la persona que ejercita este derecho se conduce con una completa indiferencia por averiguar si lo que informa es cierto.

Sin embargo, en lo que la referida doctrina no parece ayudar es en proporcionar elementos que transparenten la forma adecuada de practicar la libertad de expresión, por lo que de momento sólo se podría especular que este derecho conserva un área sumamente amplia en la que es posible desplegarlo. Con todo, esa extensión no es suficiente para aseverar que esta libertad pueda encubrir un inapropiado derecho al insulto. De cualquier modo, como se anticipaba, lo más interesante es meditar si los juicios de valor, las opiniones, los puntos de vista que se expresan a partir del análisis de alguna información fáctica, justamente porque la utilizan como base, heredan una carga de racionalidad y razonabilidad, necesaria para que el debate que pudieran propiciar se conduzca en términos coherentes. Aquí se estima conveniente afirmar ese deber tomando en cuenta que una de las finalidades que persigue la defensa de la libertad de expresión es la de contribuir al diálogo, a la deliberación, a la discusión de cualquier tema que favorezca la formación de una opinión pública crítica, objetivo que sería imposible de alcanzar si lo que se expresa es incongruente con el contexto que lo origina.

Con esas ideas en mente relativas a la delimitación del contenido esencial de ambas libertades de comunicación, es posible observar

una consecuencia básica aplicable al ámbito penal. Ni el delito de difamación, ni el delito de calumnia, podrían actualizarse cuando la conducta del presunto implicado en su comisión se reduzca al mero ejercicio de la libertad de expresión, dado que si este derecho se emplea de una forma adecuada, no quedará duda de que las manifestaciones que en principio se estimaron delictuosas no pasarán de ser señalamientos valorativos sin ningún vínculo con la "imputación de hechos" que tales delitos requirieren.⁴⁷

Una vez situados en la materia penal, no está demás dejar constancia de algunas acotaciones adicionales. Llama la atención que exista una tesis aislada en la que se estimó oportuno distinguir entre delitos de prensa y delitos cometidos a través de la imprenta, tomando como pretexto la fracción VI del artículo 20 constitucional, y usando como argumento que el término "prensa" únicamente se refiere a publicaciones cotidianas o periódicas.⁴⁸ Ante este pronunciamiento, vale la pena reiterar que si bien pueden existir diferencias entre los medios por los cuales se ejercen las libertades de comunicación, habría que tener cuidado de establecer límites diversos dependiendo solamente de esas vías por las que se ejercitan y no con base en su contenido. En contra de esa separación, es viable alegar que en una ley especializada como lo es la Ley de Imprenta, no se le considera relevante.

Y ya que se recuerda otra vez ese ordenamiento secundario, vale la pena señalar que en todo caso, existe algún criterio judicial que

⁴⁷ Como se anticipó, este ensayo no persigue la calificación de un estudio de derecho penal, así que debido es remitir a otros autores para que el lector al que interese esta materia tenga acceso a fuentes especializadas. En ese sentido, puede sugerirse DÍAZ DE LEÓN, M. A., "El delito de calumnia", en *Criminalia*, año XLII, núm. 2, mayo-agosto de 1996, México, pp.37-84, trabajo en el que se analiza el delito de calumnia a partir del Código Penal Federal, o con mayor provecho, REQUENA, C., "El delito de calumnia en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal", en *Ars Iuris*, núm. 28, México, 2002, pp. 395-418, artículo en el que el estudio de ese delito se hace a partir de las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal. En lo tocante al delito de difamación, algunas reflexiones se le dedican en CENDEJAS JÁUREGUI, M., "Libertad de expresión y derecho al honor", en *Lex*, tercera época, año VIII, núm. 106, abril de 2004, México, 2004, pp. 32-44, escrito en el que de igual manera se habla de la calumnia.

⁴⁸ Se trata de un criterio jurisprudencial de rubro *Libertad de imprenta*, perteneciente a la quinta época, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que actualmente aparece en el *Apéndice 2000*, t. II, bajo el número de tesis 1827, en la p. 859.

tiene la precaución de sugerir que en lo tocante a la libertad y a los delitos de imprenta, la regulación que pueda hacerse debe respetar la distribución de competencias ordenada en el artículo 124 constitucional. Por otra parte, si se salva la correcta distinción entre libertades de comunicación, resulta de interés tener en cuenta que en el artículo 34 de la Ley de Imprenta se concede la oportunidad de explicar los términos en que se han ejercido tales derechos antes de que pueda sancionarse a su titular, lo que no es excusa para oponerse a que se penalice la libertad de expresión, pues no hay que olvidar que las penas son limitantes que requieren siempre mayor justificación.⁴⁹

De hecho, si no se pierde de vista que la naturaleza propia del derecho penal es la de funcionar como instrumento de *ultima ratio* en un ordenamiento jurídico, puede resultar más sencillo coincidir en que en lo concerniente a las restricciones idóneas para limitar el ejercicio tanto de la libertad de expresión como del derecho a la información, lo prudente será mantenerse exclusivamente en el ámbito civil, toda vez que difícilmente en un estado constitucional de derecho en el que impere una visión garantista, podrá entenderse coincidente con las más altas exigencias democráticas, seguir recurriendo a sanciones penales para coartar las libertades. En ese sentido, la sentencia del 2 de julio de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Herrera Ulloa*", es un magnífico recordatorio.⁵⁰

⁴⁹ En el orden en que se alude a estas ideas, las tesis que las respaldan son las de rubro *Delitos de imprenta*, quinta época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice 2000*, t. II, tesis 1014, p. 474, en la que de paso no se limita temporalmente la facultad del Congreso de la Unión para reglamentar las garantías individuales, con todo y que se reconoce que esa función no es exclusivamente federal; *Ley de Imprenta injurias*, sexta época, también de la Primera Sala, *Apéndice 2000*, t. II, tesis 1761, p. 832, y *Libertad de imprenta*, de nueva cuenta de la quinta época, Primera Sala, *Apéndice 2000*, t. II, tesis 1829, p. 859.

⁵⁰ Los pormenores de esa resolución comienzan a detallarse en el artículo previamente recordado de Bertoni (2004, 412-418, con especial énfasis en las notas de pie de p. que llegan hasta la hoja 421), aunque no conviene pasar por alto al darles lectura, la distinción que ya se ha propuesto entre la libertad de expresión y el derecho a la información. Con independencia de ello, entre otras cuestiones, ese ensayo también interesa por dar cuenta de documentos de suma importancia para la interpretación que sobre el tema ha de prestarse en este continente, como son la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y la Carta Democrática Interamericana (esta vez, 419-424).

Con esto dicho, nuestro único pendiente es hacer un recuento crítico sobre lo que han opinado los órganos del Poder Judicial de la Federación en fechas recientes para tratar de dibujar las fronteras entre las libertades de comunicación y otros derechos, así como para solventar algunos de los puntos a debate que aquí se han referido, advirtiendo que casi todos esos criterios se ligan con el daño moral.⁵¹

En ese contexto, algo que ciertamente motivó la delimitación de las libertades de comunicación fue la consideración del artículo 1916 bis del Código Civil, en el que claramente se dejan asentados los términos de la disputa que nos interesa, pues a ninguna persona se le puede obligar a la reparación del daño moral si sólo se ha limitado a ejercer su libertad de expresión y/o su derecho a la información dentro de la órbita que trazan los artículos sexto y séptimo constitucionales, situación que incluso propicia que de entrada recaiga la carga de la prueba relativa a la ilicitud del comportamiento opuesto y al daño que causa, en la propia parte acusadora.⁵²

⁵¹ Obviamente no se ha pretendido comentar la totalidad de las tesis jurisprudenciales sobre la materia, por lo que debido es recomendar a los interesados en litigar juicios civiles por daño moral la lectura de diversos criterios que no se analizan en el texto principal, tales como *Daño moral. Prueba del mismo*, y *Daño moral. Su regulación*, surgidos a raíz del mismo caso, séptima época, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, cuarta parte, p. 98; *Daño moral. Requisitos necesarios para que proceda su reparación*, octava época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 85, enero de 1995, tesis I.5o.C. J/39, p. 65; *Daño moral. La publicación de la sentencia que condena a resarcir el, sólo procede en aquellos casos en que se ha menoscabado o mancillado el honor de la persona afectada*, novena época, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, marzo de 1996, tesis I.6o.C.42 C, p. 911; *Daño moral. Presupuestos necesarios para la procedencia de la acción relativa (Legislación del Distrito Federal)*, novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, noviembre de 2002, tesis I.3o.C.368 C, p. 1131; *Daño moral en el derecho positivo mexicano*, novena época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, abril de 2003, tesis I.4o.C.58 C, p. 1073, y *Daño moral. Hipótesis para la procedencia de su reclamación*, novena época, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIX, junio de 2004, tesis I.11o.C.103 C, p. 1431.

⁵² Algunos criterios jurisprudenciales con esta orientación son los de rubro *Daño moral, no se está obligado a la reparación del, cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas a que alude el artículo 6o. constitucional*, novena época, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la*

No obstante, es evidente que pronunciamientos que se contentaran con decidir que se produce un daño moral cuando las libertades de comunicación afectan los bienes tutelados en el artículo 1916 del Código Civil, entre ellos los que le dan contenido al derecho al honor, alegando que en el supuesto concreto de que se trate, la libertad de expresión o el derecho a la información no han respetado las restricciones plasmadas en los artículos sexto y séptimo constitucionales, no representan avance alguno en la resolución de esta oposición, puesto que olvidan que lo esencial es señalar las razones específicas que determinan justamente por qué el titular de esas libertades se ha conducido en exceso de dichas limitantes.⁵³

Sobre el particular, debe insistirse cuantas veces sea necesario que la regulación legal del daño moral constituye una de las responsabilidades ulteriores que si bien pueden servir para limitar el disfrute de las libertades de comunicación, ello sólo es constitucionalmente posible si tales restricciones se mantienen consistentes con un orden democrático y son aplicadas luego de que aprueben un examen al que se les someta por medio de un juicio de ponderación. Para lo cual, con anterioridad deviene necesario definir los contenidos de la libertad de expresión y el derecho a la información, de delimitar es-

Federación y su Gaceta, t. IV, diciembre de 1996, tesis I.6o.C.88 C, p. 385, en el que obviamente sólo se hace referencia al problema que conlleva el uso adecuado de la libertad de expresión, y *Daño moral. Libertad de imprenta o prensa. Limitantes establecidas en el artículo 7o. constitucional*, novena época, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001, tesis I.10o.C.14 C, p. 1120, en el que debido es advertir, entre otras cosas, la confusión reinante en lo concerniente a la distinción entre ambas libertades de comunicación, así como que la interpretación que en esa tesis se dispensa al artículo séptimo constitucional parece enfocarse a la protección de expresiones escritas, con lo que de paso se acepta tácitamente que a las expresiones orales se les ampara en el artículo sexto constitucional.

⁵³ No escapa a este defecto derivado de una abstracción excesiva incluso el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se puede apreciar con el siguiente criterio, el cual claramente traspasa las coordenadas propias de la institución del daño moral, cuyo rubro es *Derecho a la información. Su ejercicio se encuentra limitado tanto por los intereses nacionales y de la sociedad, como por los derechos de terceros*, perteneciente a la novena época y publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, de abril de 2000, tesis P. LX/2000, p. 74, y a partir del cual bien puede recordarse que es criticable buscar definir y/o garantizar un derecho a base de mencionar sus limitantes, máxime si envuelven conceptos jurídicamente indeterminados.

tos derechos desde dentro, a fin de que se esté en aptitud de proponer las soluciones pertinentes para dar fin a su eventual enfrentamiento con otras prerrogativas, tales como el derecho al honor.⁵⁴

En ese trayecto más ambicioso es posible ubicar otros criterios jurisprudenciales, los cuales, por extraño que parezca, contienen más elementos para meditar que para celebrar. En lo concerniente al derecho a la información, es el caso de la tesis de rubro *Daño moral. Publicaciones periodísticas que lo causan*, en la que a pesar de repararse en la trascendencia que en esta materia tiene el apego a un parámetro de veracidad, se termina por confundir aquel derecho con la libertad de expresión y, sobre todo, por colocar el grado de respeto a dicha pauta en un nivel exagerado, pues con base en ella podría comenzarse a demandar en las personas que ejerzan el derecho a la información, conocimientos jurídicos especializados que bastante lejos parecen encontrarse del mínimo deber de diligencia que se requeriría de aceptarse la doctrina de la *actual malice*.⁵⁵ En cuanto a la libertad de expresión, la tesis de rubro *Daño moral. Expresiones cuya publicación en un medio de comunicación masivo acreditan en sí mismas que se produjo*, podría usarse para delinear la frontera existente entre expresiones constitucionalmente permitidas y vedadas, aprovechándose para separarla del infundado derecho al insulto, siempre que pueda superarse la tentación de inmiscuirse con la "moral".⁵⁶

⁵⁴ En nuestra opinión, dar la voz de alerta sobre las ventajas que tiene encarar previamente el problema de definición de derechos antes que el dilema sobre la ocasional ponderación que habrá de solventar sus oposiciones, es la contribución principal de trabajos como el de ESPINOSA-SALDAÑA, autor que incluso apoya esta tesis en un caso conocido como "*Lopesan*", resuelto por el Tribunal Constitucional Español a través de su sentencia 139/1995.

⁵⁵ La tesis I.7o.C.30 C que se analiza, pertenece a la novena época, fue dictada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, de mayo de 2000, p. 921. En ella emergen otros asuntos que no conviene dejar de abordar, pues por un lado vincula la ilicitud indispensable para actualizar el daño moral con la definición que de tal término se da noticia en el artículo 1830 del Código Civil, y por el otro, afirma como única limitante de la libertad de expresión el respeto a la vida privada, lo que de paso ilustra la confusión reinante en ese órgano judicial en relación con la apropiada distinción entre los derechos involucrados, pero sobre todo, por asumir como pacífica una cuestión por demás controvertible, que las opiniones pueden alcanzar a dañar la intimidad.

⁵⁶ Este criterio jurisprudencial I.10o.C.15 C, también es de la novena época, fue redactado por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y apare-

Asimismo, tampoco habría que sorprenderse demasiado si dentro de una sola fuente jurisprudencial, conviviendo con imperdonables asimilaciones entre la libertad de expresión y el derecho a la información, o bien, entre el derecho al honor y el derecho a la privacidad o intimidad, se pueden localizar elementos que funcionen a la perfección para explicar los alcances de esas prerrogativas, para reseñar sus distintos orígenes en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso para afirmar la utilidad que el método de ponderación posee a fin de poner fin a las colisiones que se dan entre ellas, como pasa con las tesis que ahora se copian.⁵⁷

Novena época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, Tesis: I.3o.C.244 C, p. 1309.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6o., 7o. Y 24 CONSTITUCIONALES. El derecho a la información tiene como límites el decoro, el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación, pues el artículo 6o. otorga a toda persona el derecho de manifestar libremente sus ideas y prohíbe a los gobernantes que sometan dicha manifestación a inquisición judicial o administrativa, salvo que ataquen la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público. Así, la manifestación de las ideas se encuentra consagrada como uno de los derechos públicos individuales fundamentales que reconoce la Constitución, oponible por todo individuo, con independencia de su labor profesional, al Estado, y los artículos 7o. y 24 de la propia Carta Fundamental se refieren a aspectos concretos del ejercicio del derecho a manifestar libremente las ideas. El primero, porque declara inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cual-

ció publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, de mayo de 2001, p. 1119.

⁵⁷ Proveniente del mismo órgano judicial que elabora la primera de estas tesis, puede darse lectura a otra de rubro *Daño moral. Es la alteración profunda que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por hecho ilícito*, cuyos datos de identificación sólo varían respecto de la tesis que es ahora la I.3o.C.243 C, y la p. 1305. En ella, además de difundirse las fechas de reforma de los artículos del Código Civil que instauraron el daño moral, se confirma que los bienes que protege no son materiales.

quier materia y, el segundo, porque garantiza la libertad de creencias religiosas. Así, el Constituyente Originario al consagrar la libertad de expresión como una garantía individual, *reconoció la necesidad de que el hombre pueda y deba, siempre, tener libertad para apreciar las cosas y crear intelectualmente, y expresarlo, aunque con ello contrarie otras formas de pensamiento*; de ahí que sea un derecho oponible al Estado, a toda autoridad y, por ende, es un derecho que por su propia naturaleza debe subsistir en todo régimen de derecho. En efecto, la historia escrita recoge antecedentes de declaraciones sobre las libertades del hombre, y precisa que hasta el siglo XVIII, se pueden citar documentos sobre esa materia. No hay duda histórica sobre dos documentos básicos para las definiciones de derechos fundamentales del hombre y su garantía frente al Estado. El primero es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa, la cual se mantiene viva y vigente como texto legal por la remisión que hace el preámbulo de la Constitución de Francia de fecha veinticuatro de diciembre de mil setecientos noventa y nueve. El segundo, es la Constitución de los Estados Unidos de América, de diecisiete de septiembre de mil setecientos ochenta y siete. En la historia constitucional mexicana, que recibe influencia de las ideas políticas y liberales de quienes impulsaron la Revolución Francesa, así como contribuciones de diversas tendencias ideológicas enraizadas en las luchas entre conservadores y liberales que caracterizaron el siglo XIX, tenemos que se hicieron y entraron en vigor diversos cuerpos constitucionales, pero en todos ellos siempre ha aparecido una parte dogmática que reconoce derechos inherentes al hombre, y que ha contenido tanto la libertad de expresión como la libertad de imprenta. Por otra parte, los antecedentes legislativos relacionados con la reforma y adición a la Constitución de mil novecientos diecisiete, en relación al artículo 6o. antes precisado, tales como la iniciativa de ley, el dictamen de la comisión que al efecto se designó, y las discusiones y el proyecto de declaratoria correspondientes, publicados, respectivamente, en los Diarios de los Debates de los días seis, veinte de octubre y primero de diciembre, todos de mil novecientos setenta y siete, ponen de relieve que el propósito de las reformas fue el de preservar el derecho de todos respecto a las actividades que regula. *Esta reforma recogió distintas corrientes preocupadas por asegurar a la sociedad una obtención de información oportuna, objetiva y plural, por parte de los grandes medios masivos de comunicación.* Conforme a la evolución del artículo 6o. constitucional vigente y comparado con lo que al respecto se ha regulado en otros países, se concluye que a lo largo de la historia constitucional, quienes han tenido el depósito de la soberanía popular para legislar, se han preocupado porque existiera una Norma Suprema que reconociera el derecho del hombre a externar sus

ideas, con limitaciones específicas tendientes a equilibrar el derecho del individuo frente a terceros y la sociedad, puesto que en ejercicio de ese derecho no debe menoscabar la moral, los derechos de tercero, que implica el honor, la dignidad y el derecho a la intimidad de éste, en su familia y decoro; así como tampoco puede, en ejercicio de ese derecho, provocar algún delito o perturbar el orden público. Asimismo, ese derecho del individuo, con la adición al contenido original del artículo 6o., *quedó también equilibrado con el derecho que tiene la sociedad a estar veraz y objetivamente informada, para evitar que haya manipulación.* Así, el Estado asume la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad a través de los grandes medios masivos de comunicación, *refleje la realidad* y tenga un contenido que permita y coadyuve al acceso a la cultura en general, para que el pueblo pueda recibir en forma fácil y rápida conocimientos en el arte, la literatura, en las ciencias y en la política. *Ello permitirá una participación informada para la solución de los grandes problemas nacionales, y evitará que se deforme el contenido de los hechos que pueden incidir en la formación de opinión.* Luego, en el contenido actual del artículo 6o., se consagra la libertad de expresarse, la cual es consustancial al hombre, y que impide al Estado imponer sanciones por el solo hecho de expresar las ideas. Pero correlativamente, esa opinión tiene límites de cuya transgresión derivan consecuencias jurídicas. Tales límites son que la opinión no debe atacar *la moral*, esto es, las ideas que se exterioricen no deben tender a destruir *el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona*; tampoco debe dañar los derechos de tercero, ni incitar a la provocación de un delito o a la perturbación del orden público. De modo que la Constitución de mil novecientos diecisiete estableció una obligación por parte del Estado de abstenerse de actuar en contra de quien se expresa libremente, salvo que en el ejercicio de ese derecho se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público.

Novena época. Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, marzo de 2003. Tesis: I.4o.C.57 C, p. 1709.

DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. Los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal establecen el marco jurídico que a la vez que consagra el derecho a la libre manifestación de las ideas y la libertad de imprenta, les impone límites consistentes en que la manifestación de las ideas no debe ejercerse en forma que ataque la moral, los derechos de tercero, pro-

voque algún delito o perturbe el orden público; la libertad de imprenta tiene por límite el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. Por su parte, el artículo 1o. de la Ley de Imprenta prevé lo que se considera como ataques a la vida privada, y en su fracción I establece que lo es toda manifestación o expresión hecha por la imprenta o que de cualquier otra manera circule en la opinión pública donde se expone a una persona al odio, desprecio o ridículo y que pueda causarle demérito en su reputación e intereses. Como se advierte, en el supuesto de la fracción I resulta irrelevante que la información o manifestación sea falsa o verdadera. Basta que se exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo. *El decoro está integrado por el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación. Se basa en el principio de que a toda persona, por el hecho de serlo, se le debe considerar honorable, merecedora de respeto.* La conculcación de este bien se configura en sentido negativo, cuando el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social en que se desenvuelve y que es donde directamente repercute en su agravio. *El honor es un bien objetivo que hace que la persona sea merecedora de confianza. Si una persona sufre una afectación en la consideración que de ella tienen los demás, se debe entender como una lesión a la estima que los demás le profesan, o sea, al trato con urbanidad y respeto que merece.* El límite entre la libertad de expresión y la conducta ilegal del agente sólo puede establecerse mediante la ponderación de los derechos en presencia, para determinar si la restricción que se impone al derecho de información y expresión está o no justificada por la limitación que sufriría el otro derecho a la intimidad. *Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión entre ambos derechos, el de la información goza de una posición preferente, y las restricciones a ese derecho deben interpretarse de tal modo que su contenido esencial no resulte desnaturalizado.* Tal valor preferente no es, sin embargo, absoluto. Si se le reconoce como garantía de la opinión pública, sólo puede legitimar intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, o sea, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública. Carecerá de protección cuando se ejercite de manera desmesurada a ese fin.

Las secciones que en estos criterios jurisprudenciales se han destacado, ponen de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico continuará siendo objetivo fundamental lograr la plena identificación de cada una de las libertades de comunicación, así como de los derechos con los que cotidianamente se enfrentan. En este escena-

rio, un dato que puede tomarse de pretexto para ser optimista es que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece interesarle el tema.⁵⁸ Prueba de ello es la tesis de rubro *Libertad de expresión e imprenta. Las limitaciones establecidas por el legislador relacionadas con la veracidad y claridad de la publicidad comercial son constitucionales cuando inciden en su dimensión puramente informativa*, de la que conviene destacar varios aspectos, por un lado evidencia que existe la conciencia de que la libertad de expresión es una garantía institucional de la democracia en razón de que fomenta la aparición de una opinión pública libre y bien informada; por el otro, muestra que existen diversos campos en los que esa libertad puede ser ejercida, de los cuales el político es el que merece un mayor nivel de protección constitucional, pero sin olvidar que otras áreas en las que importa el disfrute de ese derecho no pueden quedar desamparadas *a priori*, a pesar de que comúnmente no contribuyan al enriquecimiento del debate público, y finalmente, que uno de esos espacios en los que aquella libertad ocasionalmente puede hallarse, como es el de la publicidad, además de poder estar vinculado con el goce de otras prerrogativas como la libertad empresarial, puede contener elementos propios del derecho a la información, excluyentes de esa libertad de expresión, y ante los cuales cobran relevancia pautas de veracidad y claridad.⁵⁹

⁵⁸ De hecho, algunos de los Ministros que la integran han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la conveniencia de que se promuevan ante los órganos judiciales cada vez más casos que exijan la definición de derechos aquí involucrada. En esa línea, SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, O., en *Ideas y palabras: la cotidianidad de un quehacer*, Poder Judicial de la Federación, México, 2003, pp.313-317, y GÓNGORA PIMENTEL, G. D., también en *Ideas y palabras: la cotidianidad de un quehacer 2003*, Poder Judicial de la Federación, México, pp. 181-184. Con todo, quizá el esfuerzo más sobresaliente sea el del ministro Cossío Díaz, que todavía como académico escribió un ensayo en el que detalla las últimas sentencias resueltas por el Poder Judicial de la Federación y la evolución que en el tema se ha experimentado en México, a saber, COSSÍO DÍAZ, J. R., *El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación (1969-2001)*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, documento de trabajo núm. 24, México, 2002.

⁵⁹ El criterio aludido es de la novena época, proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ha sido publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, de enero de 2005, tesis 1a. CLXV/2004, p. 421. En lo concerniente a la publicidad, y sin perder de vista que en esa actividad pueden coincidir ambas libertades de comunicación, no sobra recordar el caso "*Ballantyne et al vs Canadá*

En cuanto al derecho al honor, también es posible dar cuenta de avances muy recientes que se pueden desprender de la tesis de rubro *Honor y reputación como derechos de la personalidad. Cuando se reclama en juicio la indemnización correlativa por el daño moral ocasionado, no debe demostrarse su existencia, salvo prueba en contrario, sino en todo caso los actos materiales imputados a quien se atribuye su afectación (Legislación del estado de Puebla)*, en la que se establece una presunción a favor de la presencia de los bienes que le dan contenido a aquel derecho, aduciendo que son inherentes a las personas, afirmación que no sólo es compatible con el fundamento de este derecho, sino que en el mejor de los casos puede ser aprovechada para evitar que a determinados sujetos se les niegue de antemano el disfrute de esta prerrogativa por el proyecto de vida que eligieron, con lo cual seguramente se les estaría discriminando.⁶⁰

Como se puede ver, nos encontramos en un proceso de definición en construcción en virtud del cual cada vez será más frecuente que se susciten oposiciones entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente a prerrogativas como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entre otras, en los que las personas interesadas no deben dejar pasar la oportunidad de contribuir con sus puntos de vista a fin de enriquecer este diálogo tan fructífero para el avance democrático y para la instauración de un Estado constitucional de derecho. Es con la esperanza de participar en el logro de esta meta que se ha escrito este ensayo.

(359, 385/89)", decidido por el Comité de Derechos Humanos, en la órbita del PIDCP, en el que se estimó que no es justificable la prohibición de la publicidad en inglés en Quebec. (JOSEPH, SCHULTZ y CASTAN, *op. cit.*, pp. 407-410).

⁶⁰ Dicho criterio obviamente pertenece a la novena época, ha sido redactado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito y fue publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, de mayo de 2005, tesis VI.2o.C.416 C, p. 1467. Asimismo, de vuelta a las coordenadas propias del daño moral, interesa hacer una mención final a otro criterio del que se tuvo conocimiento mientras se redactaba este artículo y con el cual concluye la disputa sobre el reconocimiento de ciertos aspectos del derecho al honor en lo concerniente a las personas jurídicas, en sentido favorable para estos sujetos. En específico, se acepta que pueden sufrir menoscabo en su reputación y en la consideración que de ellas tengan los demás. Este asunto ha sido resuelto en la jurisprudencia por contradicción 1a./J. 6/2005, de la novena época, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, de abril de 2005, p. 155.

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA CONSIDERACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN PARA EFECTOS FISCALES

Xavier GINEBRA SERRABOU
Ana Paula LÓPEZ PADILLA Y LAPUENTE
Arturo PÉREZ ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones mercantiles*. 1. *El concepto de la A en P para efectos mercantiles*. 2. *Características del contrato de A en P*. 3. *Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. 4. *Cuentas en participación. Derecho comparado*. III. *Consideraciones fiscales*. 1. *Reformas fiscales de la A en P en 1998*. A. *Inscripción de la A en P en el RFC*. B. *Responsabilidad Solidaria*. C. *Entero del impuesto*. D. *Pérdidas fiscales*. E. *Contabilidad*. F. *Cuenta de capital de aportación (CUCA)*. G. *Reducción de capital de aportación*. H. *Terminación del contrato de A en P*. I. *Pagos provisionales*. 2. *Reforma fiscal de la A en P en 2002*. 3. *Reforma fiscal de la A en P en 2004*. A. *Definición*. B. *Personalidad jurídica fiscal*. C. *Persona moral para efectos fiscales*. D. *Representación*. E. *Denominación o razón social para efectos fiscales*. F. *Domicilio*. G. *Registro Federal de Contribuyentes (RFC)*. 4. *Aspectos críticos a la reforma de 2004*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La ciencia del derecho es única. Sus distintas materias no son más que ramas de un mismo tronco, el árbol del derecho. La unidad del derecho es indispensable para que pueda ser catalogado como ciencia. Si ésta es, como dijo Aristóteles, el conocimiento cierto de las cosas por sus causas, para que el derecho se constituya como una ciencia es necesario que el conocimiento derivado del conocimiento de "las cosas" jurídicas (*el ius suum*) sea el mismo.

Esto parece que no ha sido tomado en cuenta por el legislador fiscal. Para éste, el único fin del derecho tributario es eso, tributar, cobrar impuestos. Y aunque no negamos la parte legítima de dicho fin, también es cierto que no se debe hacer atropellando los conocimientos, las formas y los procedimientos jurídicos, ya que si el Estado se deslegitima, el fin para el cual fue constituido resulta muy cuestionable.

Y una de las formas que tiene el Estado para recaudar es el “manoseo”, la manipulación de los “conocimientos jurídicos”, para adecuarlos a la realidad parcial del derecho fiscal, pero para el contribuyente, realidad insoslayable. El fin no justifica los medios. Por esta razón el derecho fiscal debe ajustarse a los medios de la técnica jurídica, sin añadir “neologismos legales” ni técnicas contables que llevan a la “babelización” del derecho, donde se van creando verdaderas “torres de Babel”, para cada parcela del derecho, donde unos conceptos tienen un significado y otros uno diferente.

La finalidad del presente trabajo es analizar las reformas que se han llevado a cabo para regular el sistema fiscal de la asociación en participación, principalmente la de las consecuencias de la atribución de personalidad jurídica a la asociación en participación (A en P para efectos fiscales, analizando tanto las consideraciones mercantiles de la A en P, las consideraciones fiscales y la crítica al régimen fiscal de la A en P).

II. CONSIDERACIONES MERCANTILES

1. El concepto de A en P para efectos mercantiles

Consideramos de vital importancia hacer un análisis de lo que debe entenderse por A en P para efectos mercantiles, así como el tratamiento que recibe en la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) para estar en posibilidades de establecer una comparación con el régimen que recibe para efectos fiscales, principalmente a raíz de las reformas que entraron en vigor en 1999, 2002 y 2004, respectivamente.

La definición legal en materia mercantil de la A en P, la ofrece el artículo 252 de la LGSM en los siguientes términos:

“Artículo 252. La A en P es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”.

En este sentido, Vivante define a la A en P de la siguiente manera:

“Una persona llamada asociante recibe de otra (o de otras) que se le asocia, y que se llama asociada, bienes o servicios, a cambio de una participación en las utilidades y en las pérdidas que aquélla obtenga, ya sea al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios actos de comercio”.¹

2. Características del contrato de A en P

En cuanto a las características esenciales de esta figura (que nos van a servir al compararla con la definición del Código Fiscal de la Federación) son las siguientes:

- a) Es un contrato bilateral (el Código Fiscal lo convierte en un contrato plurilateral, situación que analizaremos más adelante), con una finalidad que es común a las dos partes y que, por ello, se considera de carácter asociativo (de ahí el nombre de asociación).
- b) Para la realización de dicha finalidad, el asociado aporta bienes propios o su trabajo.
- c) Como contraprestación de dicha aportación, el asociado participa en los resultados favorables o adversos (utilidades y pérdidas) de la empresa o del negocio respectivo.
- d) La gestión o administración de los bienes o de los servicios aportados pertenece exclusivamente al asociante, quien se ostenta frente a terceros como dueño de los bienes o beneficiario del trabajo prestado por el asociado. Éste, en consecuencia, no figura en la explotación de la empresa, ni en la celebración o la ejecución del negocio relativo, sino que se trata de un socio oculto.²

¹ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1998, p. 233.

² *Idem*.

- e) Es un contrato oculto, lo cual implica que no existe una relación jurídica entre la A en P como tal y terceros, ni entre los asociados o también llamados socios ocultos y terceros, ya que el que actúa ante ellos a nombre propio es el asociante.³
- f) Su forma escrita.
- g) No tiene personalidad jurídica, ni razón o denominación (artículo 252 de la LGSM). Respecto a esta última particularidad o característica, es fundamental señalar que la A en P no constituye una persona distinta de los contratantes, por lo que no existe frente a terceros. Con justa razón, se ha dicho que la A en P no tiene personalidad moral y siendo oculta, no debe tener ni una razón social o nombre que derive de su objeto y bajo el cual obre públicamente, ni un domicilio social atributivo de jurisdicción.⁴

Derivado de lo anterior, el asociante es el único que existe frente a los demás comerciantes y el público en general; en su carácter de empresario es quien lleva la negociación, la dirige y administra, siendo el responsable frente a los terceros con quienes contrata, pues actúa en nombre propio manteniendo oculta la identidad de sus asociados.⁵

Para León Tovar lo que caracteriza a la A en P es cuando varias personas aparecen unidas para un fin común.⁶

Vásquez del Mercado es más agudo y señala como características esenciales de la A en P el hecho de que una de las partes dirige la empresa o realiza los actos en nombre propio y las otras únicamente reciben un porcentaje de las utilidades, aunque si bien, con carácter secundario, se reservan un derecho de control sobre la gestión de la propia empresa.⁷

³ PÉREZ ROBLES, Arturo, "Régimen fiscal del contrato de Asociación en Participación a la Luz de la Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta. Puntos finos", *Revista de consulta fiscal*, México, Dofiscal Editores, año I, núm. 7, mayo de 2002.

⁴ TUTO, Rava. Citado por PÉREZ ROBLES, Arturo, *op. cit.*

⁵ PÉREZ, ROBLES, Arturo, *op. cit.*

⁶ LEÓN TOVAR, Soyla, citada por CASTRILLÓN LUNA, Víctor, en *Contratos mercantiles*, México, Porrúa, 2002, p. 75.

⁷ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, 10a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 561.

Como no se trata de ir acumulando citas, haremos un resumen de lo esencial de todo lo expuesto, señalando que la A en P se caracteriza por: a) una aportación del asociado (salvo caso en contrario) en propiedad al asociante; b) una dirección de una empresa común por parte del asociante; c) la participación recíproca en las pérdidas o ganancias, y d) la ausencia de personalidad jurídica del contrato.

La A en P misma no se ostenta como tal ante terceros (artículos 253 y 254, LGSM), porque carece de entidad o personalidad jurídica propia; tampoco existe un patrimonio o fondo común, puesto que los bienes se aportan al asociante y entran a formar parte de su patrimonio; y, en fin, que éste obre siempre a nombre propio (artículo 256, LGSM), si bien tanto a su cuenta como a la del asociado.

Sirve de apoyo a lo antes mencionado algunas tesis que confirman la inexistencia de personalidad jurídica en la A en P, las cuales transcribimos a continuación:

a) Tesis III. 2o. C. 420 C emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, Parte XIV, noviembre, p. 415, *Semanario Judicial de la Federación*, la cual establece lo siguiente:

"ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. INTERPRETACIÓN Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 252 DE LA LEY GENERAL DE ASOCIACIONES MERCANTILES QUE LA DEFINE. El artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica: 'La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otros que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio'. Una recta interpretación de este dispositivo permite establecer los siguientes principios: a) Que en las asociaciones en participación no hay fondo ni tampoco actividad de los asociados; y b) No hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, toda vez que de conformidad con lo establecido por el diverso numeral 254 de la propia ley, la asociación en participación carece de personalidad jurídica y de razón social o denominación. De lo anterior se puede concluir que cuando el contrato exhibido por el quejoso, independientemente de la denominación que se le dé, no reúne las características apuntadas, no puede ser considerado como un contrato de asociación en participación y, por ende, resulta insuficiente para acreditar tanto el carácter de asociante que dice tener, como el interés jurídico que le asiste para promover el juicio de amparo, y debe decretarse

el sobreseimiento en el mismo. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 335/94. Sonia Katia Rodríguez Campos. 31 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga”.

La anterior tesis es de una claridad meridiana: reconoce, como dice Barrera Graf, que en la A en P no hay fondo ni actividades comunes y carece de personalidad jurídica y de razón o denominación social.

Asimismo, la tesis emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, LXXVI, *Semanario Judicial de la Federación*, LXXVI, Cuarta Parte, p. 22, establece las características esenciales el contrato de A en P, la cual se transcribe a continuación:

“ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE. De acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, llamada el asociante, concede a otra llamada el asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la aportación de bienes o servicios del asociado. La esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y de denominación, según lo establece el artículo 253 del mismo ordenamiento, y es por esto que el artículo 256 determina que el asociante obra en nombre propio y que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. Persiguiendo este mismo afán de mantener oculta la asociación, la Ley establece en el artículo 257, que respecto de terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio, y agrega este artículo que aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella. Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela”.

Esta tesis es igual de meridiana que las anteriores: da la naturaleza de sociedad oculta a la A en P (aquella que no se manifiesta

como tal frente a terceros) y, por lo mismo, con ausencia de personalidad jurídica.

3. Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

La personalidad jurídica consiste en una cierta situación que el derecho positivo atribuye a las instituciones jurídicas formadas por dos o más personas (caso de las sociedades, de los sindicatos, de los ejidos), o a bienes de ellas que se destinen a ciertos fines, reconocidos también legalmente (es el caso de las fundaciones) o, en fin, a entidades de carácter colectivo, ya sea de derecho constitucional (como las naciones, el estado, los municipios) o a corporaciones y organismos del Estado. A efecto de perseguir finalidades de índole diversa (económica, política, social, cultural, etcétera) que sean de difícil, inconveniente o imposible realización por el individuo aislado.

Se habla de personalidad moral o jurídica (que de ambas maneras se denomina), por comodidad de lenguaje, en un sentido metafórico (lo que resulta evidente al llamarla persona moral), para aludir a una figura y elaborar un concepto similar al de la personalidad del hombre, en cuanto a atribuciones de derechos y obligaciones, o sea, en cuanto a la regulación normativa a la legitimación de ciertas situaciones legales.

Por otra parte, la personalidad moral de las sociedades es un mero instrumento para velar y proteger el interés jurídico —*res quod interest*— de los socios, sin que se pueda hablar de un interés propio —institucional— del ente.

Se trata pues, meramente, de un esquema jurídico, de un instrumento legal al alcance del hombre, tendiente a obtener fines que son propios de éste, y que sólo puede alcanzar, o alcanzar mejor, agrupando, o bien reuniendo los medios patrimoniales propios y ajenos.⁸

Como acertadamente han señalado algunos autores, con la declaración de que las sociedades tienen personalidad jurídica, como el artículo 17 del CFF, como analizaremos más adelante, los problemas no terminan sino que empiezan. Por eso, debe preguntarse qué significa tener personalidad jurídica, cuando la atribución se refiere a un sustrato distinto de la persona humana.

⁸ *Ibidem*, pp. 283 y 284.

La persona natural y la jurídica sólo de una manera muy artificiosa pueden ser equiparadas. Tratándose de la primera, es decir, la persona natural, la respuesta a la pregunta, ¿qué es una persona?, se contesta con referencia directa a una realidad extrajurídica (moral, sociológica, antropológica, social), mientras que la misma pregunta en el segundo caso, es decir, ¿qué es la persona jurídica? sólo permite llegar a la realidad extrajurídica a través de normas que regulan efectos muy diversos, contenidos en esa “elipsis” mental a que se refiere la expresión “persona jurídica”.

Para referirnos a la cuestión de si la responsabilidad de la sociedad queda limitada a los bienes que forman parte de su patrimonio, es corriente estimar que se trata de una consecuencia de su personalidad independiente de la que tienen sus socios.

La personalidad jurídica es entonces una abstracción del derecho que permite dar unidad conceptual a las agrupaciones humanas, como si fueran personas, que tienen derechos y obligaciones; por medio de la cual se reconoce la existencia de una unidad, aplicable también a los bienes, que se presentan de la misma manera unificados.⁹

De todo lo mencionado anteriormente podemos concluir que la equiparación de la personalidad jurídica de las corporaciones a la de la persona natural, debe hacerse con cuidado y no llevarse hasta las últimas consecuencias.¹⁰ Derivado de lo anterior, las diferencias entre una sociedad mercantil (persona moral) y la A en P las podemos señalar de la siguiente manera:

Sociedad mercantil A en P

Tiene personalidad jurídica	No la tiene
Patrimonio propio	No lo tiene
Tiene razón social o denominación	No la tiene
Tiene domicilio	No lo tiene
Tiene nacionalidad	No la tiene
Tiene un fin económico y comercial	Sí lo tiene
Se requiere de la inscripción en el Registro público de Comercio	No la necesita

⁹ *Ibidem*, pp. 301 y 302.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 302 y 303.

El contrato debe ser por escrito y otorgado ante notario público	Sólo debe constar por escrito
Requiere permiso de la SRE ¹¹	No lo requiere. ¹²

4. Cuentas en participación. Derecho comparado

A esta figura, que en el derecho español se denomina “cuentas en participación” en cuanto que el asociante debe llevarlas para indicar al asociado el correcto destino de los bienes, no le atribuye dicho derecho carácter de sociedad, como sí sucede, en cambio, en derecho alemán, francés y en el nuestro. Se trata, efectivamente, de una de las especies del negocio asociativo en los términos de la definición legal de asociación (artículo 2670 del Código Civil, CC), a saber, varios individuos o varios empresarios convienen en reunirse para realizar un fin común (civil, no mercantil), que no esté prohibido por la ley.¹³

III. CONSIDERACIONES FISCALES

Consideramos importante analizar los cambios legislativos que se han venido dando desde el 31 de diciembre de 1998 en diversos ordenamientos fiscales, reforma de trascendencia para la A en P para efectos fiscales, así como la reforma llevada a cabo y que entró en vigor el 1o. de enero del año 2002 y, por último, la reforma que entró en vigor en el ejercicio de 2004.

1. Reforma fiscal de la A en P en 1998

El 31 de diciembre de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el “Decreto por el cual se modifican diversas leyes fiscales y otros ordenamientos federales”. De la exposición de motivos se desprende que la finalidad de las reformas fue la de combatir la

¹¹ Secretaría de Relaciones Exteriores.

¹² SÁINZ ALARCÓN, Jorge, *Asociación en participación y fideicomiso empresarial*. Evento anual 1996, Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, mayo de 1996, pp. 15 y 16.

¹³ BARRERA GRAF, Jorge, *op. cit.*, p. 234.

evasión y elusión fiscal mediante la aclaración de la regulación de la A en P, modificando su régimen.

A partir de 1999 las reglas para determinar al sujeto, base y la tarifa para los contratos de A en P, son las mismas que toda persona moral debe realizar. A continuación analizaremos las reformas de las que se desprende la nueva forma de tributar para los contratos de A en P a partir de la reforma que entró en vigor en 1999.

El artículo 1 del CFF establece que el asociante está obligado a pagar contribuciones y cumplir con las obligaciones señaladas tanto en el CFF como en otras leyes fiscales, por la totalidad de los actos o actividades que se realicen, mediante cada A en P de la que sea parte. Así, el artículo 1 establece lo siguiente:

“Artículo 1.

...

El asociante está obligado a pagar contribuciones y cumplir las obligaciones que establecen este Código y las leyes fiscales por la totalidad de los actos o actividades que se realicen, mediante cada asociación en participación de la que sea parte”.

Derivado de lo anterior, el asociante es el sujeto pasivo del cumplimiento de las obligaciones fiscales generadas por las actividades de la A en P, sin establecerse una obligación directa a cargo de los asociados.

A. Inscripción de la A en P en el RFC

Por su parte, se adicionó el tercer párrafo del artículo 27 del CFF en el cual se estableció la obligación de inscribir a la A en P en el Registro Federal de Contribuyentes. Así, la disposición mencionada establece lo siguiente:

“Artículo 27. Las personas morales, así como las personas físicas que deban presentar declaraciones periódicas o que estén obligadas a expedir comprobantes por las actividades que realicen, deberán solicitar su inscripción en el registro federal de contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...

...

Tratándose de contratos de asociación en participación, el asociado y el asociante tendrán las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo. El asociante deberá hacerlo por cada contrato en el cual tenga tal calidad”.¹⁴

Del artículo anterior se desprende que tanto el asociante como los asociados están obligados a inscribirse en el RFC, y también resulta obligatorio inscribir a la A en P en el mencionado registro, en virtud de que el asociante deberá inscribir cada contrato en el cual tenga esa calidad, por lo que la A en P deberá tener su propio RFC, hasta podríamos llegar a considerar que cada contrato de A en P debe ser considerado como un nuevo contribuyente.¹⁵

B. Responsabilidad solidaria

Asimismo, a partir de 1999 son responsables solidarios los asociados en el supuesto que el asociante incumpla con la obligación de inscribir a la A en P en el RFC, no lleve la contabilidad, o cambie de domicilio sin presentar aviso y la autoridad lleve a cabo una revisión. Esta responsabilidad nunca será superior a la aportación de los asociados de conformidad con la fracción XVII del artículo 26 del CFF. Así, el artículo mencionado establece lo siguiente:

“Artículo 26. Son responsables solidarios con los contribuyentes:

...

XVII. Los asociados, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por el asociante mediante la asociación en participación, cuando tenían tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada por los bienes de la misma, siem-

¹⁴ Asimismo, la Resolución Miscelánea 2.3.11 para 2000 establece que en relación con lo dispuesto por los artículos 1 y 27 del CFF, las personas físicas y morales que celebren contratos de A en P, en los que tengan el carácter de asociantes, deberán de solicitar la inscripción en el RFC de cada contrato, utilizando para tal efecto la forma R-1 indicando el nombre, denominación o razón social del asociante seguido de la leyenda “Asociación en Participación”, el número de contrato y se aumentarán obligaciones fiscales utilizando la clave 879 y las demás claves que correspondan a las diversas obligaciones con motivo del contrato celebrado.

¹⁵ ROJAS, NOVOA, Alejandro, *Estudio práctico del régimen fiscal de la asociación en participación*, Ed. ISEF, México, 1999, pp. 29 y 30.

pre que la asociación en participación incurra en cualquiera de los supuestos a que se refieren los incisos a), b) y c) de la fracción II de este artículo, sin que la responsabilidad exceda de la aportación hecha a la asociación en participación durante el periodo o a la fecha de que se trate.

...

Podemos señalar que por virtud de la responsabilidad solidaria de los asociados, la autoridad fiscal podrá requerir por el incumplimiento de cualquier obligación contenida en los incisos a), b) o c) de la fracción II del artículo 26, al asociante en cuanto a que es el obligado directo del cumplimiento de las obligaciones de la A en P como a cada uno de los asociados en su carácter de obligados solidarios.¹⁶

Por último, podemos válidamente señalar que con las reformas efectuadas al CFF para el ejercicio de 1999 se pretende dar a la A en P el mismo tratamiento que a las sociedades mercantiles, sin tomar en consideración si el asociante es persona física y moral, lo cual viola la garantía de proporcionalidad del artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal, pues puede darse el caso de que el Asociante tenga que tributar como una persona moral y sea persona física.

Por su parte, en cuanto a las reformas efectuadas a la LISR que entraron en vigor el 1o. de enero de 1999, el artículo 8 establece lo siguiente:

“Artículo 8. Cuando se celebre un contrato de asociación en participación, el asociante está obligado al pago del impuesto respecto del total del resultado fiscal derivado de la actividad realizada a través de la asociación en participación, en los términos del Título II y estará a lo dispuesto por esta Ley.

El resultado fiscal o la pérdida derivada de las actividades realizadas en la asociación en participación no será acumulable o disminuible de los ingresos derivados de otras actividades que realice el asociante. La pérdida fiscal proveniente de la asociación en participación sólo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales derivadas de dicha asociación, en los términos del artículo 55 de esta Ley.

El asociante llevará la contabilidad de las actividades de la asociación en participación por separado de la correspondiente a las demás actividades que realice y presentará en esta misma forma las declaraciones correspondientes.

El asociante deberá llevar una cuenta de capital de aportación de la asociación en participación por cada uno de los asociados y por sí mismo, de

¹⁶ La figura de la solidaridad se encuentra regulada en el artículo 1999 del Código Civil Federal, ordenamiento supletorio de las leyes fiscales de conformidad con el artículo 5 del CFF.

conformidad con lo dispuesto por el artículo 120, fracción II, de esta Ley. Los bienes aportados o afectos a la asociación en participación se registrarán en dicha cuenta y se considerarán capital de aportación.

Los bienes aportados por los asociados y los afectos a la asociación en participación por el asociante se considerarán, para efectos de esta Ley como enajenados a un valor equivalente al monto original de la inversión actualizado aún no deducido, o a su costo promedio por acción, según sea el bien de que se trate, y en ese mismo valor deberán registrarse en la contabilidad de la asociación en participación y en la cuenta de capital de aportación de quien corresponda. La deducción de las inversiones a que se refiere este párrafo deberán efectuarse por el asociante aún cuando sean propiedad de los asociados o del asociante, en cuyo caso estos últimos perderán el derecho a efectuar la deducción de tales inversiones.

El asociante llevará una cuenta de utilidad fiscal neta y una cuenta de utilidad fiscal neta reinvertida de la asociación en participación, en los términos de los artículos 124 y 124-A de esta Ley.

Cuando se reduzca capital de aportación, se distribuyan o retiren ganancias o utilidades de la asociación en participación, el asociante estará a lo dispuesto en los artículos 10-A, 120, fracciones II y XI, 121, 123, fracción IV, y 152 de esta Ley, según corresponda. En este caso quien perciba las ganancias o utilidades le dará tratamiento de dividendos y podrá adicionarlos a las cuentas de utilidad empresarial y de utilidad fiscal neta a que se refieren los artículos 112-B y 124 de esta Ley.

Cuando se termine o rescinda el contrato de asociación en participación y se regresen los bienes aportados o afectos a la asociación en participación se considerarán enajenados al valor fiscal registrado en la contabilidad de dicha asociación al momento en que se efectúe la enajenación y ese valor se considerará como reembolso de capital o utilidad distribuida, según resulte de lo dispuesto en este artículo.

Los pagos provisionales y el ajuste del impuesto sobre la renta que efectúe el asociante, correspondientes a las actividades de la asociación en participación, se calcularán en los términos de los artículos 12 y 12-A de esta Ley, tomando en cuenta el coeficiente de utilidad que se obtenga considerando los ingresos percibidos y la utilidad fiscal obtenida del contrato de asociación en participación. En el primer ejercicio fiscal se considerará como coeficiente de utilidad el del asociante o, en su defecto, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley, a la actividad preponderante de la asociación en participación.

No se considerarán parte de las cuentas de utilidad fiscal neta y de utilidad fiscal neta reinvertida del asociante, los saldos de las cuentas de utilidad fiscal neta y de utilidad fiscal reinvertida de la asociación en participación.

El impuesto sobre la renta que corresponda a las actividades realizadas en la asociación en participación de conformidad con el primer párrafo del artículo 10 de esta Ley, disminuido del impuesto que se difiriera conforme al segundo párrafo del mismo, después de aplicar, en su caso, la reducción a que se refiere el artículo 13 de esta Ley, será el que se acreditará contra el impuesto al activo del mismo ejercicio, y será el causado para determinar la diferencia que se podrá acreditar adicionalmente contra el impuesto al activo en los términos del artículo 9 de la Ley del Impuesto al Activo. El impuesto diferido que se pague conforme al tercer párrafo del artículo 10-A de esta Ley, se podrá acreditar contra el impuesto al activo del ejercicio en que se pague, y en dicho ejercicio se considerará causado para los efectos señalados en este párrafo”.

Como se desprende del primer párrafo del artículo transcrito, la LISR en concordancia con la reforma efectuada también en el CFF, se da el tratamiento de una persona moral a la A en P, por lo que puede señalarse que en el ejercicio de 1999 el legislador está reconociendo implícitamente una personalidad jurídica a la A en P, aunque no se establece expresamente, como sí sucede hasta el 1.º de diciembre de 2002 en el cual se reconoce expresamente a la A en P como persona moral, reforma que analizaremos más adelante.

C. Entero del impuesto

A partir del 1.º de enero de 1999, se establece que el asociante está obligado al pago del impuesto sobre la renta, respecto del resultado fiscal obtenido por las actividades realizadas por la A en P, en los términos del Título II de la LISR, como si fuera una persona moral, y con independencia si el asociante es persona física o moral.¹⁷

A este respecto, la “LISR no hace mención alguna a la participación de las utilidades o pérdidas que el contrato respectivo otorga a cada uno de los asociados y el asociante mismo”.¹⁸

¹⁷ SÁMANO ORTIZ, Fabiola, tesis profesional, *Régimen fiscal de la Asociación en Participación en la Ley del Impuesto sobre la Renta*, México, Universidad Panamericana, 2002.

¹⁸ *Ibidem*, p. 121.

D. Pérdidas fiscales

La pérdida fiscal proveniente de la A en P sólo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales derivadas de dicha asociación, en los términos del artículo 55 de la LISR. En este sentido “Los asociados y el asociante, no están en posibilidad de amortizar las pérdidas fiscales derivadas de las actividades realizadas a través de la A en P, en contra de las utilidades generadas por otras actividades, lo cual se opone al régimen anterior donde se permitía a los asociados y al asociante disminuir pérdidas provenientes de la A en P, en la medida de su participación, en el ejercicio en que se generaran las mismas”.¹⁹

Lo anterior afecta el interés del asociante en aquellos casos en los que obtenga utilidades por sus actividades normales y una pérdida en las operaciones realizadas en la A en P.

Por último, el artículo 55 de la LISR establece como única limitación para amortizar o disminuir pérdidas el que la pérdida fiscal sea exclusiva del contribuyente que la sufra, situación que no es aplicable en la A en P.

E. Contabilidad

El asociante está obligado a llevar la contabilidad de todas las actividades de la A en P, en forma independiente a la contabilidad que corresponda a las demás actividades que el asociante lleve a cabo. En este sentido el asociante debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 28 del CFF y 26 y 27 del Reglamento del CFF vigentes en el ejercicio de 1999 para llevar su contabilidad.

F. Cuenta de capital de aportación (CUCA)

El asociante deberá llevar la CUCA de la A en P por cada uno de los asociados y por sí mismo. Esta CUCA de cada asociado y del asociante se integra únicamente por los bienes aportados y los afectos a la A en P y se disminuirá con las reducciones de capital de aportación que se efectúen al mismo. (A este respecto existe un régimen espe-

¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

cial en el artículo 8 de la LISR vigente en 1999 para integrar la CUCA, distinto al contemplado para las demás personas morales).

A este respecto, es importante señalar que a partir de 1999 el asociante tiene obligación de inscribir cada contrato de A en P, por lo que también deberá llevar una CUCA por cada contrato de A en P, identificando en cada una de dichas cuentas, cada una de las aportaciones de cada asociado y cada una de las afectaciones que realice el asociante.²⁰

Asimismo, el asociante debe llevar una Cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) y una Cuenta de utilidad fiscal neta reinvertida (CUFINRE) y los saldos de estas cuentas de la A en P no se considerarán parte de la CUFIN y CUFINRE que lleve al asociante por sus actividades.

G. Reducción de capital de aportación

El artículo 8 de la LISR asimila a la reducción de capital de una sociedad, por lo tanto a la misma se le aplicará el régimen de distribución de utilidades,²¹ debiéndose atender a lo dispuesto por los artículos 120 y 121 de la LISR vigente en 1999.

H. Terminación del contrato de A en P

En el caso de que se termine o rescinda el contrato de A en P, en consecuencia se devuelvan los bienes aportados, se considerarán enajenados a su valor fiscal registrado en contabilidad en el momento en que se efectúe la enajenación y ese valor se considerará como reembolso de capital o, en su caso, utilidad distribuida.²²

I. Pagos provisionales

Los pagos provisionales que efectúe el asociante, correspondientes a la A en P, se calculan de conformidad con lo dispuesto en los artícu-

²⁰ ROJAS Y NOVOA, Alejandro, *Estudio práctico del régimen fiscal de la Asociación en Participación*, México, Ed. ISEF, 1999, pp. 29 y 30.

²¹ *Ibidem*, p. 152.

²² *Ibidem*, p. 158.

los 12 y 12-A de la LISR, tomando en cuenta el coeficiente de utilidad que se obtenga considerando los ingresos y la utilidad obtenida por la A en P, por lo que el cálculo en pagos provisionales es idéntico a una sociedad con personalidad jurídica propia.

Derivado del análisis antes mencionado, podemos señalar que como resultado de las reformas efectuadas el 31 de diciembre de 1998 se pretendió regular la situación fiscal de la A en P para evitar la evasión y elusión fiscal, incorporando un párrafo al artículo 1 del CFF, el tercer párrafo del artículo 27 del CFF, la fracción XVII del artículo 26 del CFF y el artículo 8 de la LISR. De las reformas señaladas se desprende que se quiere dar el tratamiento de una persona moral a la A en P no obstante que su naturaleza jurídica es la de ser un contrato de conformidad con lo dispuesto por la LGSM.

2. Reforma fiscal de la A en P en 2002

El Ejecutivo Federal con fecha 3 de abril de 2001, presentó al Congreso de la Unión una iniciativa de Decreto por el cual se proponía reformar el artículo 1 del CFF, con el fin de otorgarle personalidad jurídica a las unidades económicas, dentro de las cuales se encontraba la A en P. Asimismo, se proponía que en el artículo 8 de la LISR se estableciera que cuando se haga referencia a las personas morales, se entendería incluidas las unidades económicas (es decir, la A en P).

El 1o. de diciembre de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la nueva LISR, la cual entró en vigor el mismo día,²³ Entre las reformas llevadas a cabo, en la cual no se incluye la propuesta efectuada por el Ejecutivo Federal, se estableció en el artículo 8 del ordenamiento citado que la A en P se considera como una persona moral para efectos del impuesto sobre la renta. La disposición mencionada establece lo siguiente:

“Artículo 8. Cuando en esta Ley se haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y

²³ Fracción I del Artículo Segundo de las Disposiciones Transitorias de la LISR.

la asociación en participación, cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México.

Con la reforma señalada, se da a la A en P un tratamiento diverso al que estuvo vigente hasta 2001, el cual analizamos con anterioridad.

De la transcripción anterior se desprende que la A en P es una persona moral cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México, sin embargo, como se mencionó al inicio de este trabajo, la A en P en materia mercantil es un contrato,²⁴ el cual carece de personalidad jurídica y patrimonio propios, por tanto al incorporar esta reforma se está regulando una institución cambiando su naturaleza jurídica, tal y como se encuentra regulada en la LGSM, rompiendo con la unidad del derecho, y en consecuencia con la seguridad y certidumbre jurídicas.

Por su parte, en el *Boletín Fiscal* de Ortiz, Sáenz y Erreguerena para la reforma fiscal de 2002 se señala lo siguiente:

“Resulta criticable el hecho de que se le atribuya personalidad jurídica a un contrato, que por disposición del artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles carece de dicho tributo.

Debe precisarse que debido a que no se ha reformado el Código Fiscal de la Federación, para efecto de otros gravámenes, en el caso de la asociación en participación, el sujeto pasivo directo seguirá siendo el asociante, con los problemas de deducciones, acreditamiento y otros, que puedan presentarse”.²⁵

Por su parte, el licenciado Arturo Pérez Robles señala lo siguiente: “al asignarle personalidad jurídica a un contrato que carece de dicho atributo para efectos mercantiles, lo equipara a una persona jurídica o también a las llamadas ficticias, corporales, colectivas o sociales, que están constituidas para la realización de fines colectivos y permanentes de los hombres, y a las que el derecho les recono-

²⁴ Al respecto es importante señalar que este criterio era reconocido por la legislación fiscal hasta el año de 2001.

²⁵ ORTIZ, SÁENZ Y ERREGUERENA, *Boletín sobre la Reforma Fiscal para 2002*, México, Talleres de Mexicana Internacional de Impresiones, p. 301.

ce la capacidad para actuar en su esfera jurídica propia y ser sujetos de derechos y obligaciones”.²⁶

Derivado de lo anterior, podemos señalar que no se asimiló la participación de los asociados o del asociante a las acciones que tiene un accionista, ni tampoco se le dio el nombre de accionistas a las personas antes mencionadas. Algunos de los cambios que existieron en la reforma de 2002 son los siguientes:

El artículo 17 de la LISR para 2002, establece que las personas morales residentes en el país, incluida la asociación en participación deberán acumular la totalidad de los ingresos que perciban en efectivo, bienes, servicios, en crédito, o de cualquier otra especie que obtengan en el ejercicio.

Por su parte, el artículo 24 de la LISR para 2002 establece el procedimiento para la determinación de la ganancia por la enajenación de los derechos de participación de las asociaciones en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales.

Como podemos observar, se da el tratamiento de una persona moral a la A en P, aunque ya se venía haciendo con anterioridad a la reforma; sin embargo, ahora hay un reconocimiento expreso en el artículo 8 de la LISR y se modificaron algunas disposiciones de este ordenamiento para adecuar el régimen fiscal de la A en P. No obstante lo anterior, debido a que en la reforma de 2002 no se modificó en CFF, el sujeto pasivo directo de la A en P sigue siendo el asociante, lo cual genera una contradicción entre la LISR y el CFF: la obligación de inscripción de la A en P en el RFC es a cargo del asociante por cada contrato que se celebre, sin embargo, para efecto de ISR la A en P es considerada una persona moral, por lo que no concuerda el régimen entre la LISR y el CFF.

3. Reforma fiscal de la A en P en 2004

Con motivo de la entrada en vigor de las reformas a diversas disposiciones fiscales que fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2003, se deroga el artículo 1 del CFF, y se reforma el artículo 17-B del citado ordenamiento.

²⁶ PÉREZ ROBLES, Arturo, “Régimen fiscal del contrato de Asociación en Participación a la Luz de la Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta. Puntos finos”, *Revista de consulta fiscal*, México, Dofiscal Editores, año I, núm. 7, 2a. quincena, mayo de 2002.

Se elimina del artículo 1, en materia de asociación en participación, la obligación del asociante de pagar las contribuciones y cumplir las obligaciones fiscales derivadas del contrato. Lo anterior congruente con la reforma total del artículo 17-B del CFF, en el que se establece el concepto de A en P y se le atribuye personalidad jurídica para efectos fiscales.

En el artículo 17-B se define a la asociación en participación de la siguiente manera:

“Artículo 17. Para los efectos de las disposiciones fiscales se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad. La asociación en participación tendrá personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal cuando en el país realice actividades empresariales, cuando el convenio se celebre conforme a las leyes mexicanas o cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 9 de este Código. En los supuestos mencionados se considerará a la asociación en participación como residente en México.

La asociación en participación estará obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones establecidas para las personas morales en las leyes fiscales. Para tales efectos, cuando dichas leyes hagan referencia a persona moral, se entenderá incluida la asociación en participación considerada en los términos de este precepto.

El asociante representará a la asociación en participación y a sus integrantes, en los medios de defensa que se interpongan en contra de las consecuencias fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas a través de dichas asociaciones en participación.

La asociación en participación se identificará por una razón o denominación social, seguida de las leyendas A en P o, en su defecto, con el nombre del asociante, seguido de las siglas antes citadas. Asimismo, tendrán en territorio nacional el domicilio del asociante”.

A. Definición

a) Señala que la A en P es un conjunto de personas. Este primer elemento de la definición es absolutamente erróneo: la A en P es ante todo un contrato, que no envuelve personas, sino su actividad.

b) Que realicen actividades empresariales. La A en P desconoce que el que realiza las actividades empresariales es el asociante; el asociado es un socio oculto, lo que contradice la definición de la A en P del CFF al referirse que ambas partes del contrato realizan actividades empresariales.

La definición también ignora aquellos ámbitos de la A en P en que no hay actividad empresarial: cuando se realizan solamente una o varias operaciones de comercio (artículo 253, LGSM): ¿Debe inscribirse una A en P que solamente realiza operaciones en forma esporádica?

c) Con motivo de la celebración de un convenio: El Código Civil distingue convenio y contrato, pues considera a éste la especie y a aquél el género: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones” (artículo 1792) y contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos (1793).²⁷

B. Personalidad jurídica fiscal

El artículo 17-B dispone que para efectos fiscales la asociación en participación contará con personalidad jurídica cuando dicha asociación realice actividades empresariales en el país, el contrato se haya celebrado de acuerdo con las leyes mexicanas, o cuando se considere que dicha asociación se reputa residente fiscal en territorio nacional.

C. Persona moral para efectos fiscales

En virtud de lo antes mencionado, la asociación en participación se considera un ente fiscal y por lo tanto obligada a tributar como una persona moral, señalándose que en el caso que las leyes fiscales se refieran a una persona moral, se entenderá incluida la asociación en participación.

²⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 15a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 4.

D. Representación

Cuando se trate de medios de defensa ante las autoridades fiscales, el representante de la asociación en participación es el asociante.

A este respecto, debido a que la definición de A en P señalada en el CFF no contempla la figura del asociante y el asociado, podría darse el caso de que no existiera la figura del asociante, tal y como se comenta en el *Boletín sobre la Reforma Fiscal para 2004* del despacho Ortiz, Saenz y Erreguerena, no se contempla quien va a representar a la A en P y a sus integrantes en los medios de defensa que se interpongan, por lo que deberán de interponer estos medios de defensa ambas partes.

E. Denominación o razón social para efectos fiscales

Se establece que la asociación en participación deberá contar con una denominación o razón social, a la cual se le deberá adicionar “asociación en participación o A en P”.

F. Domicilio

La asociación en participación tendrá su domicilio en el domicilio del asociante.

G. Registro Federal de Contribuyentes (RFC)

Se deroga la obligación para el asociante y el asociado de inscribir el contrato de asociación en participación en los términos que se señalaban, debido a que se considera ahora una persona moral para efectos fiscales, y por lo tanto obligada a presentar declaraciones periódicas y encuadrando esta figura en el supuesto del primer párrafo del artículo 27 del CFF.

En relación con la asociación en participación, es importante recordar que esta figura jurídica se regula en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual la clasifica como un contrato y expresamente señala en su artículo 253 lo siguiente: “La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación”, sin embargo, al ser el derecho fiscal una rama autónoma del

derecho, ésta tiene la facultad de definir sus propios términos, generando de nueva cuenta una clara disociación entre la realidad mercantil y la fiscal.

Ahora bien, los atributos de una persona moral son: el nombre, domicilio y patrimonio, los cuales por disposición en materia fiscal comprenden denominación o razón social, así como personalidad jurídica, faltando su patrimonio, por lo cual es cuestionable si un contrato puede ser de forma independiente imputable de derechos y obligaciones.

4. Aspectos críticos de la reforma de 2004

Sobre lo anterior, existen por lo menos, dos dudas:

a) ¿Existen en la vida jurídica de las A en P las mismas vicisitudes que en las sociedades para que puedan ser gravadas de la misma forma? En las sociedades mercantiles se da un proceso de constitución, equiparable a la celebración en la A en P. En cuanto a la duración, las personas morales tienen, en principio, una vigencia indefinida o por lo menos de 100 años, frente a la usual determinación de un tiempo limitado en la A en P, sobre todo cuando se establece para “una o varias operaciones de comercio” (artículo 252, LGSM). Las sociedades mercantiles tienen una razón o denominación social, que no le atribuye por ese solo hecho personalidad jurídica,²⁸ a lo que obliga la A en P en materia fiscal, lo que hace dudar de si debe darse a conocer así frente a terceros, aunque se trate de una norma para efectos fiscales el artículo 17 B, en su cuarto párrafo. La A en P no se escinde ni se fusiona, como sí sucede en las sociedades mercantiles, siendo la fusión la aportación del patrimonio total, activo, pasivo y capital, de dos o más sociedades, mediante su cesión a título universal a una sociedad que se crea, o de una o más sociedades a otras preexistentes, que se conoce con el nombre de sociedad absorbente o fusionante; la disolución sin liquidación de las sociedades aportantes; la adquisición, en su caso, por los socios de las sociedades disueltas,

²⁸ Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, agosto de 1995, tesis XI, 2o. 11 C, p. 626.

de la condición de socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente mediante el canje, realizado bajo principios de equidad, de las acciones o participaciones de aquellas por las de éste.²⁹ Bajo la definición anterior, que exige que sean sociedades los entes participantes es una fusión, queda claro que no puede haber fusión en la A en P. Otro tanto puede decirse para los casos de transformación y escisión de la A en P, mismos que son inexistentes (artículos 227 y 228 bis de la LGSM).

En la A en P no hay asambleas de accionistas (no hay socios, artículo 181, LGSM); tampoco hay acciones o partes sociales (artículo 111, LGSM) por lo que no le resulta aplicable el régimen de ganancia por enajenación de acciones prevista en los artículos 24 a 25 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR).

El consejo de administración (artículo 142, LGSM) no existe en la A en P. El representante legal de la A en P es el asociante (artículo 256, LGSM). Tampoco hay órgano de vigilancia, como en las sociedades mercantiles (artículos 164 y ss., LGSM), por lo que una eventual calificación de estados financieros por un contador registrado es sumamente discutible.

No existe en la A en P toda la formalidad y la temática que regula a las sociedades mercantiles, especialmente a la anónima (artículos 181 y 182, LGSM).

De todo lo expuesto se deriva la dificultad y lo forzoso que resulta la atribución de personalidad jurídica a la A en P. Como hemos visto, hay supuestos en los que no tributa; otros en los que hay que hacer una equiparación forzosa para lograr la imposición fiscal de la A en P. Por todo lo anterior, sugerimos volver al otro supuesto anterior en el Código Fiscal y en la Ley del Impuesto sobre la Renta de negar la personería jurídica a la A en P.

b) ¿Existe identidad en los supuestos de causación para que puedan considerarse a ambas figuras —la A en P y las sociedades— como dentro del mismo género?

Vamos a ver de los ingresos y deducciones de las personas morales para identificar cuáles no pueden ser aplicables a la A en P, para

²⁹ SÁNCHEZ OLIVÁN, *La fusión de sociedades: estudio económico, jurídico y fiscal*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1991, p. 58.

reforzar nuestra tesis de la inaplicabilidad de la personalidad jurídica de la A en P para efectos fiscales.

En la A en P no se pueden dar ingresos por enajenación de títulos valor, acciones, partes sociales o certificados de aportación patrimonial (artículo 20, fracción V, LISR).

Tampoco puede darse liquidación o reducción de capital (artículo 20, fracción V, 2o párrafo, LISR) fusión o escisión de sociedades (artículo 20, tercer párrafo).

No puede haber ingresos por indemnización para resarcirla de la disminución que en su productividad haya causado la muerte, accidente o enfermedad de técnicos o dirigentes para la A en P (artículo 20, fracción VIII, LISR).

En contrapartida, no pueden deducir la pérdida por enajenación de acciones, pensiones y jubilaciones (artículo 29, fracción VII, LISR), las cuotas pagadas al IMSS (fracción IX), anticipos o rendimientos (por no ser sociedades, artículo 29, fracción XI).

Todo lo anterior nos lleva a que al tener un régimen de ingresos y deducciones más restringido que el resto de las personas morales, se viola el principio de proporcionalidad, que exige la adecuación a la capacidad contributiva del sujeto pasivo del tributo tomando en cuenta además que dicha contribución debe medirse de manera cualitativa,³⁰ lo que se vulnera nuevamente al gravar un ente, independientemente de su patrimonio.

IV. CONCLUSIONES

1. Una de las características del ordenamiento jurídico es su coherencia interna, lo cual le da la unidad que requiere para el cumplimiento de sus fines. Lo anterior se manifiesta en la congruencia entre las diversas ramas del derecho, sobre todo en lo relativo a la naturaleza jurídica de las instituciones que a cada una de ellas, en sus respectivos ámbitos, le corresponde establecer y regular.

En relación con lo anterior, consideramos que si bien es cierto que la materia fiscal es una materia autónoma, que tiene su propia regulación, no menos cierto es que por la unidad del derecho el legislador

³⁰ ARRIJOA VIZCAÍNO, Adolfo, *Derecho fiscal*, 17a. ed., México, Themis, 2003, p. 258.

fiscal debe respetar la naturaleza jurídica de las instituciones de otros ámbitos del derecho.

Así, respecto a la A en P podemos señalar derivado del análisis que hemos llevado a cabo a lo largo del presente, que el legislador fiscal cambió la naturaleza jurídica de la figura antes mencionada, en primer lugar porque en materia mercantil la A en P es ante todo un contrato que no cuenta con personalidad jurídica propia ni con patrimonio propio (criterio que con sus excepciones era compartido por la legislación fiscal vigente hasta 1998).

Sirve de apoyo a lo antes mencionado la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual señala que las facultades otorgadas por la Constitución al legislador ordinario de dictar normas sobre las instituciones jurídicas establecidas y cuya existencia supone el legislador constituyente, no abarcan las de trastornar la naturaleza de dichas instituciones, esto es, la facultad de desnaturalizarlas, ni las de sustituir por otros sus elementos esenciales.³¹

Derivado de lo anterior, el legislador en materia fiscal debe dar un tratamiento a las figuras que regule de conformidad con su naturaleza jurídica; de lo contrario, se rompe la unidad del derecho, creándose antinomias legales y las normas resultan difíciles de aplicar, lo cual deviene en una falta de seguridad y certidumbre jurídica para los contribuyentes (gobernados).

2. La definición de A en P que estableció el CFF contiene ciertas imprecisiones, entre las cuales destacan:

- La falta de referencia a los elementos personales del contrato, a saber: el asociante y los asociados. Además, parece que el asociante y asociado actúan en la A en P, cuando es solamente el asociante quien realiza las actividades económicas (empresariales) y los asociados quienes aportan los bienes para la realización de tales actividades.
- Excluye la realización ocasional o esporádica de actos de comercio, como una modalidad de la A en P.

³¹ Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "LEGISLADOR ORDINARIO. ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL PARA DICTAR NORMAS SOBRE INSTITUCIONES JURÍDICAS ESTABLECIDAS".

- Establece como fuente de la A en P el convenio, siendo su naturaleza jurídica la de un contrato.

3. La representación de la A en P recae en el asociante en los medios de defensa que se interpongan en contra de las resoluciones fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas a través de dicha asociación. Lo anterior perjudica los intereses del asociado que no cuenta con la capacidad procesal para defender sus derechos.

4. Al dar el tratamiento a la A en P el mismo que a cualquier otra sociedad, se están violando los principios de equidad y proporcionalidad tributaria. En cuanto al principio de equidad por dar un tratamiento igual a instituciones que son figuras asociativas distintas y responden a fines diferentes.

Se viola el principio de proporcionalidad tributaria porque grava de igual manera a sujetos con distinta capacidad contributiva, es decir, a la A en P le da el tratamiento de persona moral y en consecuencia se aplican disposiciones del Título II, no obstante que conforme su naturaleza no es una persona moral ni tiene personalidad ni patrimonio propios y priva a los contratantes de los efectos fiscales que les corresponden por su participación a las pérdidas y utilidades derivadas de las actividades de la A en P.

5. Derivado del análisis de las reformas tratándose de A en P y que entraron en vigor en 1999, 2002 y 2004, es importante señalar que esto sólo demuestra la ruptura de unidad de nuestro derecho, cuando el legislador fiscal regula una materia desnaturalizándola, es decir, apartándola de su esencia, para adecuarla a una realidad fiscal. Pero a nuestro juicio, muy mal adecuada, porque la *ratio iuris* de la ley, es decir, la razón por la cual existen las normas jurídicas es para la consecución de un orden. Estas normas deben tener como fundamento la esencia o naturaleza de las instituciones jurídicas, de lo contrario, lejos de buscar un orden, se generan imprecisiones jurídicas, antinomias legales y todo eso redundará en una falta de seguridad jurídica de los gobernados que estamos sometidos al imperio de las leyes.

EL CÓDIGO CIVIL DE NAPOLEÓN Y SU CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

*“Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas;
Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias.
Lo que nada ni nadie borrará, lo que eternamente vivirá,
es mi Código Civil”.*

Napoleón Bonaparte

*“Existe un derecho universal e inmutable,
fuente de todas las leyes positivas;
es la razón natural que gobierna a todos los hombres”.*

*Proyecto de Código Civil de Napoleón,
Jean Étienne Marie Portalis*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La situación que privaba en el derecho civil, su enseñanza y su configuración como ciencia antes del Código Civil Napoleónico.* III. *La codificación francesa y la formación de un nuevo ideal de modelo de ciencia jurídica: teórica y revolucionaria.* IV. *El Código Civil y su influencia en la estructura de los sistemas jurídicos.* V. *La codificación francesa y el establecimiento de los requisitos formales de las normas jurídicas.* VI. *Comentarios finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2004 se cumplió el segundo centenario de la promulgación del *Código Civil de Napoleón*, originalmente llamado *Código Civil*

de los Franceses,¹ posteriormente Código de Napoleón y, por último, simplemente Código Civil. Por tal motivo, la Escuela organizó una serie de conferencias que fueron impartidas por destacados historiadores y civilistas que forman parte de su profesorado. Algunas de éstas aparecieron materializadas en el número 28 de nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas*.² Llama la atención que en ellas se puso especial énfasis en los aspectos históricos, aunque más bien, en mi concepto, de filosofía de la historia y de derecho civil, descuidando la importancia que tal aparición trajo dentro de la teoría y de la filosofía del derecho.

En efecto, esa codificación, constituyó un momento capital desde el punto de vista de la historia del derecho, que ameritaba y precisa aún hoy ser recordado y reflexionado, debido a que introdujo un "parte-aguas" en la evolución, no sólo de los sistemas normativos occidentales de corte latino, sino de la idea que tenemos acerca del fenómeno del "derecho" y de las normas que lo integran.

Con la promulgación del Código Civil, se introdujo un puente entre el llamado "derecho antiguo", caracterizado por un conjunto normativo de carácter costumbrista, oral, múltiple y complejo, no sólo por lo que se refiere a sus fuentes, sino también a la forma de su aplicación, hacia lo que hoy conocemos como "derecho moderno", de carácter legislado y de cierta manera, impuesto por el poder público, escrito, unitario y simplificado, situación que en los tiempos recientes, se está viendo una vez más modificada, con las nuevas teorías del derecho y particularmente, con los modelos de la tópica, teorías de la argumentación, los postulados neoconstitucionalistas y constructivistas que se están dando actualmente y que por ahora no podemos precisar hasta dónde llegarán, pero que pretenden revisar y cambiar la perspectiva sobre la cual el derecho es comprendido, para pasar del Poder Legislativo hacia el Judicial. Habrá sin duda que esperar a que maduren y se pongan en práctica para ver finalmente sus resultados y el logro de los objetivos que proponen.

¹ Efectivamente, este Código Civil apareció en un solo cuerpo de 2281 artículos, por ley del 21 de marzo de 1804, o en la equivalente fecha revolucionaria del: "30 ventoso año XII".

² Los mencionados artículos aparecieron en la sección monográfica de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 28, núm. 28, México, pp. 771-809, 2004.

A partir del Código que recordamos, se produjo un viraje hacia donde se desarrollaron los ordenamientos jurídicos, con el predominio del derecho escrito y de la fuente legislada por parte de la autoridad política, con base en la recopilación del derecho efectivamente aplicado, lo que trajo la simplicidad en las formas jurídicas, el fortalecimiento del poder público y la "nacionalización" o "regionalización" de los derechos, para ir de un derecho común general, a un derecho nacional, entre otros resultados.

De igual manera, nos recuerda el instante en que se plasmaron en las normas que regulan las relaciones entre particulares, las ideas y principios liberales de la Revolución Francesa,³ con el énfasis en las personas consideradas individualmente y, sobre todo, en su autonomía en la regulación de las relaciones privadas, con la abolición de los privilegios de clase, o regulaciones estamentarias, como más adelante se desarrollará en forma breve.

Asimismo, se introdujo la definitiva influencia de instituciones y criterios del derecho romano en las legislaciones civiles modernas, sobre todo en los temas relativos a la propiedad, las obligaciones, los contratos, entre otros puntos.

Como lo plantearon los organizadores de esas conferencias, no sólo debemos ver ese aniversario desde su sola perspectiva histórica, sino además, destacar su relevancia para la dogmática jurídica, en particular, en el estudio del derecho civil. La codificación francesa de comienzos del siglo XIX representó el intento más serio y logrado de recopilación y sistematización con base en presupuestos lógicos, de las normas jurídicas que regulaban a las personas, sus bienes y sus relaciones jurídicas. Éste constituyó un modelo hacia las demás naciones, que acogieron sus resultados, lo que a la postre permitió la identificación de esta rama del derecho, dentro de una "familia" o "tradicción" jurídica, la cual hoy día aún podemos apreciar notablemente, si acudimos a los códigos mexicanos, español, portugués, francés, italiano, etcétera, o si hemos tenido el privilegio de poder ejercer nuestra profesión fuera de nuestras fronteras y en los

³ En el derecho público las mismas ideas ya se habían incorporado con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las que le sucedieron, así como en las sucesivas constituciones que se emitieron durante la Revolución Francesa.

citados países, donde los criterios y razonamientos que se esgrimen con base en las normas civiles son coincidentes.

Esa importancia se refuerza porque nuestros códigos civiles actuales (el local del Distrito Federal, el federal y presumiblemente de los demás estados de la República) se encuentran fuertemente inspirados e influenciados por dicho código, a pesar de las múltiples reformas que han tenido. De acuerdo con el tratadista Rodolfo Batiza (cuyos resultados siguen vigentes) el Código Civil de 1928 tuvo su origen, en primer lugar, en el Código Civil de 1884, del cual, por lo menos dos terceras partes se incorporaron en el actual ordenamiento. El otro tercio estuvo marcado por el proyecto conocido como "García Goyena" (que después sería el Código Civil español, de carácter central, del año 1888) el cual también recibió la influencia del francés.

A su vez, el Código Civil de 1884 se inspiró en el Código Civil mexicano de 1870. Salvo algunas innovaciones en el tema de las sucesiones, constituye una reproducción de ese ordenamiento, mismo que tuvo como fuente principal, el llamado Código del Imperio (por lo menos en dos terceras partes), además de los influjos que tuvo del Código portugués, de inspiración francesa y del que sería el código español (es decir, el proyecto de "García Goyena").

Por último, tanto el Código del Imperio, como el proyecto que formó Justo Sierra y que derivó en el Código Civil de 1870, tuvieron fuerte dependencia del Código Civil francés en comento. En ese tenor nuestro Código Civil, de donde se nutre nuestra dogmática civil para su exposición sistemática, es todavía (por lo menos, en lo principal) un producto más o menos directo del Código Civil Napoleónico,⁴ influencia que en forma clara y derivada se dejó sentir en todos los ordenamientos y proyectos que constituyeron la fuente real de nuestro cuerpo actual, motivo por el cual esa fecha no debe pasar desapercibida, al referirse al origen principal de inspiración material (la fuente real) de nuestro derecho civil.⁵ En efecto, hoy por

⁴ Para ver una mejor exposición de la genealogía de nuestro actual Código y la efectiva influencia del Código Napoleónico véase BATIZA, Rodolfo, "Las fuentes del Código Civil de 1928", México, Porrúa, 1979, pp. 13-29.

⁵ Una omisión sensible en las pláticas y artículos que se escribieron en nuestra revista, lo es la relevancia que tuvieron varios antiguos maestros de nuestra Escuela en la formu-

hoy, nuestros códigos civiles son hijos directos de ese código y, por lo tanto, a él debemos acudir para comprender a cabalidad mucha de la historia y del sentido de sus regulaciones.

Sin demérito de lo anterior y felicitando a nuestra casa de estudios por las conferencias y artículos publicados por el aniversario, considero que faltó contemplar el aspecto filosófico de ese fenómeno. La aparición de ese texto legislativo resulta importante para la configuración del modelo de ciencia jurídica que hoy tenemos, así como para la formación de la teoría general del derecho.

Su aparición introdujo un cambio revolucionario en la manera como se deberían redactar y sancionar las leyes. Esto es, este Código Civil, además de permitir la efectiva aplicación y divulgación en la esfera privada, de los principios liberales económicos, el planteamiento de la libertad en las contrataciones y la eliminación de privilegios personales o grupales, con la implantación del valor jurídico de la igualdad formal de las relaciones jurídicas, representa el avance más importante que se ha logrado, después de la aparición de las leyes escritas, en la formación de la ciencia jurídica y, con ello, en la creación de las características que debía tener toda norma jurídica, junto con la forma de constituirse en un sistema normativo, lo que propició también la elaboración de las teorías sobre la manera como se debería aplicar y utilizar el derecho. Es decir, la promulgación del Código Civil trajo como uno de sus resultados la aparición de la ciencia denominada "teoría del derecho", en la forma en que hoy la conocemos, así como de las distintas ramas de lo que se conoce como "Dogmática Jurídica".

Esto, sin demérito de las críticas actuales y correctas que se hacen al predominio de las leyes en los sistemas jurídicos y a la incorrecta identificación de derecho con ley.⁶

lación de los códigos de 70 y 84, con la intervención de Luis Méndez, Agustín Rodríguez y Miguel S. Macedo. Al respecto véase BATIZA, Rodolfo, *op. cit.*, así como SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Dos códigos civiles y una Escuela de Derecho*, México, edición particular, 1972. Cabe destacar que esta publicación se hizo en conmemoración del sexagésimo aniversario de la Escuela.

⁶ Esta crítica fue el motivo del artículo que escribió el maestro Jaime del Arenal Fenochio, "A 200 años de la codificación napoleónica", en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, *op. cit.*, pp. 771-782.

Pese a las objeciones que se pueden formular al fenómeno de la codificación "racional" del siglo XIX, no podemos negar que, con ella, los hombres se sintieron dueños y hacedores de su propia historia y, capaces de regir sus destinos, así como de buscar su satisfacción, en la manera en que ellos lo consideraran. Es decir, el derecho fue visto por vez primera, además de una forma de obtener la libertad humana en el ámbito social, como una ciencia objetiva que podía ser descubierta en forma racional, desligada de elementos políticos o religiosos y que daría una herramienta, producto de los propios hombres, que no tenía otro propósito que el lograr la felicidad social, es decir, el tan buscado bien común, como elemento justificativo del Estado.

Con la promulgación de ese cuerpo legal, los juristas que intervinieron no sólo consideraban que hacían una labor de recopilación al estilo del derecho romano, sino que finalmente habían "descubierto", por su sola capacidad racional, los principios objetivos y justos sobre los cuales se debía regir el sistema jurídico verdadero y perfecto, además de las normas permanentes que era necesario establecer para regir las relaciones entre las personas y que habían hallado el sendero sobre el cual se debería desarrollar el estudio sistemático del derecho, lo que posteriormente sería considerado como la teoría general del derecho. Pensaban que habían encontrado la mejor forma posible en que esas normas deberían ser elaboradas, para preservar el fin que pretendían, el de garantizar a los ciudadanos su propiedad, igualdad y libertad, limitando, al mismo tiempo, la actuación del poder público.

Por último, y no necesariamente vinculado al código francés, el movimiento codificador permitió a los hombres pensar que el derecho estaba al alcance de sus manos, y que haría posible transformar las instituciones sociales, en aras de lograr las finalidades que se pretendían por parte de los individuos, que no eran otras que permitir su propio perfeccionamiento.

En ese tenor, el Código Civil es un suceso filosófico, científico y político, cuyas repercusiones todavía nos afectan, a pesar de que no somos del todo conscientes de esa influencia y que si bien hemos observado las múltiples deficiencias y problemas que trajo, su introducción permitió al hombre configurar y conocer al derecho desde una perspectiva científica (por lo menos, tuvo la capacidad de mejo-

rar la identificación de su objeto de conocimiento) y con ello, su evolución en aras de preservar los valores sociales que caracterizan al liberalismo.

En las siguientes notas trataremos de explicar más detenidamente ese fenómeno y demostrar su importancia dentro de la teoría general del derecho y de las ciencias jurídicas particulares.

II. LA SITUACIÓN QUE PRIVABA EN EL DERECHO CIVIL, SU ENSEÑANZA Y SU CONFIGURACIÓN COMO CIENCIA ANTES DEL CÓDIGO CIVIL NAPOLEÓNICO

Como nos lo enseña el gran Marcel Planiol, en Francia, antes de la aparición del Código Civil, existía una diversidad y disparidad no sólo por lo que se refiere a las clases de normas que se aplicaban en la materia, sino también, a su origen. Para empezar, se daba en la práctica una división territorial en lo que se conocía como "antiguo derecho" (es decir, el derecho que se tenía antes de la Revolución Francesa y la codificación) ya que había regiones que contaban con normas de carácter oral y consuetudinario; otras que en cambio, se regían por el derecho romano escrito. De hecho, esa división partía al país en dos secciones. La región sur era proclive a la aplicación del derecho romano, dada su influencia y cercanía con Italia, debido a los movimientos de conquista que en siglos anteriores habían hecho los romanos.

En cambio, el norte del país, con mayor influencia de las tribus bárbaras, aplicaba un derecho basado en las costumbres: "El derecho romano procedía de Italia; las provincias meridionales, la Provincia Nargonaise, habían sido conquistadas y latinizadas más rápida e intensamente que el resto de las Galias; los Bárbaros que posteriormente ocuparon esta región, fueron los visigodos y los burgundios, ya medio romanos a su entrada en el imperio. Por otra parte, aunque los francos, que mejor habían conservado sus costumbres primitivas, conquistaron la Galia en su totalidad, sólo ocuparon el norte".⁷

⁷ PLANIOL, Marcel, con la colaboración de Georges RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil*, vol. 1, Puebla, Ed. José Ma. Cajica, 1946, p. 39.

Esta división territorial no era proporcional, las regiones del norte costumbristas eran preponderantes, debido a que ocupaban gran parte del suelo francés. En cambio, las regiones del derecho escrito romano apenas abarcaban dos quintas partes, sin contar con la región de la Alsacia.

Sin embargo, esa primera distinción, tampoco era del todo clara ni uniforme, debido a que en las regiones donde existían las costumbres, de igual forma se podían distinguir éstas, por la aplicación que tenían. Estaban en primer lugar aquellas que contaban con una jurisdicción extensa, aplicables a toda una provincia y que recibían el nombre de "costumbres generales", que de acuerdo con Planiol, eran aproximadamente sesenta. Además, había pequeñas costumbres que se aplicaban solamente a casos particulares y como normas de derogación de las "costumbres generales", mismas que se dirigían a una pequeña región, ciudad, o barrio y que recibían el nombre de "costumbres locales", su número llegó a ser considerable, al parecer, trescientas.

A pesar de la preponderancia que tenía el sistema de las costumbres y su disparidad, no cabe duda que representaba un problema a la hora de su aplicación, no sólo por lo que se refiere a encontrar la norma que debería ser seleccionada a un caso concreto, sino también, por lo que toca a su expresión o materialización, requisito que hoy vemos imprescindible para una adecuada comprensión de las prescripciones contenidas en esas costumbres, por lo que ya desde antes del período de la codificación, se buscó su materialización y compilación en aras de su ejecución.

Lo anterior significa que el fenómeno de la codificación, antes que ser visto como una forma perversa y oscura de reducción del derecho, debe ser considerado como una manera de simplificar su conocimiento y aplicación, situación que así se consideró desde el llamado "derecho antiguo".

Durante los siglos XV y XVI se comenzó la tarea de recopilar estas costumbres, lo que produjo que ese derecho perdiera su mutabilidad e identificación, ya que se convirtieron en leyes escritas, las cuales no podían ser modificadas por los particulares, ni por los tribunales, al estar sancionadas por el poder real. Sin embargo, como lo apunta Planiol, a pesar de suprimir la incertidumbre en su identificación, se conservaba por un lado, la multiplicidad de las costumbres, así como los distintos ámbitos materiales de su aplicación.

De todas estas costumbres, las de "París" adquirieron notoriedad, e incluso llegaron a considerarse como representativas del "derecho común del reino" y como tal, fueron observadas en la mayor parte de las provincias, cuando sus costumbres locales o generales no tenían previsiones que regularan el caso.

Estas costumbres ahora redactadas, llegaron a finales del siglo XVI, a revisarse y reelaborarse, lo que se llamó la "reforma de las costumbres", siendo éste el estado que presentó dicha fuente de derecho, al momento de la elaboración del Código Civil.

Por lo que toca a las regiones de derecho escrito, se aplicaba el derecho romano, pero no el de Justiniano del siglo VI, sino el que se reflejaba en las obras de los jurisconsultos clásicos del siglo III, junto con el Código Teodosiano del 438. No fue sino hasta los siglos XII y XIII, que se introdujo la obra de Justiniano, por medio de la influencia que ejercieron las universidades.

No sólo existía una disparidad de formas de concebir y de aplicar el derecho, como el escrito o el supuestamente oral y compilado. También existía una variedad de elementos normativos de distinta naturaleza y origen. Así por ejemplo, además de estas normas escritas o consuetudinarias de raíz romana o popular, estaba el derecho canónico, cuyo origen era externo a las autoridades, o a la comunidad francesa y de eficacia general en Europa. También se tenían a las ordenanzas reales, de origen nacional, expedidas por el monarca, las que tenían como principio la voluntad del soberano y que en el futuro representarían una fuente preponderante en la formación del derecho.

Se ha discutido mucho que el momento codificador trajo como una de sus influencias negativas, la reducción del derecho a la ley, particularmente entendida ésta como expresión del poder del soberano. Sin embargo, dicha reducción, más que ser una consecuencia del fenómeno de la codificación, hay que verla como el resultado del fortalecimiento del poder público, al cual el derecho en ese entonces, no se pudo oponer, por lo que se puede decir, que la codificación por sí sola, no fue la causa de esta identificación, ni de la "pérdida" efectiva de otras fuentes del derecho. Por el contrario, ese movimiento fue la mejor manera de establecer una modernización de las instituciones con base en las ideas políticas imperantes en ese entonces, es decir, frente a los elementos conservadores del derecho esta-

blecido, el fenómeno en estudio fue la manera ideal de transformar la manera de regular a la sociedad civil. Además, contrario a lo que se pudiera pensar, la codificación tenía precisamente dentro de sus propósitos limitar en forma "racional" el poder del Estado.

Por último, se tenían también como fuentes del derecho, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, las cuales, siguiendo el espíritu de los jurisconsultos romanos, de la filosofía estoica y de los juristas medievales, tendían con sus interpretaciones o más bien "construcciones jurídicas" (ahora la llamaríamos "argumentaciones jurídicas") hacia la unificación del derecho civil, al que se le conoció como el "derecho común", en contra de la disparidad y especialidad que tenían los restantes elementos normativos.

Sin embargo, esa multiplicidad de fuentes estaba a punto de terminar, con el predominio del poder real y la forma de ejercerlo de manera absoluta, situación que no puede ser responsabilidad del fenómeno de la codificación, sino del predominio político del monarca francés, del despotismo: "...el régimen monárquico, que cada vez se centralizaba más y que tendía a la monarquía absoluta; los juristas fueron consagrados servidores del rey en esta obra".⁸

De lo anterior, se puede ver que al momento de la codificación racionalista del siglo XIX, se tenía dentro de un mismo territorio, una diversidad de normas, las cuales a su vez, tenían orígenes distintos, de difícil localización y presumiblemente, en contradicción unas con otras, sin manera de resolver los conflictos que se daban entre ellas.

En ese tenor, el conocimiento así como la detección de la norma aplicable a una controversia o a un supuesto era difícil, lo que impedía la aplicación del derecho. En Alemania sucedía algo similar, como lo apuntaba Thibaut: "Por ello, en el aspecto científico, el derecho particular hasta ahora se ha visto sumido en una total oscuridad, y el joven práctico ha tenido siempre que tratar de orientarse en él contando sólo con sus propias fuerzas; un desdichado negocio que rara vez sale bien, ya que las leyes particulares se hallan muy diseminadas y difieren enormemente, siendo raro que en un país haya más de diez juristas que tengan la suerte de contar con una colección de dichas leyes".⁹

⁸ PLANIOL, *op. cit.*, p. 44.

⁹ THIBAUT, "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania", en THIBAUT y SAVIGNY, *La Codificación*, Madrid, Aguilar, 1970, p. 21.

Se puede decir que la aparición del Código Civil francés y de los restantes países, antes que otra cosa, fue un fenómeno de evolución del derecho, en donde en una primera instancia, como sucedió en el derecho romano y en la Edad Media, se hacía necesaria la recolección de normas en un solo cuerpo, que facilitara su conocimiento y aplicación, lo que contribuiría a la unificación del pensamiento teórico jurídico con su práctica: "En cambio, con un código general podrían relacionarse íntimamente la teoría y la práctica, y los juristas académicos eruditos podrían dialogar con los prácticos, mientras que ahora, con su derecho común, no saben a qué atenerse".¹⁰

En su momento, se pensó que la codificación era una tarea necesaria de compilación de normas, empleando para ello, el método lógico y técnico seguido por el derecho romano, mismo que se consideró en su momento el correcto y el único posible. Así, el Código Civil que se llegó a elaborar, como lo es ahora el nuestro, se divide en libros y éstos en títulos, cada título tiene por objeto una materia especial y propia del derecho civil. Los libros, por su parte, comprenden los grandes temas en que se divide la ciencia de ese derecho, esto es, las personas, los bienes, los contratos y las obligaciones (aunque el Código Civil francés, en su libro tercero no fue muy preciso en esta última materia, pues aglutinó bajo el rubro de "los diferentes modos de adquirir la propiedad", instituciones tan distintas como los testamentos, las sucesiones, la teoría de las obligaciones y los contratos).

Todo lo expuesto nos lleva a clarificar, a pesar de los reiterados intentos de los enamorados del sistema de las costumbres y del llamado "derecho común", que en realidad la situación imperante antes de la aparición del Código Civil, era caótica, por la pluralidad de fuentes, normas, autoridades, que no solamente complicaba la aplicación del derecho, sino también el conocimiento del mismo, problema que no sólo afectaba a los litigantes, sino que también se daba en la ciencia jurídica en ese entonces y a la forma de su enseñanza.

Como es de suponerse, y como lo apuntaba Thibaut, a pesar de existir ese caos normativo, la ciencia jurídica y su enseñanza en las universidades, parecían no darse cuenta de esto y en cambio, los

¹⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

juristas consideraban y enseñaban el derecho con base en una situación que no existía. Esto es, se impartía en las distintas universidades, un derecho que en realidad no se aplicaba, ni se veía reflejado en las normas escritas o de origen costumbrista, tendiendo más hacia la enseñanza de un derecho ideal, que el efectivo en la práctica. En ese tenor, se consideraba al derecho como un sistema normativo de carácter deductivo, todo esto, gracias a la ayuda de las teorías del derecho natural, en ese entonces en boga,¹¹ lo que se traducía en una total separación entre la teoría y la praxis, lo que obviamente no ayudaba ni dejaba bien parada a ninguna de ellas.

En efecto, por lo que se refería a la enseñanza del derecho, se apoyaba preponderantemente en el derecho romano y el eclesiástico que producían la impresión que en realidad frente a la multiplicidad de normas existentes, sólo había un único derecho, del cual sus distintos elementos se conectaban entre sí, de una manera racional y lógica, sin contradicciones, ni lagunas (por supuesto todo ello, de una manera no perceptible para los ajenos a esta ciencia): “Para explicar esta tendencia no basta recordar el gusto natural del espíritu francés, que ama las cosas simples, que busca el orden y la regularidad. Por lo demás es muy dudoso que este espíritu existiese antes del siglo XVI. Dos grandes influencias sociales obraron en el mismo sentido. Una era la enseñanza de las universidades, esencialmente fundada en las legislaciones unitarias (derecho romano, derecho ca-

¹¹ Resulta ilustrativo la obra de Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones*, en donde para la exposición de las distintas instituciones que regulan ese apartado del derecho civil, además de apoyarse en el derecho romano, los grandes jurisconsultos también romanos, los glosadores, etcétera, aplica las distintas posturas de los tratadistas del derecho natural, para desprender la forma en que se deben deducir las distintas regulaciones aplicables a esta materia. Por ejemplo, cuando describe el vicio del consentimiento consistente en la violencia, parte del principio establecido por los glosadores, *voluntas coacta, est voluntas*, para posteriormente, apoyándose en Hugo Grocio, manifestar que la voluntad dada con violencia no puede ser válida por derecho natural, estableciendo una excepción según Puffendorf: cuando se promete una recompensa en caso de que se auxilie al emisor de la voluntad para que termine la violencia ejercida por un tercero en su contra. Como se sabe, este tratadista fue el principal inspirador del contenido del Código Civil por lo que se refiere a las obligaciones y los contratos. Existe una edición facsimilar, recientemente reimpressa por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal del año 2003, cuya lectura ampliamente se recomienda para apreciar la manera en que dicho autor consideraba como la naturaleza de las obligaciones (El ejemplo dado se encuentra en las pp. 24-26).

nónico); el derecho romano, sobre todo, dominaba a los espíritus por su superioridad y por su potencia lógica, creándoles una imperiosa necesidad de unidad”.¹² De hecho la “ciencia” jurídica medieval, dedicada en gran parte, al análisis preponderante del *Corpus Juris Civiles*, de Justiniano, incidía en la unicidad y coherencia del derecho, así como a tratar de acreditar la inexistencia de lagunas o contradicciones en él.

No obstante esto, existía un divorcio entre la teoría y la práctica. Los estudiantes de derecho, aprendían teorías, principios y normas que en realidad nunca aplicaban y lo más importante, no los veían reflejados o incorporados en las normas o costumbres que tenían para solicitar su aplicación. Las ideas que les eran conculcadas en su formación, no recibían los elementos necesarios para la detección, selección y ejecución de las normas.

Al respecto, Luis Prieto afirma: “Este agudo contraste entre lo que aparecía como el dictamen de la recta razón y el triste presente que deparaba la realidad jurídica, propició, paradójicamente, que fuera el propio racionalismo iusnaturalista el principal impulsor de la reforma del derecho positivo a través, fundamentalmente, del movimiento codificador. De esta forma aquel ideal racionalista pasó a concretarse legislativamente y la veneración que la época profesaba a la razón humana se deslizó hacia lo que se consideró el producto de su correcto uso: el nuevo Código Civil, conocido también como el Código de Napoleón. La actitud de reverencia de los juristas respecto del nuevo derecho positivo no es gratuita. Las ventajas técnicas de su unificación eran indudables. Frente a la situación caótica que ofrecía el panorama jurídico de épocas anteriores, el jurista se encontraba ahora con un cuerpo orgánico, compuesto por relativamente pocas normas, pero con un alto grado de plenitud y coherencia.

La sincera creencia en haber logrado la concreción positiva de aquellos principios absolutos e inmutables destinados al buen gobierno de las relaciones sociales, provocó la conversión de unas mismas mentes, las de los juristas, propulsoras al principio de una reforma concebida a partir de los presupuestos ideológicos del iusnaturalismo, en las más conspicuas defensoras del nuevo orden posi-

¹² PLANIOL, *op. cit.*

tivo. Con ello, como también observa Ross en la obra citada, al perder interés en reivindicar reformas jurídico-políticas, perdieron el interés por el derecho natural. Y todo él se concentró en el derecho positivo; esto es en el Código y su interpretación".¹³

Así las cosas, también el Código Civil, además de las ventajas de la compilación material de las distintas normas existentes en el reino de Francia, produjo el mejoramiento y perfeccionamiento de la enseñanza y de la práctica del derecho, al unificar el pensamiento racionalista y de las distintas tendencias de lo que se conocía entonces como "derecho natural" aplicado al derecho civil, con las normas jurídicas que en la realidad invocarían a partir de entonces los abogados en los casos que atendieran ante las cortes o tribunales en los que litigaban. Como lo apunta el autor antes citado, esta ventaja significaba la unificación del derecho ideal que se enseñaba en las universidades, con el que realmente se aplicaba, lo que produjo como consecuencia, el abandono de la búsqueda del derecho natural y su enseñanza, debido a que, al ya estar supuestamente fusionados con el Código Civil, no resultaba ya necesario el aprendizaje del primero, sino sólo del segundo. Al respecto recuérdese la famosa frase acuñada en ese entonces: "no conozco el derecho civil, sólo sé el Código Civil".

Alf Ross nos confirma la primera bondad que tuvo el código que celebramos, cuando señala lo siguiente, en su obra más característica:

"En Francia, Comte echó las bases del positivismo, en un programa dirigido a fundar la política, en forma científica, en las leyes que rigen a las comunidades y su evolución (sociología). Además de esto, los juristas franceses, tras la aprobación del gran Código Civil, el Código de Napoleón de 1804, perdieron interés en reclamos político-jurídicos de reforma y, con ello en el derecho natural. Su interés se concentró en el derecho positivo: el Código y su interpretación".¹⁴

¹³ PRIETO SANCHIZ, Luis, "La doctrina del derecho natural", *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 73.

¹⁴ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 307.

III. LA CODIFICACIÓN FRANCESA Y LA FORMACIÓN DE UN NUEVO IDEAL DE MODELO DE CIENCIA JURÍDICA: TEÓRICA Y REVOLUCIONARIA

Por otro lado, la ciencia jurídica, al igual que las demás derivadas de la "razón práctica", como la ética, o la política, estaba fuertemente vinculada al sistema religioso imperante, que en esos momentos se encontraba en desprestigio y como tal, no era considerado como un elemento suficiente por sí mismo, ni racional, para dar el carácter de científico y objetivo a los conocimientos que se tenían de esas ramas del saber.

Esta situación contrastaba drásticamente con la que presentaban las ciencias naturales (que formaban parte de la conocida como "razón pura") las cuales habían logrado su independencia de la filosofía, con base en conocimientos considerados "certeros", que resistieron los embates del nuevo método científico: el experimental. Los descubrimientos de Copérnico, Galileo y sobre todo Newton, habían producido la certidumbre de que la sola razón, en la manera que ahora se consideraba y no así las normas religiosas o el legado de la filosofía griega, darían la respuesta a los problemas científicos y nos llevarían con ello, no sólo a predecir el futuro, sino lo que era más importante, a poder modificar la realidad. Por supuesto, se partía de la idea de que el hombre podía conocer esa verdad, en cualquiera de los campos de la razón, sobre todo la "práctica".

Si bien las distintas escuelas del derecho natural seguían imponiendo sus ideas en el ambiente y en las universidades, también se estaban desarrollando nuevas corrientes del también derecho natural, pero distintas y contrarias a las conocidas como "clásicas" o "medievales". Estas últimas nunca se ocuparon, ni necesitaron de la elaboración de un sistema racional exhaustivo de normas generales, además que el término "racional" que las caracterizaba no era absoluto ni inmodificable, sino que permitía siempre su desarrollo histórico y por lo tanto, su modificación.¹⁵

¹⁵ Para encontrar mayores distinciones entre estos modelos iusnaturalistas puede consultarse, BOBBIO, Norberto, "El modelo iusnaturalista", en *Estudios e historia de la filosofía, de Hobbes a Gramsci*, Ed. Debate, 1985.

Ahora, los filósofos morales planteaban la necesidad, como había sucedido con la astronomía, la geometría, la física, de encontrar premisas objetivas, verdaderas, abstractas, inmutables e universales que llevaran a un único sistema racional, abstracto, deductivo, de donde se pudieran encontrar todos los principios de la ciencia del derecho.

Además, la búsqueda de este nuevo ideal de ciencia se debía realizar con base en una única razón objetiva, la cual no sólo nos ayudaría a conocer la realidad del derecho, sino también, ese conocimiento nos daría la forma de transformar la realidad, en particular, la forma en que deberían regularse el comportamiento de los hombres, no sólo para cumplir con el verdadero ideal de justicia, sino para transformarlos en las personas que debían ser, como se pensaba, de las ciencias exactas.

En particular, la ciencia jurídica no había logrado justificar ni demostrar la existencia de esa disparidad normativa, la distancia que existía entre la ciencia y la práctica, por lo que los filósofos del derecho aspiraban a transformar esta ciencia, en donde no sólo explicara el fenómeno jurídico, sino que también ayudara al hombre en la forma en que se debería regir las relaciones entre ellos, así como la eliminación de las situaciones que los hacían infelices. De esta manera, el modelo de la codificación ayudaría a la creación de este ideal de ciencia jurídica, en donde no sólo se comprendería mejor y de una manera racional al derecho, sino también, como la mejor forma de transformar la sociedad, sobre una base "científica" y racional. Con ello, también se produciría la unificación del derecho en todos los estados, bajo la premisa de que las normas, al ser productos de la razón, deberían ser las mismas para todos los hombres.¹⁶

En conclusión, se trataba de transformar la ciencia jurídica para asimilarla a las restantes ciencias físicas y exactas, emancipadas ya de las ataduras del saber antiguo y de las imposiciones de la religión y por el contrario, asegurando sus resultados por medio de la "razón" y con base en un método científico, todo lo cual permitiría no

¹⁶ Recuérdese que en Inglaterra fue Bentham quien luchó por la modificación de las instituciones jurídicas anacrónicas, por medio de la elaboración de nuevas leyes y códigos, en donde se pudiera establecer en forma expresa y evidente su efectiva modificación "racional".

sólo conocer la realidad, sino también, transformarla, lo que significaría encontrar el camino correcto para la felicidad humana:

"La idea central de la Ilustración del siglo XVIII era la fe en que las causas principales de la injusticia, la opresión y la miseria humana se hallaban en la ignorancia y la necedad del hombre. El conocimiento preciso de las leyes que gobiernan el mundo físico, descubiertas y formuladas de una vez para siempre por el divino Newton, capacitarían a los hombres, llegado el momento, a dominar la naturaleza; al comprenderlas y adaptarse a las inalterables leyes causales de la naturaleza, vivirían también y tan felizmente como es posible vivir en el mundo; sea como fuera, evitarían los dolores y las discordias engendradas por los vanos e ignorantes esfuerzos de oponerse a tales leyes o de evadirlas. Algunos pensaban que el mundo explicado por Newton era lo que era *de facto*, por ninguna razón que pudiera descubrirse: una realidad última y no explicada. Otros pensaban que podrían descubrir un plan racional, una Providencia divina o "natural" gobernada por un propósito último, al que tendía toda la creación, de tal modo que el hombre, sometiéndose a ella, no se inclinaría ante la necesidad ciega, sino que, conscientemente, reconocería el papel que desempeñaba en un proceso coherente, inteligible y por tanto justificado. Pero el esquema de Newton, ya fuese tomado por mera descripción o como teodicea, era el paradigma ideal de toda explicación; quedó reservado al gobierno de Locke señalar un sistema en el cual los valores morales y espirituales finalmente pudieron quedar en orden, explicados por la aplicación de esos mismos principios. Si las ciencias naturales capacitaban al hombre a modelar el mundo material de acuerdo con sus deseos, las ciencias morales lo capacitarían, asimismo, a regular su conducta para evitar, de una vez por todas, la discordia entre creencias y hechos, poniendo fin así a todo mal, estupidez y amargura. Si los filósofos (es decir, los hombres de ciencia), tanto de la naturaleza como de la moral, se hicieran cargo del mundo en lugar de los reyes, los nobles, los sacerdotes con sus ayudantes y sus incautas víctimas, en principio podría alcanzarse la felicidad universal".¹⁷

Con base en este ambiente, los científicos del derecho buscaban descubrir la verdadera ciencia jurídica, independizada de todos aquellos elementos que la tuvieron sojuzgada y que como consecuencia,

¹⁷ BERLIN, Isaiah, *Pensadores rusos*, en el artículo intitulado: "Herzen y Bakunin, y la libertad individual" (traducción, Juan José Utrilla), Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 176-178.

sólo habían traído la opresión del hombre y su encadenamiento a las fuerzas oscuras de la sociedad. Si bien se busca un conocimiento teórico, es decir, las verdaderas premisas sobre las que descansaba las relaciones sociales entre los hombres, lo anterior, como en el caso de las ciencias naturales, llevaría a los seres humanos por un lado, a controlar la práctica diaria de los abogados, pero sobre todo, hacia una nueva etapa de su historia, su efectiva independencia y transformación. Locke, en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil* apuntaba (1690): “De manera que quien no quiera dar justo motivo para pensar que todo gobierno en este mundo es solamente el producto de la fuerza y la violencia y que los hombres viven en comunidad guiados por las mismas reglas que imperan entre las bestias... debe necesariamente encontrar *otra teoría que explique el surgimiento del gobierno y del poder político y otro modo de designar y conocer a las personas que lo tienen ...* El estado de la naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad, o posesiones”.¹⁸

La ciencia que se estaba fraguando, no solamente tenía como misión conocer al verdadero derecho, con base en métodos y resultados ahora considerados como objetivos, sino, además, sería posible la transformación de las sociedades y al hombre lo volverían libre y finalmente feliz. Esa ciencia haría posible, sobre bases objetivas, la transformación de los sistemas políticos y la debida conducción del hombre por el derecho. Esta presunción la encontramos en diversos autores racionalistas de la época, entre quien predominó su más famoso profeta: el marqués de Condorcet (1795): “La marcha de sus pueblos sería más rápida y segura, porque recibirían de nosotros lo que nos hemos visto obligados a descubrir, y que para conocer esas verdades sencillas, esos métodos ciertos a que hemos llegado nosotros luego de cometer numerosos errores, les bastará con hacer suyos los desarrollos y las pruebas de nuestros discursos y de nuestros li-

¹⁸ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 34 y 38.

bros. Si los progresos de los griegos se perdieron para las demás naciones, debemos culpar a la falta de comunicación entre los pueblos y al dominio tiránico de los romanos. Pero cuando las necesidades recíprocas hayan reunido a todos los hombres, cuando las naciones más poderosas hayan establecido la igualdad entre las sociedades como entre los individuos, el respeto por la independencia de los Estados débiles, así como la benevolencia para la ignorancia de los miserables, en la categoría de sus principios políticos; cuando las máximas que tienden a reducir el vigor de las facultades humanas sean reemplazadas por aquéllas que favorecen su acción y su energía, (cabría entonces seguir teniendo que fueran a quedar en el globo espacios inaccesibles al conocimiento, o que el orgullo del despotismo pudiera oponer a la verdad barreras durante largo tiempo insuperables)... Habrá de llegar, pues, el momento en que el Sol iluminará sobre la Tierra, tan sólo a hombres libres, que no reconocerán otro dueño que su razón...”.¹⁹

Precisamente, la aparición del Código Civil en comento, sería visto no sólo como el resultado de una labor de compilación normativa, sino lo más importante, como el inicio de una nueva etapa de la ciencia del derecho y de la humanidad, con la elaboración de un texto, en donde además de contener las prescripciones racionales y correctas que debería tener, establecería los instrumentos para que los hombres se pudieran desarrollar en la comunidad en la que se encontraban insertos, llegando incluso a su modificación “racional”. Es decir, pensaban sus autores, que finalmente habían logrado unificar la teoría del auténtico “derecho natural” con la práctica diaria, esta última ya sujeta definitivamente a los postulados de la “recta razón”, lo que permitiría la total transformación de las costumbre que impedían a los hombres el alcanzar sus objetivos.

IV. EL CÓDIGO CIVIL Y SU INFLUENCIA EN LA ESTRUCTURA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

No sólo se procuraba la reforma social con base en el nuevo ideal del modelo científico. La ciencia jurídica buscaba encontrar los criterios

¹⁹ MARQUÉS DE CONDORCET, Marie-Jean-Antoine-Nicolas DE CARITAT, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 190.

racionales sobre los cuales se pudieran deducir los restantes principios y normas, en los que se apoyarían y desarrollarían los sistemas normativos, los cuales deberían respetar los postulados de toda ciencia, es decir los identificados como "evidencia", "deducibilidad" y "veracidad" que desde tiempos de Aristóteles se consideraban como los requisitos indispensables de todo conocimiento objetivo.

Respetando estos postulados y de los principios que se obtuvieran de ellos, se podrían encontrar todos los elementos de la ciencia jurídica: "...La evolución del ideal científico ... no pudo dejar de repercutir sobre la ciencia del derecho. Y si bien esta última no logró alcanzar plenamente el ideal aristotélico, no faltaron por cierto, esfuerzos tendientes a dotar a la ciencia jurídica de una estructura deductiva *more geometrico*. Los resultados más notables de aquella tendencia son tal vez los grandes sistemas racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Al producirse con el surgimiento de la ciencia experimental, la división de las ciencias en racionales y empíricas a que ya nos hemos referido, la ciencia del derecho fue situada por la mayoría de sus cultores (y especialmente por los filósofos del derecho) en el ámbito de las ciencias racionales. La concepción de la ciencia del derecho que encontramos en los sistemas racionalistas de derecho natural, desde Grocio y Pufendorf hasta Kant y Fichte, responde plenamente al ideal de la ciencia racional".²⁰

De esta manera, debemos considerar al Código Civil francés, como los demás que logró expedir Napoleón, como el resultado de una labor en ese momento considerada como "científica", en donde se buscó plasmar de una manera exhaustiva, coherente, deductiva y racional los principios y normas que debían ser aplicables a las personas y sus relaciones entre ellas, dando las bases para poder dirimir en forma justa y objetiva todos los problemas que se le llegaren a presentar, tanto en el presente como en el futuro, desterrando de esta manera la arbitrariedad, considerada como un criterio subjetivo de atender a los problemas del derecho.

En ese tenor, dicho ordenamiento, a diferencia de las compilaciones efectuadas hasta entonces, representó un intento por regir a la socie-

²⁰ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Buenos Aires, Ed. Astrea, 1975, p. 89.

dad con base en normas consideradas objetivas y justas, las cuales se obtuvieron con base en lo que se entendía como un auténtico método científico. Más que verlo como el primer resultado de la definitiva victoria del poder público y el acceso a la forma de regular y controlar, la vida privada de sus súbditos así como del derecho legislado, se debe contemplar como el esfuerzo que se realizó para poder regir, por vez primera, desde el mismo hombre y su comprensión, su propio destino.

El derecho debía ser considerado a partir de ahora, en forma explícita y reflejado en los distintos artículos de los códigos, como un conjunto de postulados que debían guardar una cierta relación entre sí. En pocas palabras, a partir de ese movimiento, comenzó a desarrollarse la idea de lo que hoy conocemos como el sistema normativo jurídico moderno. Esto es, el derecho debía ser visto, a partir de entonces, como un conjunto de normas expresas (escritas y plasmadas en un ordenamiento lógico y racionalmente creado por los hombres) que además de tener un contenido de carácter jurídico, debían tener una relación formal entre ellas, al estar derivadas unas de otras, con lo que se cumplía con el primer requisito del sistema científico, la "deducibilidad", de ahí la importancia de las normas definitorias, clasificatorias, finalísticas, desarrolladoras de sus elementos, las que además de permitir la deducción o inferencia entre ellas, ayudarían a la solución de casos que no previeran.

Asimismo, además de depender unas de otras, y por lo tanto, poderlas circunscribir a un mismo conjunto o sistema, como consecuencia de ello, también se aseguraría la nota de "coherencia", lo que permitiría desterrar las normas o elementos de carácter contradictorio, introduciendo con ello, el principio lógico de "identidad" como característica de modelo científico, lo que ayudaría no sólo a unificar la teoría, sino con ello, también la práctica. El sistema jurídico ahora y en diferenciación del "derecho antiguo" ya no sería contradictorio, sino al ser un producto más de la razón práctica, sería eminentemente racional, sin contradicciones, pero que en todo caso, si se dieran normas contrapuestas, se darían los elementos para su solución.

Cabe hacer la aclaración de que por lo que se refiere a las notas de deducibilidad y coherencia, las mismas ya se reconocían dentro de lo que se consideraba como derecho por parte de las distintas escuelas del iusnaturalismo racionalista (incluso imitando el ideal griego

de ciencia postulado por Aristóteles, algunos juristas de la época romana ya hablaban de ellas) que al partir sus sistemas de aparentes "postulados evidentes", productos de la razón humana, de ellos, simplemente se deducían o desprendían las normas que los explicaban o complementaban, las cuales no podían ser contradictorias, al partir de los mismos principios, como se desprende de cualquier sistema expuesto por autores representativos de ese fenómeno, como Wolf, Leibnitz, Spinoza, Locke, etcétera, características que se conservaron con el fenómeno de la codificación, al ser consecuencia del propio fenómeno de la evolución de las escuelas del derecho natural. La codificación recogiendo esos postulados de deducción, coherencia y evidencia que ya se reconocían como integrantes del sistema normativo, no hicieron otra cosa que conservarlo, hacerlo explícito y perfeccionarlo.

De igual forma y en complemento de las notas anteriores, y al estar integrados los códigos, con todas las normas conocidas hasta ese momento sobre las instituciones que regulaban, perfilaban las notas de "exhaustividad" y "complitud", como se identificaría en sus inicios a los sistemas normativos. Se pretendía que ellos tuvieran todas las normas posibles sobre los objetos de su regulación, para evitar en la medida de lo posible, la discrecionalidad en la creación de las normas ausentes. Si bien era imposible cumplir esas notas de exhaustividad y complitud, los principios de coherencia y deducibilidad se encargarían limitar la discrecionalidad del poder público, al momento de crear la norma al caso concreto. Así se formó la nota que aún conservan los sistemas de derecho, es decir, la aspiración a contar con un sistema normativo completo y sin lagunas, en donde en él se encontraría la manera de regular los casos no contemplados dentro de su universo.

Resultados de las anteriores notas, las podemos ver en las cláusulas de clausura que han caracterizado a los ordenamientos civiles desde esa época: la obligación hacia los jueces de resolver todas las controversias que se le presenten, empleando en primer lugar la ley escrita, en su defecto, la interpretación correcta de ellas y en su defecto, los principios jurídicos de los mismos (que se desprenden de esas normas). Estas notas ya aparecen en el artículo del código francés.

Por último, al ser producto cada una de las normas de la razón, era necesario que las mismas fueran "verdaderas" en el sentido de que

constituían la regulación correcta que debería darse y por lo mismo, también eran evidentes.

En lo concerniente a la nota de veracidad y corrección, se hace el apuntamiento de que los codificadores al tomar las normas contenidas en autores iusnaturalistas o del derecho romano, quienes fueron la fuente material de inspiración del Código Civil, presuponían que al ser racionales, por derivar del sistema del derecho natural que consideraban el adecuado, eran por lo tanto normas correctas y verdaderas, con el mundo físico.

La crítica actual de acusar a la codificación y al derecho civil de pretenden imponer para siempre a los sistemas de derecho con los caracteres de "completo" y "coherente", no es justa, al devenir por un lado, del modelo de ciencia aristotélico, transmitido al campo jurídico por los juristas clásicos del derecho romano y por el otro, debe verse como una de las premisas sobre la manera de contemplar en ese momento científicamente al derecho, como lo sustentaban distintos representantes del derecho natural.

A las notas anteriores contribuyó indudablemente el fenómeno de la constitucionalización, que apareció a finales del siglo XVIII en Estados Unidos, de inspiración también iusnaturalista, en donde el derecho ya se planteaba como un sistema escalonado de normas presidido por una de carácter superior denominada "Constitución". Recuérdese el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que disponía lo siguiente: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución".

Al conservar y materializar esos elementos, opinaban sus autores, se daba la simiente para el nacimiento del estudio "científico" del derecho y que en el siglo XX se llamaría la "teoría general del derecho", al volver explícito e incorporado en un cuerpo legal, las normas "verdaderas" que debían regir al hombre y por lo mismo permitir el desarrollo de sus potencialidades, las cuales guardaban una relación entre sí y ser deducibles unas de otras.

V. LA CODIFICACIÓN FRANCESA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Resulta imposible entender la codificación civil, sin atender al legado de los principios políticos que inspiraron a la Revolución France-

sa. Si bien a comienzos del siglo XIX, ya se percibía cierta animadversión con respecto a los resultados de esa revuelta, es indudable que la misma, trajo como consecuencia, la modificación de las bases como se regulaban las relaciones no sólo entre el poder público y los gobernados, sino también los de éstos entre sí.

Fue Portalis quien llevó a cabo la tarea de incorporar al proyecto de Código Civil, los principios que inspiraban a la doctrina liberal, de hecho, fue considerado el "filósofo" de la comisión que se formó para su elaboración y el material del cual partió no fue otro sino precisamente esos elementos liberales que nutrían ya tanto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como la Constitución, es decir, las ideas de defensa a la propiedad, la fraternidad, la igualdad y la libertad.

En efecto, como una de las manifestaciones de ese acontecimiento histórico, se hizo necesaria la materialización de los principios básicos de la ideología burguesa liberal, no sólo en la Constitución francesa, o en las distintas Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se llegaron a formular, sino que además, se buscaba la forma en que estos principios se dieran también en toda la legislación secundaria: "El legislador revolucionario no se conforma con abatir las viejas instituciones feudales que anudaban y embrazaban las vidas de los individuos (supresión de los "privilegios", proclamación de la igualdad, desvinculación, desamortización, supresión y prohibición de gremios, unificación de los múltiples fueros, etcétera), sino que se preocupa de construir un nuevo derecho civil que dé curso a la nueva concepción del derecho, y, en particular, de los derechos que la Revolución patrocina. Estos esfuerzos sistemáticos, todos en la misma dirección de "apertura" de la sociedad y de situar a los individuos y a su autonomía personal en el centro mismo del sistema jurídico, culminará en la magna creación que fue el Código Civil napoleónico de 1804, que corona un esfuerzo tenaz perseguido desde 1790"²¹

Hay que tomar en cuenta, que ya desde antes de la aparición del Código, se habían tomado pasos en ese sentido. Durante la Revolu-

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa", Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 81.

ción Francesa y con motivo de ésta, se dio alguna legislación que tuvo repercusiones con el derecho civil (dentro de la conocida etapa del "derecho intermediario" o "periodo intermediario"). Básicamente y derivado del odio al sistema feudal, se intentó suprimir derechos y costumbres derivados de ese sistema y de la manera como se establecían las relaciones entre los particulares. Como lo apunta Planiol, de la organización feudal en los tiempos de la codificación, ya no quedaban más que privilegios a favor de ciertos grupos, con respecto a algunas tierras. Por tal motivo, el 4 de agosto de 1789 se dictaron leyes para abolir definitivamente los derechos feudales, lo que no sucedió definitivamente sino hasta la aparición del Código Civil.

Para introducir este cambio, hay que tomar en cuenta la importancia de la primera Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en donde ya se habían preconizado, los principios fundantes sobre los cuales se debería desarrollar el nuevo derecho, y con ello, el Código Civil, con base en los valores de la libertad, la propiedad y la igualdad (aunque el artículo segundo se señalaban en forma adicional otros valores, como lo son la seguridad y la resistencia a la opresión. Particularmente el valor de la libertad fue el que en la práctica se impuso a los restantes valores, dado el predominio de la ideología burguesa).

Por lo que toca al valor de la libertad, el artículo 4 de la Declaración señalaba que las restricciones a la misma sólo podían realizarse por medio de una ley, entendida ésta como la resultante de la soberanía popular, la que sólo podía establecer restricciones en aras de garantizar a los demás individuos el mismo sistema de derecho natural.

De acuerdo con lo anterior, el Código Civil permitió la libertad de contratación sobre la base del sistema de las obligaciones que fijaba. De igual manera, se estableció el principio de la libre circulación de la riqueza, imponiendo prohibiciones para considerar inalienables la propiedad sobre los inmuebles, particularmente permitió la libertad de prestar con intereses, asimismo se protegió la libertad civil, prohibiendo los contratos de arrendamientos de servicios que tuvieran como propósito la transmisión de la libertad por toda la vida, estableciendo la necesidad de restringir estos actos a un plazo determinado.

En este orden de ideas, se pudieron dar leyes particulares en materia civil, como la liberación del suelo y la reorganización de la propiedad, liberándolos de las rentas o impuestos que hasta entonces

estaban gravados. De igual forma, se suprimieron las distintas cargas respecto a la propiedad inmobiliaria que existían, para dejarlo en la situación que regía en el derecho romano.

No sólo el espíritu de la época enfatizaba las ideas de libertad e igualdad formal, sino en concordancia con el artículo 2 de la Declaración, se protegía el derecho de propiedad, el cual sólo se podía limitar por una causa de evidente necesidad pública con base en la ley, con la condición de una previa y justa indemnización, como lo señala el siguiente artículo de la Declaración:

“Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización”.

No solamente el Código Civil establece una igualdad formal y preconiza el valor de una misma libertad para todos, sino que introduce normas protectoras de la propiedad o la posesión y sus formas de libre transmisión como los contratos o los testamentos.

Así las cosas, se puede decir que la Revolución Francesa y su producto jurídico más acabado, como lo fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, transformó la manera en que debían regularse las relaciones entre los particulares por medio del Código Civil, enfatizando los principios de libertad, igualdad y propiedad como rectores del Estado:

“También en Francia desemboca la filosofía del derecho de la Ilustración en una codificación general del derecho privado, procesal y penal, que por su alcance histórico rebasa cuanto se había llevado a cabo en los estados alemanes... La codificación napoleónica consagra ya plenamente, con la superación de las estructuras feudales, la igualdad civil y la libertad individual en el marco de un espíritu centralizador a la vez que individualista, que informará dentro y fuera de Francia la nueva sociedad surgida de la Revolución francesa”.²²

²² TRUYOL y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, vol. 2. Del Renacimiento a Kant, 2a. ed., Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 299.

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se incorpora en un texto político normativo, la nueva forma de concebir y de manejar al Estado y con ello, el cambio hacia lo que se consideró la exclusiva finalidad que en el futuro deberían tener las leyes, como se desprende de los artículos 2 y 5 de dicha Declaración, que expusieron lo siguiente:

“Artículo 2. El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

“Artículo 5. La ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena.”

Como se ve de la primera disposición, se establece que la finalidad del Estado no es más que la protección y seguridad que puede dar a sus habitantes y ciudadanos, estableciendo como consecuencia de ello, el predominio del individuo frente al poder público. En ese tenor, se reconoce e identifica al gobierno como artificial y con atribuciones y recursos limitados. El Estado había pasado a ser considerado como un mal necesario, por lo que se tenía que controlar su actuación a lo mínimo que fuera posible, sin descuido de la seguridad de las personas. En relación con esto y dado lo artificial del poder público y su tendencia a excederse en sus funciones, debían crearse mecanismos para restringir su actuación, esto es, había que poner cotos a la forma como pudiera interactuar con los particulares, lo que no significaba otra cosa que establecer restricciones a la manera como pudiera legislar.

Como contrapartida de lo anterior, el hombre tiene una individualidad, finalidad y calidad antes de su ingreso al Estado y con ello, se debe reconocer la existencia de sus derechos inalienables, de carácter preestatal y prejurídico. Por tal motivo, el poder público por medio de sus normas, sólo puede intervenir y coartar su libertad natural, cuando existen razones evidentes y comprobadas de interés público. Así las cosas y como se desprende del artículo 5 citado, se señala un derecho natural de carácter general a la libertad, el cual sólo puede ser restringido por normas creadas artificialmente, de carácter positivo, excepcionales y en casos estrictamente necesarios.

La norma basada en la razón debe estar en función del bien del individuo. De acuerdo con el cambio de coordenadas que había operado en la teoría política, ahora las leyes deberían tender a garantizar al individuo el respeto de sus derechos, el fin de la comunidad política y de los entes públicos, no eran otro que el bien del pueblo, esto es, el bien de cada uno de los individuos que lo conformaban, o como lo expresa Locke: "Estas leyes no pueden estar encaminadas a otro fin último que no sea el bien del pueblo." También Rousseau manifestaba lo siguiente: "Si se analiza en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, o sea, el fin que debe ser el objeto de todo sistema de legislación, se descubrirá que él se reduce a los fines principales: *la libertad y la igualdad*. La libertad, porque toda dependencia individual equivale a otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no se concibe sin ella".²³

La ley en función de esta nueva visión se convierte en un instrumento de restricción de la libertad y por ello, algo ajeno al hombre y en cierta forma, enemiga de él, por lo que sólo se justifica su existencia, cuando existen razones que, evidentemente, interesan a la comunidad. Su elaboración estará reservada a los propios destinatarios de las normas, quienes podrían establecer los justos límites a esa libertad general. La idea de la democracia como única fuente legítima de creación de las normas, para preservar la integridad de los hombres, había nacido vinculada con el postulado de restringir al poder público, la facultad de hacer expedir esas normas, mediante un órgano legislativo que no funcionara permanentemente y sólo con base en facultades expresamente conferidas en un pacto social, constitutivo de la comunidad.

Esto es, la ley se ve ahora como un elemento peligroso del poder público, nociva por lo tal para los individuos, la cual es necesario controlar y restringir, ella había cambiado de posición de estar a favor y como garantía de supervivencia de los individuos y de la comunidad a la que pertenecía, como un instrumento del que había que desconfiar y por lo tanto, que había que controlar la forma de su aparición, a fin de no atentar contra los valores individuales. El artículo 6 de la Declaración señalaba lo siguiente, con respecto a la ley:

²³ ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social* (trad. Enrique Azcoaga), Madrid, SARPE, 1983, p. 89.

"La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento."

De la anterior transcripción, notamos cómo en esos tiempos, también aparece la primera garantía a favor de los ciudadanos y que debe revestir a las leyes, es decir, su generalidad formal, consistente en que sólo deben existir una clase de leyes y éstas para todos los habitantes del Estado, situación que se reconoció ya en el propio Código Civil, aplicable a todos los habitantes de la República de Francia.

En un primer momento, estas leyes debían preservar los valores en los que se cimentaría el nuevo orden jurídico, es decir, la igualdad, la libertad y seguridad entre otros.

Para establecer esa igualdad formal, el Código de Napoleón incidió en la supresión de los privilegios que existían entre las personas, sobre todo, en la materia sucesoria, donde a partir de ese momento se preconizó el principio de libertad para testar. Cabe hacer notar que anteriormente con el "derecho antiguo", se daban privilegios a favor de la nobleza, mediante las instituciones de la masculinidad y primogenitura, los que obligaban a los hijos subsecuentes y mujeres a seguir una orden religiosa o el ejercicio de las armas. Con esta reforma, se estableció en forma definitiva la idea de la partición igual entre los hijos, al ser éstos todos iguales frente a la comunidad.

Lo mismo se debe señalar respecto a la igualdad que reconoció y confirmó el Código a los hombres para celebrar cualquier acto jurídico, incluso por lo que se refiere a la prestación o "arrendamiento" de sus servicios, lo que a la postre produjo por su notoria injusticia, el surgimiento de filosofías y políticas sociales y la aparición de normas de restricción de esa supuesta libertad de contratación.

De la nota de la generalidad, también estaba ligada la de la igualdad, por lo que las normas en principio se aplicaban para todos los habitantes del Estado, por lo que la supresión de normas personales o grupales era necesaria y fue producto de las normas revolucionarias que se expidieron. El artículo 3, inciso 1, del Código Civil establecía: "Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los habi-

tantes del territorio". El inciso 2 del mismo precepto disponía: "Los inmuebles, aun los poseídos por extranjeros, están regidos por la ley francesa".

No sólo las leyes debían ser las mismas para todos, sino que apoyadas en los artículos 1, 2 y 4 de la Declaración de Derechos, debían propiciar la libertad de los hombres, consideraba ésta en un sentido político negativo, de acuerdo con la famosa clasificación de Isaiah Berlin, esto es, impidiendo que se establecieran restricciones a su actuación, dejándole a su responsabilidad, la manera como debiera actuar, siempre y cuando no afectara a sus congéneres.

Derivado de la igualdad de la ley, se establecían como corolario, los requisitos de generalidad y abstracción, por lo que en aras de lo primero, se prohibían leyes que estuvieran destinadas a grupos de individuos o a personas aisladas. Por el contrario, los principios normativos deberían ser aplicados a todos en general. De esta forma se expresaba Locke:

"Tiene que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado".²⁴

Por su parte, Rosseau señalaba lo mismo de la siguiente manera:

"Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que aquéllas consideran a los ciudadanos en concreto y a las acciones en abstracto; jamás al hombre como individuo ni a la acción en particular. Así puede la ley establecer privilegios, pero no concederlos a determinada persona; puede clasificar también a los ciudadanos, y aun asignar las cualidades que dan derecho a las distintas categorías, pero no pueden nombrar las que deben ser admitidas en tal o cual caso; pueden establecer un gobierno monárquico y una sucesión hereditaria, pero no elegir rey ni familia real; en una palabra, toda función que se relacione con un objeto individual no pertenece al poder Legislativo".²⁵

²⁴ LOCKE, John, *op. cit.*, p. 149.

²⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 70

La ley, ahora producto de la voluntad general y resultado de una división del poder público, daba acceso a los ciudadanos para su formación, misma que por medio de la razón debía perseguir exclusivamente el bien público.

Respecto de estas nuevas características de las normas, el profesor Luis Prieto Sanchíz ha afirmado:

"Seguramente, la generalidad y la abstracción constituyen los rasgos más definitorios del derecho liberal, en particular del derecho privado recogido en el Código Civil; en él nunca se toman en consideración las circunstancias personales de los sujetos, ni las características de los objetos: ocupa la misma posición el empresario que el trabajador, un objeto de lujo que un objeto esencial para el consumo... Que es justamente lo mismo que sucede en el esquema del derecho natural racionalista, cuyos sujetos ocupan un estatus jurídico por completo independiente de la realidad concreta, definido sólo por la atribución de unos derechos naturales, iguales y abstractos. Del mismo modo que aquel individuo racional daba vida al Estado y a las instituciones, ahora "el individuo empírico aparece en el plano concreto como el autor efectivo del orden real, como el organizador de la propia esfera de acción... Si los derechos naturales permitían fundar *racionalmente* las instituciones políticas en el consentimiento de los individuos, el Código Civil permitía diseñar *realmente* el orden social a partir del libre juego de las fuerzas individuales: si el contrato social conformaba al Estado, el negocio jurídico conformaba la sociedad.

Por ello, la filosofía de las leyes uniformes, sencillas, abstractas y generales alcanzan su cenit en las Declaraciones de derechos y en el movimiento codificador que, en palabras de Wieacker, conducen de la ciencia a la legislación...; es decir, de la especulación iusnaturalista a la efectividad del derecho positivo. Declaraciones y códigos representan la expresión más acabada del racionalismo: como racionalismo utópico que no descubre una realidad, sino que la construye; como racionalismo político edificador del Estado y unificador de la nación; y, por último como racionalismo burgués afirmador de la vida profana, libre e igual".²⁶

Sin embargo, la nueva estructura de las normas no quedó conformada sólo con los requisitos de igualdad, generalidad y abstracción en aras de proteger los principios de libertad y propiedad, sino de

²⁶ PRIETO SANCHIZ, Luis, *op. cit.* p. 58.

acuerdo con la idea que se tenía ahora del Estado y la necesidad de poner límites a su actuación, resultaba indispensable modificar la manera en que debían ser elaboradas y la estructura que las mismas deberían tener.

En primer lugar, las leyes tenían que estar redactadas de una manera sencilla y clara, esto es, la expresión misma de las normas, debía ser por medio de las menores palabras posibles y éstas en su sentido más generalizado, de tal forma que cualquier persona las pudiera entender y con ello, poder planear su actuación en la esfera social, sin verse molestado con la intervención del poder público, como lo apunta Montesquieu:

“El estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce tablas son un dechado de precisión: los niños las aprendían de memoria. Las de Justiniano eran difusas, por lo que fue necesario compendiarlas.

Además de lacónico, el estilo de las leyes ha de ser sencillito; la expresión directa se comprende siempre mejor que la figurada. Las leyes del Bajo Imperio carecen de majestad: el príncipe se expresa en ellas como un retórico. Si es hinchado el estilo de las leyes, parecen éstas una obra de ostentación.

Lo esencial es que la letra de las leyes despierte las mismas ideas en todos”.²⁷

Más adelante este mismo autor apuntaba:

“Las leyes no deben ser sutiles; se hacen para gentes (sic) de entendimiento mediano; han de estar al alcance de la razón vulgar de un padre de familia, sin ser un arte de lógica... Cuando en una ley no son indispensables las excepciones, las limitaciones, y las modificaciones, más vale no ponerlas. Tales detalles conducen a más detalles”.²⁸

En otro producto de la época, la *Enciclopedia*, se establecía lo siguiente respecto de las formas de las leyes:

“Toda ley equívoca es injusta, porque castiga sin prevenir. Toda ley que no es clara, nítida, precisa, es perniciosa... las leyes pueden cambiar, pero su

²⁷ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, México, Porrúa, p. 377.

²⁸ *Ibidem*, p. 378.

estilo debe ser siempre el mismo, es decir, simple, preciso, destacando siempre la antigüedad de su origen como un texto sagrado e inalterable”.²⁹

De esta necesidad de concisión y claridad, se vinculaba con el predominio de la idea de que las leyes al ser producto del propio pueblo, eran las que efectivamente debían regir la actuación de las personas, por lo que había que limitar la actuación de los jueces a la de simples aplicadores de ellas. Los jueces no debían ser otra cosa que: “*más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*”.³⁰

Planiol resume las cualidades técnicas que en su tiempo tuvo el Código Civil, las que por supuesto coincide con las que ya hemos desarrollado: “Además del mérito debido al espíritu en que fue concebido, el Código posee algunas cualidades técnicas, debidas a su correcta realización. Estas cualidades son: unidad, método, claridad, precisión”.³¹

De acuerdo con lo anterior, y revisando la historia de la codificación civil, se observa que uno de los principales obstáculos que tuvo, fue precisamente el de elaborar un proyecto que contuviera el menor número posible de artículos, claro está, relacionados en forma lógica y coherente entre sí y a su vez redactados con las menores palabras posibles, de tal manera que se pudiera cumplir con el requisito de la precisión.³²

Además, se estableció la necesidad de que las leyes, para su debida eficacia, debieran estar previamente publicadas: “Tiene que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuja el arado”.³³

²⁹ DIDEROT, Denis y Jean LE ROND D’ALEMBERT, *La Enciclopedia (selección de artículos políticos)*, estudio y traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, Madrid, Tecnos, pp. 109 y 110.

³⁰ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 108.

³¹ *Ibidem*, p. 62.

³² A este respecto PLANIOL apunta: “Los artículos del Código son tan claros y precisos en su redacción que puede afirmarse que nunca han sido superados y muy raramente igualados. En todo caso, las leyes votadas en Francia a partir de 1804, no pueden compararse con el Código desde este punto de vista: cuando se relacionan unas con otras asombran la claridad y precisión del Código”, *op. cit.*, p. 62.

³³ LOCKE, John, *op. cit.*, p. 149.

Las leyes como medio para restringir la libertad de los hombres y como obstáculo a su actuación sólo serían legítimas si antes de su aparición, pudieran ser conocidas por ellos, a fin de evitar el conflicto con el poder público, con ello, la planeación de las acciones humanas para evitar su ilegalidad era indispensable, por lo que surge la idea de la seguridad jurídica, en su connotación moderna. Las leyes, más que guiar a los hombres en la manera como deberían comportarse entre sí, como lo había sido hasta la Edad Media, se convirtieron en el catálogo de conductas que había que evitar, o de las obligaciones mínimas con las que se tenía que cumplir, para con base en ellas, poder planear el modelo de vida que se deseaba, sin verse molestado por la actuación del poder público.

Como lo apunta Planiol, antes de la Revolución Francesa, la "publicación" de las normas se hacía exclusivamente en las Cortes de Justicia. Los parlamentos recibían el texto, dándole lectura en las audiencias de registro. Como consecuencia de dicha revuelta, la publicación debía realizarse precisamente ante los ciudadanos, por medio de anuncios, o mediante su lectura en voz alta, realizadas en áreas públicas y ante la presencia de una multitud convocada con trompetas o tambores. El primer artículo del Código Civil encargó la publicación de las leyes al entonces Primer Cónsul (Napoleón) con lo que se evitó el inconveniente de que la eficacia de este requisito, quedara en manos de las autoridades locales o inferiores.³⁴

De igual manera, como lo apunta Montesquieu debe existir cierta motivación en los preceptos que se expedirán respecto del objeto o la materia que se pretende regular. Las leyes no pueden ser arbitrarias y siempre deben estar en relación con el objeto que pretenden regular, como lo expone en su libro XXIX del *Espíritu de las Leyes*. Locke incidirá también en este punto, cuando postula que las leyes no pueden tener cualquier fin, sino exclusivamente para establecer el bien público de los ciudadanos. Todo esto equivale actualmente a la garantía de la debida motivación que deben tener los cuerpos legislativos.

En ese tenor, tampoco las leyes podían delegar su función a otra clase de textos normativos, ni mucho menos, a un cuerpo político al que no se le hubiere encomendado la función de realizarlas, ya que

³⁴ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

contravendría la esencia misma de las leyes y por lo tanto trastocaría el sistema político racional: "... la legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo, no puede pasárselo a otros. Sólo el pueblo puede determinar el tipo de Estado, lo cual hace constituyendo el poder legislativo e indicando en qué manos ha de estar... nadie podrá ya decir que serán otros los hombres que hagan leyes para ellos; y tampoco estará el pueblo obligado por ley alguna, excepto por aquellas que hayan sido dictadas por quienes tienen su autorización para legislar".³⁵

Con estas notas, no sólo se garantizaba el respeto de los valores sociales que dieron la justificación a la Revolución Francesa, sino que en forma complementaria, se "creaba" mediante el "descubrimiento" de la razón, las nuevas notas con las que en el futuro se identificarían a las leyes, elementos que a mediados del siglo XX fueron conocidos entre otros requisitos, como "*la moralidad interna del derecho*", de acuerdo con la reconocida expresión de Lon Fuller.³⁶

VI. COMENTARIOS FINALES

De las anteriores notas podemos sintetizar que el fenómeno de la codificación francesa constituyó un momento afortunado en la historia de la humanidad y del derecho, que produjo entre uno de sus más importantes resultados, la concreción en la práctica de un nuevo modelo de "ley", que había sido ideado en forma teórica por diversos representantes del derecho natural de corte "racionalista", con las características formales que la hicieran reconocible y que permitieran al hombre poder desarrollarse en sociedad, sin verse obstruido por la actuación de los poderes públicos.

Si bien en ese momento se consideró, que los hombres finalmente habían "*descubierto*" las auténticas y verdaderas propiedades objetivas y externas que debería contar toda norma jurídica (en ese entonces, se seguía pensando que sólo existía un único tipo de ella, idea que sólo se transformó hasta mediados del siglo XX con la obra de Hart) ahora sabemos que en realidad no fue sino el establecimien-

³⁵ *Ibidem*, p. 148.

³⁶ Al respecto véase su libro capital: *La moral del derecho* (trad. Francisco Navarro) México, Trillas, 1967.

to definitivo de los requisitos necesarios para que las ideas políticas y económicas liberales pudieran fructificar y desarrollarse.

Lo importante de esto es que en realidad se dotó y constituyó a las normas de ciertas propiedades internas que hicieron posible su estudio de manera objetiva, dado que respondían a finalidades expresamente establecidas y determinadas por los propios hombres. Esto es, el nuevo modelo de norma jurídica se encontraba estructurado bajo la idea de garantizar a los individuos, el que por medio de ellas, alcanzarían los propósitos que se fijaran en la sociedad, por ello, se dieron las notas de generalidad, abstracción, claridad, congruencia, etcétera, mismas que además de permitir su reconocimiento, harían factible su control.

Precisamente por contar con esos atributos, se hizo posible el que se pudiera en el futuro establecer un nuevo conocimiento científico sobre esa estructura. La norma jurídica ya no era ese ente ideal fuera de las manos del hombre, sino que, por el contrario, algo que estaba bajo su responsabilidad la forma de su creación y con ello, sus elementos debían responder a criterios teóricos de identificación, por lo que se podía investigar y conocer la razón de dicha estructura. Estos requisitos se encontrarían en todas las normas que se dieran en los países que adoptaran ese modelo, lo que permitió pensar que era posible el estudio de manera general y aplicable a todos los casos, de esos requisitos formales.

Recalco la idea, de que al establecer los requisitos bajo los cuales se pudieran establecer las prescripciones jurídicas, se dotó a las normas de una racionalidad intrínseca que no solamente hizo posible su conocimiento, sino además, el que se pudieran saber las razones de estos atributos, lo que permitía el conocimiento causal del fenómeno normativo, es decir, la factibilidad de un estudio científico acerca de ellas.

De esta manera, además del conocimiento científico que se podría obtener del contenido mismo de estas normas, el cual estaría asignado a las distintas ramas de la dogmática jurídica, en este caso, del derecho civil (lo que también se consideraba posible, en virtud de que los autores del código pensaban que en este aspecto se respetaban los postulados del modelo científico, como lo es la evidencia, veracidad, deducibilidad y coherencia) de igual manera era posible un conocimiento racional (en este caso un "meta" conocimiento) sobre la manera en que esas normas se expresaban. Esto es, el fenómeno de la codi-

ficación hizo posible en los siglos XIX y XX la aparición y desarrollo de lo que hoy conocemos como la "teoría general del derecho".

El derecho había abandonado el estigma de seguir perteneciendo a la filosofía, y con ello, integrado como un conjunto de ideas de corte "metafísico", sino que como había sucedido con las demás físicas o naturales, había logrado su independencia epistemológica.

La ciencia jurídica a partir de ese momento, ya no tendría por objeto el conocimiento *a priori* ni exclusivamente racional del contenido de un "derecho natural" general para los hombres, sino que se podría dividir por una parte, en el análisis del contenido de las normas positivas (ahora que se consideraban que ese contenido y el sistema del "derecho natural" coincidían) mediante cada una de las distintas ciencias particulares, pero lo más importante, el estudio de la forma en que esas normas se expresaban, es decir, sus cualidades estructurales. Ahora ambos objetos eran reconocibles y perceptibles (o como lo dijera en el futuro la corriente positivista, el derecho era antes que otra cosa un "fenómeno empírico") por lo tanto, con posibilidades de un estudio considerado "científico". El derecho había pasado de ser un "ente" eminentemente "racional" a un fenómeno observable y con ello, susceptible de aplicación de un método de conocimiento, al igual que las demás ciencias.

Otra idea que resulta importante destacar, es que con la aparición del Código Civil se buscó la unificación de la teoría con la práctica. Las ideas que los científicos de su tiempo propugnaban como el contenido del derecho natural aplicable entre las personas, las vieron reflejadas efectivamente en las normas positivas que se les aplicarían y que se encontraban incorporadas en el citado código. Esta contribución no sólo serviría para efectos académicos de identificar norma ideal con norma real, sino también y además de la simplificación de la práctica judicial, la idea de que en el futuro las normas positivas sólo tendrían como contenido las normas racionales, derivadas del derecho natural, que fueran las "justas" para una adecuada regulación de la conducta humana, contenidos que por supuesto, serían proporcionados por las propias ciencias jurídicas, al presumir su nota de "racionalidad" y con ello, susceptibles de ser captadas por la inteligencia humana.

Pero además, no sólo las normas tendrían en sí mismas un valor considerado científico, sino que estarían incorporadas dentro de un

sistema normativo que garantizara los postulados del ideal científico de finales del siglo XVIII, evidencia, coherencia, deducibilidad, etcétera, lo que permitiría la aplicación científica del mismo. Las leyes, como en su momento llegó a señalar Platón, serían las que por sí solas regularían la conducta de las personas, descartando la arbitrariedad que por la intervención de las autoridades se pudiera producir.

Lógico es suponer, que la forma como fueron consideradas las normas, lejos de derivar de una realidad óptica o axiológica, obedecían a los intereses políticos, sociales, morales y económicos de la clase que empezó a ser predominante en ese tiempo, la "burguesía".

Las notas con las que se asignó a las normas, constituyen también la explicación de por qué tanto la forma como mucho de los contenidos de las prescripciones del Código Civil y con ello, del mismo derecho civil, responden a los ideales y valores de liberalismo económico y político, establecidos más que para lograr una integración política, o una manera justificable de normar la conducta social, la de evitar interferencias del individuo en sus actividades sociales.

En ese tenor, podemos considerar que la estructura que aún hoy seguimos pensando como inherente a todo tipo de prescripción al que llamamos "norma jurídica", es en realidad contingente, pero sobre todo, producto de un devenir histórico, en el que confluyen intereses y valores predominantes en la época de su creación. Es posible que por tal motivo, hoy en día nos parezca deficiente y por lo mismo, insuficiente ese modelo, pero por supuesto, no hemos encontrado las ideas sobre las cuales se debe asentar una nueva idea sobre las leyes.

Lo anterior nos lleva a concluir que la codificación francesa, además de sus grandes bondades en la transmisión y consolidación de la tradición del derecho romano, la unificación de los distintos derechos escritos y consuetudinarios hasta entonces existentes y como una herramienta que permitió la recolección, simplificación y agilización de la aplicación las normas en ese entonces, representó un esfuerzo para volver de una manera moderna científica al derecho y con ello, la aparición de su disciplina más importante: la teoría general del derecho, como aquella que tenía como su principal función el estudio de la norma jurídica como género y del sistema al cual se encuentra incorporado, la cual sólo se consolidará hasta el siglo XX.

Si bien tenemos la convicción ahora de que la codificación no fue más que un momento histórico que no dio los resultados que se espe-

rabán, ¿por qué seguimos pensando que la estructura de la ley no fue también la causante de las desigualdades políticas y sociales que se generaron? ¿Por qué no hemos concluido aún que realmente la estructura de las normas que tienen, lejos de tener ese ideal científico al que aspiraron sus creadores, no representaba más que una manera de garantizar la permanencia de esos valores sociales que hoy creemos superados?

La palabra "código" ya no tiene entre nosotros ese valor científico ni emotivo que significó para sus creadores, sino que ha pasado a ser un mero sinónimo de "ley" o en el mejor de los casos, como compilación normativa. Sin embargo, como creo haber expuesto, las críticas que se le formulan a la codificación del siglo XIX sólo han combatido uno de sus aspectos, por lo que se refiere a los atributos científicos del sistema normativo, coherencia, plenitud, etcétera, olvidando que además, a ese movimiento le debemos la estructura que tienen las normas jurídicas modernas, las que también respondieron a propósitos sociales, económicos y políticos definidos.

A pesar de ello, y en forma contradictoria consideramos que esos atributos constituyen una parte esencial de la defensa de nuestros derechos que consideramos fundamentales. No existe duda que a la par de las críticas que podemos hacer a ese movimiento, también debemos reconocerle su contribución al nuevo ideal de norma jurídica que aún hoy tenemos y que postulamos como el mejor posible, que pese a los problemas que le encontramos, no hemos hallado la manera de superar sus contradicciones.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN Y SU INFLUENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Cecilio GONZÁLEZ MÁRQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *En el Código Civil para el Distrito Federal*. III. *El Código de Comercio (artículo 376)*. IV. *La Ley Federal de Protección al Consumidor (artículo 71)*. V. *El Código Civil de Jalisco (artículo 1784)*. VI. *Relación del Pacto Comisorio con otras figuras jurídicas*. VII. *La influencia del Código de Napoleón en la figura del Pacto Comisorio Tácito del artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal*.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, agradezco al licenciado Mario Becerra Pocaroba, rector de nuestra querida Escuela Libre de Derecho, que me haya invitado a formar parte de este grupo de expositores y en esta ocasión tan significativa para el mundo jurídico, que celebra el Bicentenario del Código Napoleón.

Qué importantes y trascendentes han sido las ideas manifestadas por los maestros que nos han precedido hace dos días, con motivo de esta conmemoración del Bicentenario del Código Napoleón; de ellos hemos aprendido o recordado que el citado Código, estaba redactado con claridad, orden, sencillez y lógica, que pregonaba los principios de Libertad, Igualdad y Legalidad, que plasmó principios de las normas jurídicas en cuanto a su promulgación, su inicio de vigencia, sus ámbitos de validez (espacial, temporal y personal), sobre la educación cívica que debe haber en toda sociedad al someterse al orden

social que determinan las normas; sobre el objetivo napoleónico de hacer del Código un orden jurídico perenne, definitivo y estático.

Asimismo, antes de entrar en materia quiero hacer mención de dos epitafios que, entre otros, se encuentran en la tumba de Napoleón en el Domo de París, que muestran a lo que me he referido y a la pasión con que Napoleón gobernaba a su pueblo:

“...Mi solo Código por su simplicidad ha hecho a Francia mayor bien que todas las leyes que le precedieron...”

“...Yo deseo que mis cenizas reposen al borde del Sena, en medio de este pueblo francés que tanto he amado...”

En el desarrollo de este trabajo hablaremos de la ubicación y contenido del Pacto Comisorio en el Código Civil del Distrito Federal, en el Código de Comercio, en la Ley Federal de Protección al Consumidor y en el Código Civil de Jalisco. Igualmente, se tratará la relación del Pacto Comisorio con las siguientes figuras jurídicas:

- Con la Condición Resolutoria como modalidad de las Obligaciones.
- Con los efectos generales de los contratos entre las partes, especialmente con el de obligatoriedad, con el de intangibilidad, con el de oponibilidad y el de seguridad.
- Con las cláusulas o elementos de los contratos, según la doctrina escolástica que en parte sigue en nuestro Código Civil, en cuanto a la naturaleza del Pacto Comisorio como cláusula esencial, o natural, o accidental de los contratos bilaterales.
- Con el pago o cumplimiento de las Obligaciones, en cuanto a los elementos del mismo: quién debe pagar, a quién se le debe pagar, qué se debe pagar y las circunstancias del pago de tiempo, lugar y modo.
- Con la responsabilidad civil que surge del incumplimiento de las Obligaciones.
- Con la cláusula penal.
- Con el caso fortuito y/o de fuerza mayor como excluyentes de responsabilidad.
- Con la garantía constitucional de legalidad y audiencia.

A continuación nos referiremos a la ubicación y contenido del Pacto Comisorio en:

El Código Civil para el Distrito Federal
 El Código de Comercio
 La Ley Federal de Protección al Consumidor
 El Código Civil de Jalisco

II. EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Este Código regula al Pacto Comisorio en dos apartados, el primero en los artículos 1949, 1950, 1951 y 1952, estas disposiciones que a su vez se encuentran en el Capítulo I del Título Segundo de la primera parte del Libro Cuarto, capítulo que se refiere a las Obligaciones Condicionales.

Y segundo, el artículo 2310 relativo a las ventas a plazo o en “Abonos”, que es una de las modalidades de la compraventa.

En cuanto a su contenido, el artículo 1949 dispone que hay una *facultad implícita* en los contratos bilaterales que tiene la parte perjudicada, por el incumplimiento de la otra, de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato con el resarcimiento de los daños y perjuicios en cualquiera de las opciones del perjudicado, y en el caso de que el perjudicado hubiere optado por el cumplimiento y éste resultare imposible, se podrá optar por la resolución.

Como vemos, aunque a esta figura se le llame *Pacto*, no requiere del acuerdo de voluntades para hacerlo efectivo, ya que se trata de una facultad implícita en los contratos bilaterales.

El artículo 1949 no obliga a la parte “perjudicada” a que cumpla con sus obligaciones para que pueda ejercitar los derechos que del citado Pacto Comisorio se siguen, y esto es lógico y congruente, ya que existen infinidad de casos en los que una de las partes de un contrato bilateral debe cumplir primero su obligación, como es el caso de la compraventa, en la que salvo convenio en contrato, “el vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio, si las partes no fijaron un plazo para hacer el pago”. Artículo 2286: es decir, el vendedor en el supuesto señalado, puede o está legitimado para ejercer los derechos que le da el “Pacto

Comisorio Tácito" sin entregar la cosa, cuando el comprador hubiere *incumplido* su obligación de pagar el precio.

El Pacto Comisorio como *cláusula implícita* en los contratos bilaterales es una cláusula esencial (con las excepciones de los artículos 1950 y 2310) ya que en los contratos bilaterales, la razón de la obligación de una de las partes es la *obligación* de la otra parte; y porque el motivo determinante por el que las partes se obligan es esa reciprocidad o equidad de obligaciones, de suerte que las obligaciones de una de las partes son la causa eficiente de las obligaciones de la otra, de manera recíproca.

Los artículos 1950 y 2310 del Código Civil del Distrito Federal disponen que para que surta efectos contra terceros la *resolución* de un contrato bilateral por falta de *pago*, debe estipularse expresamente e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad si el objeto del contrato fuere un bien inmueble, es decir, en este caso el Pacto Comisorio deja de ser una cláusula esencial y se convierte en *cláusula accidental*.

Por la ubicación y contenido del Pacto Comisorio, el legislador lo convierte en una condición resolutoria negativa, es decir, que el no cumplimiento de las obligaciones por una de las partes, da derecho a la otra a resolver el contrato, volviendo las cosas al estado que tenían como si la obligación no hubiera existido, como lo manifiesta el artículo 1940 del Código Civil, este es el sentido que el legislador del Distrito Federal le da al Pacto Comisorio Tácito; sin embargo, hay mucho que reflexionar y dudar acerca de ello, porque más que una condición resolutoria, el Pacto Comisorio debe ubicarse en los efectos de las obligaciones *que son incumplidas* y aplicarse las consecuencias de dicho *incumplimiento*.

III. EL CÓDIGO DE COMERCIO (ARTÍCULO 376)

El artículo 376 del Código de Comercio nos manifiesta:

"...en las compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no cumpliera, la rescisión o cumplimiento del contrato y la indemnización, además de los daños y perjuicios".

Este artículo 376 del Código de Comercio, en comparación con el 1949 del Código Civil del Distrito Federal (y del Federal, que es idéntico al local citado sólo se refiere a las compraventas) establece como requisito para la parte que opte por el ejercicio de los derechos del Pacto Comisorio, el que cumpla con su obligación, situación que no es necesaria en el mencionado artículo 1949, congruente con los supuestos en los que por disposición de alguna norma o por el acuerdo de las partes, alguna de ellas debe cumplir primero con su obligación antes que la otra.

IV. LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (ARTÍCULO 71)

Esta disposición se refiere sólo a las compraventas a plazo o en abonos, y determina que cuando el consumidor haya pagado más *de la tercera* parte del precio o del número total de los pagos convenidos y el proveedor exija la rescisión o cumplimiento del contrato *por mora* (que es incumplimiento), el consumidor tendrá derecho a optar por la rescisión o por el pago del adeudo vencido más las prestaciones que legalmente procedan. Con esto vemos que los efectos del Pacto Comisorio quedan totalmente borrados, al permitir que el consumidor (que incumple) elija si se aplican a no las consecuencias manifestadas por el artículo 1949 del Código Civil a favor de la parte afectada por el incumplimiento de la otra.

V. EL CÓDIGO CIVIL DE JALISCO (ARTÍCULO 1784)

El artículo 1784 del Código Civil de Jalisco, manifiesta:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe.

El perjudicado podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber pedido su cumplimiento, cuando éste fuere imposible.

Esta facultad opera de pleno derecho y se tendrá resuelta la obligación siempre y cuando:

I. Sea consignado ante la autoridad judicial lo recibido como contraprestación hecha la deducción de los daños y perjuicios o en su caso la pena convencional;

II. Se haga saber la determinación judicialmente a la otra parte; y

III. Que transcurran treinta días naturales contados a partir del siguiente al que se hizo saber la determinación a la que alude la fracción anterior, sin que el notificado demande ante el mismo juzgado que le notificó y acredite haber cumplido las obligaciones que le competen.

Cuando la autoridad judicial declare improcedente la oposición, la resolución surtirá efectos a partir de la fecha de notificación”.

Esta disposición, además de contener los elementos que he leído, para el ejercicio de los derechos del Pacto Comisorio, está ubicado en el Capítulo III del Título Sexto, de la primera parte, del Libro Cuarto de dicho código que trata de la resolución o rescisión de los contratos, es decir, no le da al Pacto Comisorio la naturaleza de condición resolutoria ni el tratamiento de las consecuencias que se siguen en un contrato bilateral que es incumplido por una de las partes.

VI. RELACIÓN DEL PACTO COMISORIO CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

- Con la Condición Resolutoria como modalidad de las Obligaciones: Ya expresé con el primer punto de esta exposición como el Código Civil del Distrito Federal le da este contenido (en párrafos posteriores manifiesto como el artículo 1949 tiene como antecedente al Código Napoleónico).
- Con los efectos generales de los contratos entre las partes, especialmente con el de obligatoriedad, con el de intangibilidad, con el de oponibilidad y el de seguridad.

Estos efectos o principios generales que regulan los acuerdos o contratos entre las partes, están íntimamente ligados al Pacto Comisorio ya que si no fuera por la obligatoriedad y la intangibilidad, el contrato carecería de objeto directo, pero al regular estos principios o efectos, la norma positiva ordena cumplir lo pactado y sus consecuencias que sean conforme a la naturaleza, a la buena fe y a los usos de la Ley, y como sanción a este incumplimiento se aplica el Pacto Comisorio.

Por lo que se refiere a la oponibilidad, ya mencioné que los artículos 1950 y 2310 del Código Civil del Distrito Federal manifiestan que para que la resolución (contenido del Pacto Comisorio) por falta de pago del precio de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos, que surta efectos entre o contra terceros, debe inscribirse expresamente en el Registro Público de la Propiedad la cláusula que así acuerde dicha resolución... de lo contrario, la resolución por incumplimiento de un contrato bilateral no perjudicará a terceros adquirentes del bien respectivo.

- En cuanto a si el Pacto Comisorio Tácito es cláusula esencial, natural o accidental de un contrato bilateral, considero que dependiendo de que efecto concreto del Pacto Comisorio se trate, podremos atribuirle la naturaleza de esencial, natural o accidental; así tenemos que es esencial el derecho genérico y abstracto que tienen las partes de un contrato bilateral de exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del mismo, ante el incumplimiento por alguna de ellas, ya que la *bilateralidad* tiene por esencia la *interdependencia* de las obligaciones de las partes; podemos también pensar que es cláusula accidental el acuerdo de las partes al fijar mediante una Cláusula Penal la precuantificación del importe de la indemnización que tendrá que pagar la parte que incumpla a la parte afectada que hizo valer los efectos del Pacto Comisorio.
- En cuanto a la Garantía Constitucional de Legalidad y Audiencia, es de total y esencial importancia tener en cuenta que por lo que respecta al Pacto Comisorio, ninguna de las partes por más afectada que se considere por el incumplimiento de la otra, puede hacerse justicia por sí misma, sino que tendrá que acudir al juez competente que resuelva si hubo o no incumplimiento y cuáles son las consecuencias de la misma, según lo establecido por el segundo párrafo del artículo 14 constitucional...

VII. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN EN LA FIGURA DEL PACTO COMISORIO TÁCITO DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

En este tema del Pacto Comisorio Tácito, el Código Napoleónico tuvo tres antecedentes:

- El derecho romano que reconocía la resolución de los contratos innominados del tipo “*do ut des*” (doy para que me des).
- El derecho canónico: que impulsó el principio “*fragenti fiden, fides non est servanda*”, es decir que en un contrato bilateral las obligaciones están interconectadas, tanto al nacer como al cumplirse.
- En la jurisprudencia francesa comentada por los juristas Dumoulin, Domat y Pothier que pregonan la Teoría de la Causa Final, estableciendo que en los contratos bilaterales la obligación de una de las partes se soporta en la obligación, en la existencia y el cumplimiento de la obligación de la otra parte.

Teniendo en cuenta los tres antecedentes mencionados, el Código Napoleón dispuso en su artículo 1184 lo siguiente:

“La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación. En este caso, el contrato no es resuelto de pleno derecho. La parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, tiene la elección o de forzar a la otra a la ejecución del contrato cuando es posible, o de demandar la resolución con indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse al demandado un plazo según las circunstancias”.

Como claramente se observa en esta disposición, 1184 del Código Napoleón, al establecer la naturaleza de Condición Resolutoria al Pacto Comisorio, nuestro legislador de 1928 la toma en ese sentido y así la plasma en el multicitado artículo 1949 de nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, condición que es impuesta por la Ley (*Conditio Iuris*) y no por la voluntad de las partes.

GAI INSTITUTIONES. COMMENTARIUS TERTIUS INSTITUCIONES DE GAYO. COMENTARIO TERCERO¹

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Herencias de los intestados* 1-38. III. *Herencias de los libertos* 39-76. IV. *Bonorum emptio* 77-81. V. *Destino del patrimonio de quienes se someten a una potestad ajena* 82-84. VI. *In iure cessio hereditatis* 85-87. VII. *Fuente de las obligaciones* 88. VIII. *Obligaciones que nacen de un contrato* 89-162. IX. *Obligaciones contraídas por personas sujetas a nosotros* 163-167 a. X. *Extinción de las obligaciones* 168-181. XI. *Obligaciones que nacen de un delito* 182-225.

I. INTRODUCCIÓN

Hace varios años tuvimos oportunidad de publicar en la presente revista la traducción de los comentarios primero y segundo de las Instituciones de Gayo.² En el comentario primero que se refiere al tema de las personas, mencionamos breves datos sobre la biografía del jurista así como los criterios seguidos para la presente traducción, mientras que en el comentario segundo tratamos de las cosas así como de la materia hereditaria.

¹ Una investigación sobre el presente libro fue realizada últimamente por H. L. W. Nelson-U. Manthe, *Gai Institutiones III. Intestaterbfolge und sonstige Arten von Gesamtnachfolge. Text und Kommentar* (Berlín, Duncker & Humblot, 1992), pp. XI-265.

² GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, "Gai Institutiones. Commentarius Primus" *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 24, 2000, pp. 271 y ss; "Gai Institutiones. Commentarius Secundus", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 26, 2002, pp. 379 y ss.

El libro tercero menciona argumentos de derecho hereditario (3.1 a 3.87); herencias de los intestados 1-38; herencias de los libertos 39-76; *bonorum emptio* 77-81; destino del patrimonio de quienes se someten a una potestad ajena 82-84; *in iure cessio hereditatis* 85-87; así como del derecho de las obligaciones (3-88 a 3.225); fuente de las obligaciones 88; obligaciones que nacen de un contrato 89-162; obligaciones contraídas por personas sujetas a nosotros 163-167 a; extinción de las obligaciones 168-181; obligaciones que nacen de un delito 182-225. Sin mayores preámbulos iniciemos con la presente traducción.

COMMENTARIUS TERTIUS
COMENTARIO TERCERO

1. *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent.*

Con base en la ley de las XII Tablas las herencias de los intestados pertenecen en primer lugar a los *sui heredes*.

2. *Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiae, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quisque morietur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.*

Después son considerados *heredes sui* los descendientes que estuvieron en la potestad del muerto, por ejemplo: el hijo, o bien la hija, el nieto o bien la nieta (que provienen) del hijo, el bisnieto o la bisnieta nacido o nacida del nieto nacido del hijo. No interesa si sean descendientes naturales o adoptivos; sin embargo, precisamente así son considerados en el número de *heredes sui* el nieto o la nieta y el bisnieto o la bisnieta, si la persona que precede haya cesado de estar en la potestad del ascendiente, o bien esto haya sucedido por la muerte, o bien por otra razón, por ejemplo, con base en una emancipación.

En efecto, si en el tiempo en que cada uno haya muerto, el hijo esté en su potestad, el nieto que proviene de él no puede ser *heres suus*. Lo mismo entenderemos dicho también respecto a las demás personas de los descendientes sucesivos.

3. *Uxor quoque quae in manu eius qui moritur est ei sua heres est, quia filiae loco est: item nurus quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est: sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu fuerit, cum pater moritur, in potestate, eius non sit. Idemque dicemus et de ea quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.*

También la mujer que está en potestad del que muere es para él *heres sua*, porque se encuentra en el lugar de una hija; del mismo modo la nuera que está en potestad del hijo, en efecto también esta se encuentra en el lugar de la nieta; pero así precisamente será *heres sua*, si el hijo, del que haya estado en potestad cuando muere el *pater* no esté en su potestad. Lo mismo diremos también de la que está en potestad del nieto por causa de matrimonio, porque se encuentra en el lugar de la bisnieta.³

4. *Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.*

Son *heredes sui* también los póstumos que si hubieran nacido mientras que el ascendiente era vivo se habrían encontrado en su potestad.⁴

5. *Idem iuris est de his, quorum nomine ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto post mortem patris causa probatur. Nam et hi vivo patre causa probata in potestate eius futuri essent.*

El mismo derecho es de estos en favor de los cuáles es probada la causa después de la muerte del padre por la ley Aelia Sentia o bien por un senadoconsulto; en efecto, también estos si el padre viviera se habrían encontrado en su potestad una vez probada la causa.

³ Sobre el presente texto véase R. DANIELI, "Manus e conventio in manum", *Studi Urbinati* 19 (1950-1951), pp. 165 y ss.; I. Piro, *Usu in manum convenire* (Napoli, E.S.L., 1994), pp. 190 y ss.

⁴ Con referencia a los póstumos véase F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana* (Napoli, Jovene, 1996), pp. XII-270.

6. *Quod etiam de eo filio, qui ex prima secundave mancipatione post mortem patris manumittitur, intellegemus.*

Esto también entenderemos de aquel hijo que con base en una primera o bien una segunda mancipación es manumitido después de la muerte del padre.

7. *Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim videbatur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem.*

Entonces cuando un hijo o una hija y con base en otro hijo subsistan los nietos o las nietas, son llamados igualmente a la herencia; ni el que es más próximo en grado excluye al más lejano. En efecto resultaba equo que los nietos o nietas sucediesen en el lugar y porción de su padre. Con base en la misma razón también si haya un nieto o una nieta que provienen del hijo y un bisnieto o una bisnieta que provienen del nieto, todos juntos son llamados a la herencia.⁶

8. *Et quia placebat nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed (in) stirpes hereditatem dividi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam; item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia.*

Y porque se decidía que los nietos o bien las nietas, del mismo modo que los bisnietos o bien las bisnietas, sucedían en el lugar de su padre, resultó ser conveniente que la herencia se dividiese no en cabezas, sino en estirpes, de modo que un hijo obtenga la mitad de la herencia y dos o más nietos provenientes del otro hijo la otra mitad;

⁵ Lo que se encuentra mencionado antes se encontraba en una hoja del texto que se perdió; su contenido se integró con base en la *Collatio*, 16, 2, 1-5 (Gayo III *inst.*) e *Inst. Justiniano* 3.1.

⁶ Con referencia a la presente sucesión véase GIOFFREDI, C., "Successio in ius", *SDHI*, vol. 23 (1957), pp. 1 y ss.

del mismo modo, si existen nietos provenientes de dos hijos y de un hijo, por ejemplo, provienen uno o dos, y del otro, tres o cuatro, a uno o a dos pertenece la mitad y a tres o a cuatro la otra mitad.

9. *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad adgnatos.*

Si no existe ninguno de los *sui heredes* entonces pertenece la herencia con base en la misma ley de las XII Tablas a los agnados.

10. *Vocantur autem adgnati qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consaguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem, is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant. Qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus.*

Además son llamados agnados los que son unidos con base en una legítima cognación. Pues es una legítima cognación la que es unida por personas del sexo masculino; por lo tanto, los hermanos nacidos del mismo padre son agnados entre ellos que son llamados también consanguíneos, ni se requiere si hayan tenido también la misma madre. Del mismo modo, el tío paterno es agnado del hijo del hermano y viceversa éste de aquél. En el mismo número son los descendientes de dos hermanos entre sí, esto es, quienes son procreados de dos hermanos, los que muchos llaman también primos. Con base en esta razón se entiende que también podremos llegar a más grados de agnación.⁷

11. *Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt.*

⁷ Sobre los grados de agnación véase GUARINO, A., "Questioni intorno a Gai 3.10", *SDHI*, vol. 10 (1944), pp. 290 y ss; del mismo autor "Questioni intorno a Gai 3.10. Postilla: Sui gradi dell'adgnatio" *Pagine di diritto romano*, vol. 6, Napoli, 1995, pp. 101 y ss.

Sin embargo, la ley de las XII Tablas no da a todos los agnados la herencia simultáneamente, sino a los que entonces, cuando es cierto que alguien haya muerto intestado, son en grado más próximo.

12. *Nec in eo iure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

Ni en este derecho hay una sucesión; y por este motivo, si el agnado próximo haya omitido la herencia o bien antes de haber realizado la *aditio* haya muerto, a los siguientes ningún derecho corresponde con base en la ley.

13. *Ideo autem non mortis tempore quis proximus fuerit requirimus, sed eo tempore, quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est tunc... requiri proximum, cum certum esse coeperit neminem ex eo testamento fore heredem.*

Pero por este motivo buscamos quien haya sido próximo no al tiempo de la muerte, sino en aquel tiempo en que haya sido cierto que alguien murió intestado, porque si alguien haya muerto habiendo hecho testamento, entonces se consideró ser mejor... que sea buscado el próximo, entonces cuando haya comenzado a ser cierto que ninguno con base en aquel testamento, será heredero.

14. *Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum (bonis) ab his capiendis. Nam feminarum hereditates proinde ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum; nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. Itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse (non potest. Sororis autem nobis loco est)⁸ etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est.*

Sin embargo, en lo que se refiere a las mujeres en este derecho, una cosa se decidió en conseguir las herencias de las mismas, otra

⁸ Integrado con base en la *Collatio*, 16, 2, 14.

cosa en conseguir los bienes de los demás por parte de ellas; en efecto, las herencias de las mujeres nos tocan a nosotros con base en el derecho de agnación del mismo modo que las de los hombres, pero nuestras herencias no pertenecen a las mujeres más allá del grado de consanguinidad. Por tanto la hermana es heredera legítima del hermano o bien de la hermana, pero la hermana del padre y la hija del hermano no pueden ser herederas legítimas. Pero para nosotros en el lugar de la hermana es también la madre o bien la madrastra, que por *conventio in manu* obtuvo los derechos de una hija respecto a nuestro padre.⁹

15. *Si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intellegitur, frater prior est, quia gradu praecedit. Sed alia facta est iuris interpretatio inter suos heredes.*

Si el que será difunto tenga un hermano y el hijo de otro hermano, así como se entiende con base en las cosas dichas precedentemente, el hermano es anterior, porque precede en el grado. Pero otra interpretación del derecho se hizo entre sus herederos.

16. *Quod si defuncti nullus frater extet, (sed) sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet: sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, veluti ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quattuor, utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita. Iam dudum tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem. Itaque quotquot erunt ab utraque parte persoanae, in tot portiones hereditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.*

Pero si no subsiste ningún hermano del difunto, pero existan hijos de los hermanos, ciertamente a todos pertenece la herencia, pero se cuestionó, si en el caso que sean nacidos en un número dispar, por ejemplo; de uno, uno o dos, del otro, tres o cuatro, si la herencia deba ser dividida en estirpes, como es el derecho entre los *sui heredes* o bien que si en cabezas. Sin embargo, ya recientemente fue decidido que la herencia deba ser dividida en cabezas; por tanto cuantos serán

⁹ Sobre el presente texto véase: BOEHM, R. G., *Gaiusstudien* (Freiburg im Breisgau, 1969), pp. 43 y ss.

de una u otra persona, en tantas porciones será dividida la herencia, así que cada uno obtenga su propia porción.

17. *Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus: et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare.*

Si no existe ningún agnado, la misma ley de las XII Tablas llama a la herencia a los gentiles. Pero ¿quiénes son los gentiles? En el primer comentario lo referimos; y puesto que ahí recordamos que todo el derecho gentilicio cayó en desuso, es inútil tratar esta cosa más detalladamente también en este lugar.¹⁰

18. *Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates. Quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere.*

Hasta aquí con base en la ley de las XII Tablas, fueron terminadas las herencias de los intestados. Es evidente entender cómo este derecho haya sido limitado.

19. *Statim enim emancipati liberi nullum ius in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse.*

En efecto, inmediatamente los hijos emancipados no tienen ningún derecho en la herencia del padre con base en esta ley, puesto que han dejado de ser *sui heredes*.

20. *Idem iuris est, si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati nec ab imperatore in potestatem redacti fuerint.*

El mismo derecho es, si los descendientes no estén en la potestad del padre, por este motivo, porque el emperador les concedió la ciudadanía romana con el padre sin incorporarlos en su potestad.

¹⁰ Con referencia a los gentiles véase FRANCIOSI, G., "Gaio e il tramonto della gens", *Labeo*, vol. 36 (1990), pp. 280 y ss; M. D'Orta, *Saggio sulla heredis institutio. Problemi di origine* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. III-190.

21. *Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur.*

También los agnados que han sufrido una *capitis deminutio* no son admitidos a la herencia con base en esta ley porque el parentesco de agnación se suprime con la *capitis deminutio*.

22. *Item proximo agnato non adeunte hereditatem, nihilo magis sequens iure legitimo admittitur.*

Del mismo modo no aceptando la herencia el agnado próximo, tampoco el sucesivo es admitido con base en el derecho legítimo.

23. *Item feminae agnatae, quecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent.*

Del mismo modo las mujeres agnadas, las que exceden el grado consanguíneo, ningún derecho tienen con base en la ley.

24. *Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur; adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint.*

Similarmente no son admitidos los cognados, que son unidos por necesidad mediante personas de sexo femenino; ciertamente a tal punto que entre la madre y el hijo o la hija, no compete tampoco el derecho de recibir recíprocamente la herencia, excepto que si por la *conventio in manum* subsistieran entre ellos los derechos de consanguinidad.

25. *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.*

Pero estas desigualdades de derecho fueron solucionadas por el edicto del pretor.

26. *Nam liberos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.*

En efecto (el pretor) llama a la herencia a todos los descendientes que son privados con base en el derecho legítimo como si estuvieran

en potestad del ascendiente al tiempo de la muerte, tanto si sean solos así como si concurren también los *heredes sui*, esto es, los que estuvieron en la potestad del ascendiente.

27. *Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine: licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent. Itaque si quis alius sit qui integrum ius agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit.*

Además (el pretor) llama a los agnados que sufrieron una *capitis deminutio* no en segundo grado después de los *heredes sui*, esto es, no llama en aquel grado, que por ley serían llamados, si no hubieran sufrido la *capitis deminutio*, sino en tercer grado en término de proximidad; en efecto, aunque hayan perdido el derecho legítimo por la *capitis deminutio*, ciertamente retienen los derechos de cognación. Por tanto, si haya algún otro que tendrá íntegro el derecho de agnación, éste será preferido, también si haya sido en grado más lejano.

28. *Idem iuris est, ut quidam putant, in eius agnati persona, qui proximo agnato omittente hereditatem nihilo magis iure legitimo admittitur. Sed sunt qui putant hunc eodem gradu a praetore vocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur.*

Es el mismo derecho, como algunos piensan, respecto a la persona del agnado, quien al omitir la herencia el próximo agnado nada de más es admitido por el derecho legítimo. Pero existen quienes piensan que este es llamado por el pretor en el mismo grado en que la herencia es dada también por ley a los agnados.¹¹

29. *Feminae certe agnae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est si neque suus heres neque agnatus ullus erit.*

Ciertamente las mujeres agnadas que exceden el grado de consanguíneos, son llamadas en el tercer grado, esto es, si no existirá ningún *heres sui* ni tampoco ningún agnado.

¹¹ Sobre tal texto véase S. Solazzi, "La rinuncia dell'eredità e P. Col. 123 XII", *AG*, (1956), vol. 150, pp. 3 y ss.

30. *Eodem gradu vocantur etiam eae personae, quae per feminini sexus personas copulatae sunt.*

En el mismo grado son llamadas también aquellas personas, que son unidas por las personas del sexo femenino.

31. *Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.*

También los hijos que están en una familia adoptiva son llamados a la herencia de los ascendientes naturales en este mismo grado.

32. *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; (per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt), veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem. Sed (cum eis praetor dat bonorum possessionem) loco heredum (constituuntur).¹²*

Además los que el pretor llama a la herencia, estos ciertamente no se hacen herederos de derecho; en efecto, el pretor no puede hacer herederos, ya que únicamente por ley o bien constitución de derecho similar se hacen herederos, por ejemplo por un senadoconsulto y constitución del príncipe. Pero puesto que el pretor les concede la *bonorum possessio*, son constituidos en el lugar de herederos.

33. *(Adhuc autem) etiam alios complures gradus (praetor facit in bonorum possessionibus dandis, dum) id agit, (ne quis sine successore moriatur). De quibus in his commentariis consulto (non agimus, cum) hoc ius totum propriis commentariis (executi simus).¹³*

Además, el pretor al otorgar las *bonorum possessiones* hace también muchos otros grados de *bonorum possessores*, puesto que lo hace para que ninguno muera sin sucesor. De aquellos en estos comentarios deliberadamente no tratamos, porque todo este derecho lo explicamos en comentarios específicos.

33a. *Hoc solum admonuisse sufficit (no se leen treinta y tres líneas).¹⁴*
Es suficiente haber recordado esto...

¹² Completado con base en el Inst. Justiniano 3.9.2.

¹³ Completado con base en el mismo texto en su primera parte.

¹⁴ Con base en algunas palabras que podían leerse los editores piensan que en este lugar Gayo trataba del senadoconsulto Tertuliano como se encuentra en Inst. Justiniano 3.9 pr.

34. (*Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem*).¹⁵ *Item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. Quibus casibus beneficium eius in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est QUORUM BONORUM, uti possit. Cuius interdicti quae sit utilitas, suo loco proponemus. Alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili.*

Sin embargo a veces el pretor promete la *bonorum possessio* no con la finalidad de enmendar ni de impugnar el viejo derecho, sino más bien de confirmarlo; en efecto, también a aquellos que fueron instituidos herederos con base en un testamento hecho correctamente, da la *bonorum possessio secundum tabulas*. Del mismo modo llama los *heredes sui ab intestato* y los agnados a la *bonorum possessio*. En estos casos su beneficio resulta sólo en esto de tener alguna utilidad, de modo que quien pide así la *bonorum possessio*, pueda usar el interdicto, cuyo principio es: *QUORUM BONORUM*, cuál sea la utilidad de este interdicto lo propondremos en su lugar. Diferentemente excluida también la *bonorum possessio* a aquellos que pertenece la herencia con base en el derecho civil.

35. *Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is, cui data sit, (non) optineat hereditatem; quae bonorum possessio dicitur sine re.*

Sin embargo frecuentemente a algunos es dada la *bonorum possessio*, así que al que sea concedida no obtenga la herencia; esta es llamada *bonorum possessio sine re*.

36. *Nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure civili heres sit, nihilo minus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.*

¹⁵ Integrado con base en Inst. Justiniano 3.9.1.

En efecto, si por ejemplo un heredero instituido en un testamento hecho según el derecho haya aceptado con la *cretio* la herencia, pero no haya querido pedir la *bonorum possessio* según las tablas del testamento, contento del hecho que es heredero con base en el derecho civil, nada menos quienes son llamados a los bienes de un intestado sin ningún testamento hecho, pueden pedir la *bonorum possessio*, pero les pertenece la herencia *sine re*, puesto que el heredero escrito en el testamento puede realizar la evicción de la herencia.

37. *Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo iure. Nam et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia evinci hereditas a suo herede potest. Et illud convenienter dicitur: si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, et si quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem.*

Es el mismo derecho si muriendo alguno intestado, el *heres suus* no haya querido pedir la *bonorum possessio* contento por el derecho legítimo; en efecto, compete también al agnado la *bonorum possessio*, pero *sine re*, porque la herencia puede ser exigida por evicción por el *heres suus*. Y eso se dirá convenientemente, si al agnado pertenece la herencia con base en el derecho civil y él haya aceptado la herencia, pero no haya querido pedir la *bonorum possessio*, y si alguno entre los próximos cognados la haya pedido, tendrá la *bonorum possessio sine re* a causa de la misma razón.

38. *Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.*

Existen también algunos otros casos similares, algunos de ellos los referimos en el comentario precedente.

39. *Nunc de libertorum bonis videamus.*

Ahora veamos de los bienes de los libertos.¹⁶

¹⁶ El argumento que será tratado a continuación encuentra una explicación detallada en la obra de C. Masi Doria, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociale* (Napoli, Jovene, 1996), pp. XII-510.

40. *Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire. Nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur esse querella; si vero vel adoptivus filius filiave vel uxor, quae in manu esset, (suus vel)¹⁷ sua heres esset, aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse.*

Por esto en un tiempo era lícito al liberto excluir en el testamento a su patrono impunemente; en efecto, en este modo la ley de las XII Tablas llamaba al patrono a la herencia del liberto, si hubiera muerto intestado el liberto sin dejar un *heres suus*. Por tanto, muerto el liberto también intestado, si éste había dejado un *heres suus*, el patrono no tenía ningún derecho en sus bienes. Ciertamente también si hubiera dejado entre los descendientes naturales algún *heres suus*, no resultaba existir ninguna controversia; pero si el hijo adoptivo o la hija o la mujer que estuviera *in manu* fuera *heres suus* o heredera *sua*, claramente era iniquo que al patrono no perteneciera ningún derecho.

41. *Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. Sive enim faciat testamentum libertus, iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio; si vero intestatus moriatur suo herede relicto adoptivo filio (vel) uxore, quae in manu ipsius esset, vel nuru, quae in manu filii eius fuerit, datur aequo patrono adversus hos suos heredes partis dimidia bonorum possessio. Prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti sint, aut praeteriti contra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint; nam exheredati nullo modo repellunt patronum.*

¹⁷ Integrado por Huschke.

Con referencia a esta situación después con base en el edicto del pretor fue corregida esta falta de equidad del derecho; en efecto, si el liberto haga testamento le es ordenado que lo haga así, de modo que deje a su patrono la mitad de sus bienes, y si no le haya dejado nada o menos de la mitad, es dado al patrono la *bonorum possessio* de la mitad en contra de las tablas del testamento; o bien, si haya muerto intestado dejando un *heres suus*, hijo adoptivo o esposa que la misma estuviera *in manu*, o bien nuera, que haya estado *in manu* de este hijo, es dado igualmente al patrono en contra de estos *heredes sui* la *bonorum possessio* de la mitad. Pero los hijos naturales son útiles al liberto para excluir al patrono, no únicamente los que tiene en potestad al tiempo de la muerte, sino también los emancipados y los demás dados en adopción, con tal que sean herederos escritos (en el testamento) por una cuota, o bien preteridos hayan pedido con base en el edicto la *bonorum possessio* en contra de las tablas del testamento; en efecto, los desheredados en ningún modo excluyen al patrono.

42. *Postea lege Papia aucta sunt iura patronorum, quod ad locupletiores libertos pertinet. Cautum est enim ea lege, ut ex bonis eius, qui sestertiorum centum milium plurisve patrimonium reliquerit, et pauciores quam tres liberos habeat, sive is testamento facto sive intestato mortuus erit, virilis pars patrono debeatur. Itaque cum unum filium unamve filiam heredem reliquerit libertus, proinde pars dimidia patrono debetur, ac si sine ullo filio filiave moreretur; cum vero duos duasve heredes reliquerit, tertia pars debetur; si tres relinquat, repellitur patronus.*

Después por la ley Papia fueron aumentados los derechos de los patronos en lo que se refiere a los libertos más enriquecidos; ya que fue establecido con base en esta ley, que de los bienes de quien haya dejado un patrimonio de cien mil sestercios o bien más, y quien tendrá menos de tres hijos, bien sea haya muerto hecho un testamento o bien haya muerto intestado, sea debida una parte viril al patrono. Por tanto el liberto cuando haya dejado heredero un solo hijo o una sola hija, por eso se debe al patrono la mitad como si fuera muerto sin ningún hijo o hija, pero cuando haya dejado dos herederos o dos herederas, es debida la tercera parte; si deje tres es excluido el patrono.

43. *In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. Cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore. Itaque sive auctor ad testamentum faciendum factus erat (aut de se queri debebat, quod heres a liberta) relictus (non erat, aut ipsum ex testamento, si heres ab ea relictus erat, sequebatur) hereditas; si vero auctor ei factus non erat, et intestata liberta moriebatur, ad eundem, quia suos heredes femina habere non potest, hereditas pertinebat; nec enim ullus olim (alius iure civili heres erat qui posset patronum a bonis libertae (intestatae) repellere).¹⁸*

Respecto a los bienes de las libertas los patronos no soportaban ninguna injuria en el derecho antiguo. En efecto estando éstas en la tutela legítima de los patronos, ciertamente no podían hacer testamento en otro modo que con base en la autoridad del patrono; por lo tanto, si había dado su autoridad para hacer el testamento o bien debía lamentarse con sí mismo que no había sido hecho heredero por la liberta, o bien el mismo conseguía la herencia con base en el testamento, si había sido hecho heredero por ella. Pero si no le había dado su autoridad y la liberta era muerta intestada, la herencia pertenecía al mismo porque la mujer no puede tener *heredes sui*; en efecto, en un tiempo no había ningún otro heredero con base en el derecho civil que pudiera excluir el patrono a los bienes de la libertad intestada.

44. *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate (condere testamentum, prospexit,) ut pro numero liberorum, (quos liberta mortis tempore) habuerit, virilis pars patrono debeatur; ergo ex bonis eius quae (omnes quattuor incolumes liberos reliquerit, quinta pars patrono debetur; quodsi omnibus liberis superstes fuerit, tota hereditas)¹⁹ ad patronum pertinet.*

Pero después la ley Papia, liberando de la tutela de los patronos a las libertinas con base en el derecho de los cuatro hijos y concediéndoles en este modo de instituir el testamento también si la autoridad del tutor proveyó que sea debida al patrono una parte viril por el

¹⁸ Integrado por Huschke.

¹⁹ Integrado por Krueger.

número de hijos que la liberta haya tenido al tiempo de la muerte; por lo tanto de los bienes de aquella que haya dejado vivos a todos los cuatro hijos, se debe la quinta parte al patrono, pero si la liberta haya sobrevivido a todos los hijos, toda la herencia pertenece al patrono.

45. *Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni; item de nepote ex filio ((et de)) pronepote (ex nepote) filio nato prognato.*

Lo que dijimos del patrono, lo mismo lo entenderemos también del hijo del patrono, al mismo modo del nieto nacido del hijo y del bisnieto nacido del nieto nacido del hijo.

46. *Filia vero patroni et (neptis) ex filio et proneptis (ex) nepote filio nato prognata olim quidem (habebant idem) (ius, quod) lege XII tabularum patrono datum est, praetor (autem non nisi virilis) sexus patronorum liberos (vocat. Filia vero ut contra tabulas) testamenti liberti (aut)²⁰ ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve, quae in manu fuerit, bonorum possessionem petat, trium liberorum iure lege Papia consequitur; aliter hoc ius non habet.*

Pero la hija del patrono, y la nieta nacida del hijo y la bisnieta nacida del nieto nacido del hijo, en un tiempo ciertamente tenían el mismo derecho, que con base en la ley de las XII Tablas fue dado al patrono, pero el pretor llama como hijos de los patronos sólo los que corresponden al sexo masculino; sin embargo, la hija por el derecho de tres hijos con base en la ley Papia consigue de pedir la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento del liberto o bien *ab intestato* en contra del hijo adoptivo o bien de su esposa o nuera que estuviera *in manu*; de otro modo no tiene este derecho.

47. *Sed ut ex bonis libertae testatae quattuor liberos habentis virilis pars ei debeatur, ne liberorum quidem iure consequitur, ut quidam putant. Sed tamen intestata liberta mortua verba legis Papiae faciunt, ut ei virilis pars debeatur. Si vero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est contra tabulas testamenti liberti,*

²⁰ Tal término fue incorporado por Huschke, los demás por Krueger e Kuebler.

id est quale et virilis sexus patronorum liberi contra tabulas testamenti liberti habent; quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit.

Pero como algunos piensan que ni siquiera con base en el derecho de los hijos (la hija del patrono) consigue que le sea debida una parte viril de los bienes de la liberta muerta con el testamento y teniendo cuatro hijos. Pero sin embargo muerta la liberta intestada las palabras de la ley Papia hacen de modo que le sea debida la parte viril; pero si haya muerto la liberta haciendo testamento, le es dado (a la hija del patrono) un tal derecho así como fue dado contra las tablas del testamento del liberto, esto es, el mismo derecho que los descendientes del sexo masculino de los patronos tienen contra las tablas del testamento del liberto, aunque esta parte de la ley haya sido escrita con poca diligencia.

48. *Ex his apparet extraneos heredes patronorum longe remotos esse ab omni eo iure, quod vel in intestatorum bonis vel contra tabulas testamenti patrono competit.*

Con base en las cosas dichas arriba es claro que los herederos extraños de los patronos están muy lejos de todo este derecho, que compete al patrono en los bienes de los libertos intestados o bien en contra de las tablas del testamento.

49. *Patronae olim ante legem Papiam hoc solum ius habebant in bonis libertorum, quod etiam patronis ex lege XII tabularum datum est. Nec enim ut contra tabulas testamenti ingrati liberti vel ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve bonorum possessionem partis dimidiaae peterent, praetor similiter ut de patrono liberisque eius curabat.*

En un tiempo las patronas antes de la ley Papia tenían únicamente en los bienes de los libertos aquel derecho que con base en la ley de las XII Tablas fue dado también a los patronos. En efecto el pretor no las protegía de modo similar al patrono y a los descendientes de éste, para que pidieran la *bonorum possessio* de la mitad en contra de las tablas del testamento del liberto ingrato o bien *ab intestato* en contra del hijo adoptivo o de su esposa o nuera.

50. *Sed lex Papia duobus liberis honoratae ingenuae patronae, libertinae tribus, eadem fere iura dedit, quae ex edicto praetoris*

patroni habent; trium vero liberorum iure honoratae ingenuae patronae ea iura dedit, quae per eandem legem patrono data sunt; libertinae autem patronae non idem iuris praestitit.

Pero la ley Papia dio a la patrona ingenua honorada con dos hijos, a la liberta con tres, más o menos los mismos derechos que los patronos tienen con base en el edicto del pretor; pero a la patrona ingenua honorada con base en el derecho de tres hijos le dio aquellos derechos que por la misma ley fueron dados al patrono; pero a la libertina patrona no otorgó los mismos derechos.

51. *Quod autem ad libertinarum bona pertinet si quidem intestatae decesserint nihil novi patronae liberis honoratae lex Papia praestat. Itaque si neque ipsa patrona neque liberta capite deminuta sit, ex lege XII tabularum ad eam hereditas pertinet, et excluduntur libertae liberi. Quod iuris est etiam si liberis honorata non sit patrona: numquam enim, sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt. Si vero vel huius vel illius capitis deminutio interveniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia legitimo iure capitis deminutione perempto evenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur.*

Pero en lo que se refiere a los bienes de las libertas, si efectivamente hayan muerto intestadas, la ley Papia nada nuevo otorga a la patrona honorada con hijos; por lo tanto, si ni la misma patrona, ni la liberta sea de *capite deminuta*, con base en la ley de las XII Tablas le pertenece la herencia, y son excluidos los hijos de la liberta. El mismo derecho vale también si la patrona no sea honorada con hijos, ya que nunca, como arriba dijimos, las mujeres pueden tener un *suus heres*. Pero si haya intervenido la *capitis deminutio* de la patrona o bien de la liberta, los hijos de la liberta esta vez excluyen la patrona porque extinguido el derecho legítimo por la *capitis deminutio* sucede que los hijos de la liberta sean considerados preferidos con base en el derecho de cognación.

52. *Cum autem testamento facto moritur liberta, ea quidem patrona quae liberis honorata non est nihil iuris habet contra libertae testamentum; ei vero, quae liberis honorata sit, hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.*

Pero cuando la liberta muera hecho el testamento, ciertamente la patrona que no es honorada con hijos no tiene ningún derecho contra el testamento de la liberta; pero a aquella que sea honorada con hijos, es atribuido por la ley Papia aquel derecho que tiene el patrono con base en el edicto en contra de las tablas (del testamento) del liberto.

53. *Eadem lex patronae filio liberis honorato (fere) patroni iura dedit: sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit.*

La misma ley dio al hijo de la patrona honorado con descendientes casi los derechos del patrono, pero en esta persona también es suficiente el derecho de un solo hijo o hija.

54. *Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est: alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est.*

Hasta este punto es suficiente haber tocado todos los derechos sumariamente; diferentemente una interpretación más diligente fue expuesta en los propios comentarios.

55. *Sequitur, ut de bonis Latinorum libertinorum dispiciamus.*

En seguida veamos de los bienes de los libertos latinos.²¹

56. *Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus id, quod alio loco diximus, eos, qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est. Postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Legis itaque Iuniae lator cum intellexeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent,*

²¹ Sobre el presente argumento véase SAMPER, F., "La sucesión de bienes del liberto no ciudadano romano", *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, vol. 9 (1984), pp. 41 y ss.

quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur, cavere (voluit), ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque iure quodam modo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent.

Para que esta parte del derecho sea más evidente, debemos recordar lo que dijimos en otro lugar, que los que en este momento son llamados latinos junianos, en un tiempo con base en el derecho de los Quirites eran esclavos, pero por el auxilio del pretor se tiene la costumbre que sean mantenidos en una situación de libertad, por eso se tiene la costumbre que también sus patrimonios pertenezcan a los patronos por derecho del peculio. Pero después por la ley Junia todos los que el pretor conservaba en libertad, comenzaron a ser libres y fueron llamados latinos Junianos; latinos, por este motivo, porque la ley quiso que fueran libres al mismo modo que si fueran ciudadanos romanos ingenuos, que llevados de la ciudad de Roma a las colonias latinas empezaron a ser latinos coloniarios; Junianos por este motivo, porque por la ley Junia fueron hechos libres, aunque no fueran ciudadanos romanos. Por esto el autor de la ley Junia entendiendo que sucedería que por esta ficción cesasen de pertenecer los patrimonios de los latinos difuntos a los patronos, porque evidentemente ni morían como esclavos, de modo que sus patrimonios pudieran pertenecer a los patronos por el derecho del peculio, ni los bienes del hombre liberto latino pudieran pertenecer a los patronos por derecho de manumisión, consideró necesario para que el beneficio dado a éstos no se convirtiera en injuria de los patronos, establecer que los bienes de aquéllos perteneciesen a los manumisores, al mismo modo que si la ley no hubiera sido aprobada; por tanto, en un cierto modo por derecho de peculio los bienes de los latinos pertenecen a los manumisores con base en esta ley.²²

²² Sobre el presente argumento véase DE DOMINICIS, M., "La latinitas Iuniana e la legge Elia Senzia", *Mélanges Piganol*, París, 1966, pp. 1419 y ss.; M. Balestri Fumagalli, *Lex Iunia de manumissionibus* (Giuffrè, Milano, 1985), pp. XI-219.

57. *Unde accidit, ut longe differant ea iura, quae in bonis Latinorum ex lege Iunia constituta sunt, ab his, quae in hereditate civium Romanorum libertorum observantur.*

Por eso sucede que se diferencian en gran medida aquellos derechos que fueron establecidos respecto a los bienes de los latinos con base en la ley Junia, a los que son observados en la herencia de los libertos ciudadanos romanos.

58. *Nam civis Romani liberti hereditas ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet; ad filium autem patroni nepotesque ex filio et pronepotes ex nepote (filio nato)²³ prognatos omni modo pertinet, etiamsi (a) parente fuerint exheredati. Latinorum autem bona tamquam peculia servorum etiam ad extraneos heredes pertinent, et ad liberos manumissoris exheredatos non pertinent.*

En efecto la herencia del ciudadano romano liberto no pertenece en ningún modo a los herederos extraños del patrono; pero en todo caso pertenece al hijo del patrono y nieto generado por el hijo y bisnieto generado por el nieto del hijo nacido, también si hayan sido desheredados por el ascendiente. Pero los bienes de los latinos pertenecen también a los herederos extraños así como los peculios de los esclavos y no pertenecen a los descendientes desheredados del manumisor.

59. *Item civis Romani liberti hereditas ad duos pluresve patronos aequaliter pertinet, licet dispar in eo servo dominium habuerint; bona vero Latinorum pro ea parte pertinent, pro qua parte quisque eorum dominus fuerit.*

Del mismo modo la herencia del ciudadano romano liberto pertenece en partes iguales a dos o más patronos, aunque hayan tenido el dominio en este esclavo en proporciones desiguales, pero los bienes de los latinos pertenecen en proporción a aquella parte, por la cual cada uno haya sido propietario de ellos.

60. *Item in hereditate civis Romani liberti patronus alterius patroni filium excludit, et filius patroni alterius patroni nepotem repellit;*

²³ Inserido por Lachmann.

bona autem Latinorum et ad ipsum patronum et ad alterius patroni heredem simul pertinent, pro qua parte ad ipsum manumissorem pertinerent.

Del mismo modo en la herencia del liberto ciudadano romano el patrono excluye al hijo del otro patrono, y el hijo del patrono excluye al nieto del otro patrono, pero los bienes de los latinos pertenecen igualmente bien sea al mismo patrono, bien sea al heredero del otro patrono en relación con la cuota de propiedad del mismo manumisor.

61. *Item si unius patroni tres forte liberi sunt et alterius unus, hereditas civis Romani liberti in capita dividitur, id est tres fratres tres portiones ferunt et unus quartam; bona vero Latinorum pro ea parte ad successores pertinent, pro qua parte ad ipsum manumissorem pertinerent.*

Del mismo modo si por ejemplo existen tres hijos de un patrono y uno solo del otro, la herencia del ciudadano romano liberto es dividida en cabezas, esto es, los tres hermanos obtienen tres porciones y el hijo único la cuarta; pero los bienes de los latinos pertenecen a los sucesores en proporción a la cuota de propiedad del mismo manumisor.

62. *Item si alter ex (is) patronis suam partem in hereditate civis Romani liberti spernat, vel ante moriatur quam cernat, tota hereditas ad alterum pertinet; bona autem Latini pro parte deficientis patroni caduca fiunt et ad populum pertinent.*

Del mismo modo si uno de los patronos no acepta su parte en la herencia del ciudadano romano liberto, o bien muere antes que aceptara con la *cretio*; pertenece toda la herencia al otro; pero los bienes del latino en relación con la parte del patrono que vino a menos se transforman en *caduca* y pertenecen al pueblo.

63. *Postea Lupo et Largo consulibus senatus censuit, ut bona Latinorum primum ad eum pertinerent, qui eos liberasset; deinde ad liberos eorum non nominatim exheredatos, uti quisque proximus esset; tunc antiquo iure ad heredes eorum, qui liberassent, pertinerent.*

Después bajo el consulado de Lupo y Largo el senado decidió que los bienes de los latinos perteneciesen en primer lugar al que los haya liberado, después a los descendientes de éstos no deshereda-

dos nominativamente, según el orden de proximidad de cada uno, por último que pertenecieran con base en el derecho antiguo a los herederos de aquellos que los hubieran liberado.

64. *Quo senatusconsulto quidam (id) actum esse putant, ut in bonis Latinorum eodem iure utamur, quo utimur in hereditate civium Romanorum libertinorum: idque maxime Pegaso placuit. Quae sententia aperte falsa est. Nam civis Romani liberti hereditas nunquam ad extraneos patroni heredes pertinet, bona autem Latinorum etiam ex hoc ipso senatusconsulto non obstantibus liberis manumissoris etiam ad extraneos heredes pertinent. Item in hereditate civis Romani liberti liberis manumissoris nulla exhereditatio nocet, in bonis Latinorum nocere nominatim factam exheredationem ipso senatusconsulto significatur. Verius est ergo hoc solum eo senatusconsulto actum esse, ut manumissoris liberi, qui nominatim exhereditati non sint, praeferantur extraneis heredibus.*

Con base en este senadoconsulto algunos piensan que se hizo eso, que en los bienes de los latinos utilizamos el mismo derecho que utilizamos en la herencia de los ciudadanos romanos libertos, y esto decidió principalmente Pegaso. Esta opinión claramente es falsa; en efecto, la herencia del ciudadano romano liberto jamás pertenece a los herederos extraños del patrono, pero los bienes de los latinos también con base en este mismo senadoconsulto, en el caso que no lo impidan los descendientes del manumisor también pertenecen a los herederos extraños. Del mismo modo en la herencia del ciudadano romano liberto a los descendientes del manumisor no daña ninguna desheredación, en los bienes de los latinos se declara por el mismo senadoconsulto que daña la desheredación hecha nominalmente. Por tanto es más correcto que por este senadoconsulto se hizo solamente eso, que los descendientes del manumisor, que no sean desheredados nominativamente, se prefieran a los herederos extraños.

65. *Itaque emancipatus filius patroni praeteritus quamvis contra tabulas testamenti parentis sui bonorum possessionem non petierit, tamen extraneis heredibus in bonis Latinorum potior habetur.*

Por esto el hijo emancipado preterido del patrono aunque no haya pedido la *bonorum possessio contra tabulas* del testamento del pa-

dre, sin embargo es considerado preferible a los herederos extraños en los bienes de los latinos.

66. *Item filia ceterique sui heredes, licet iure civili inter ceteros exhereditati sint et ab omni hereditate patris sui summoveantur, tamen in bonis Latinorum, nisi nominatim a parente fuerint exhereditati, potiores erunt extraneis heredibus.*

Igualmente la hija y todos los otros *sui heredes*, si bien con base en el derecho civil hayan sido desheredados en forma colectiva y sean excluidos de toda la herencia de su padre, sin embargo en los bienes de los latinos a menos que no hayan sido desheredados nominativamente por el padre, serán preferidos a los herederos extraños.

67. *Item ad liberos, qui ab hereditate parentis se abstinerunt, (nihilo minus) bona Latinorum pertinent; (nam hi quoque) exhereditati nullo modo dici possunt, non magis quam qui testamento silentio praeteriti sunt.*

Del mismo modo a los descendientes que se abstuvieron a la herencia del padre, nada menos pertenecen los bienes de los latinos; en efecto, estos tampoco no pueden ser considerados en ningún modo desheredados, no más que los que fueron preteridos con el silencio en el testamento.

68. *Ex his omnibus satis illud apparet, si is qui Latinum fecerit... (no se leen 21 líneas).²⁴*

Con base en todas estas cosas aparece suficiente lo que dijimos, si el que lo haya hecho latino...

69. *Item illud quoque constare videtur, si solos liberos ex disparibus partibus patronus (heredes instituerit, ex iisdem partibus bona Latini,*

²⁴ En relación con las primeras líneas que faltan Huschke reconstruye en el siguiente modo: ... *vel eius liberi solique ei heredes facti vivant, cum Latinus moritur, nihil novi senatusconsulto introductum esse: hunc enim solum casum id spectare, cum ab heredibus defuncti ius in bonis Latinorum ad liberos eius transferri possit.* (o bien sus descendientes y estos solos hechos herederos vivan, cuando es muerto el latino, nada nuevo fue introducido por el senadoconsulto. Porque éste considera un único caso cuando de los herederos del difunto el derecho en los bienes de los latinos se puede transferir a sus descendientes).

si patri heredes²⁵) existant, ad eos pertinere, quia nullo interveniente extraneo herede senatusconsulto locus non est.

Del mismo modo resulta constatado también esto, que si el patrono haya instituido herederos solamente a los descendientes por partes desiguales, les pertenezcan los bienes del latino, por las mismas partes si sean herederos del padre, porque no interviniendo un heredero extraño no tiene lugar el senadoconsulto.

70. *(Sed) si cum liberis suis etiam extraneum heredem patronus reliquerit, Caelius Sabinus ait tota bona pro virilibus partibus ad liberos defuncti pertinere, quia cum extraneus heres intervenit, non habet lex Iunia locum, sed senatusconsultum. Iavolenus autem ait tantum eam partem ex senatusconsulto liberos patroni pro virilibus partibus habituros esse, quam extranei heredes ante senatusconsultum lege Iunia habituri essent, reliquas vero partes pro hereditariis partibus ad eos pertinere.*

Pero si también el patrono haya dejado un heredero extraño con los descendientes *sui*, Celio Sabino dice que todos los bienes pertenecen a los descendientes del difunto en partes viriles, porque cuando interviene el heredero extraño, no tiene lugar la ley Junia, sino el senadoconsulto. Javoleno por el contrario dice que con base en el senadoconsulto los descendientes del patrono tendrán en porciones iguales sólo aquella parte que los herederos extraños tendrían por la ley Junia antes del senadoconsulto y que por el contrario las partes restantes pertenecen a ellos en relación a las partes hereditarias.

71. *Item quaeritur, an hoc senatusconsultum ad eos patroni liberos pertineat, qui ex filia neptive procreantur, id est ut nepos meus ex filia potior sit in bonis Latini mei quam extraneus heres. Item (an) ad maternos Latinos hoc senatusconsultum pertineat quaeritur, id est ut in bonis Latini materni potior sit patronae filius quam heres extraneus matris. Cassio placuit utroque casu locum esse senatusconsulto. Sed huius sententiam plerique improbant, quia senatus de his liberis patronorum nihil sentiat, qui aliam familiam sequerentur. Idque ex eo apparet, quod nominatim exheredatos summovet; nam*

²⁵ Integrado por Krueger.

videtur de his sentire qui exheredari a parente solent, si heredes non instituantur; neque autem matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de iure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur.

Del mismo modo es cuestionado si este senadoconsulto tuviese relación con aquellos descendientes del patrono, que son procreados por la hija o la nieta, esto es, que mi nieto nacido por la hija sea preferido en los bienes de mi latino al heredero extraño. Del mismo modo es cuestionado si tuviese relación este senadoconsulto a los latinos maternos, esto es, que en los bienes del latino materno sea preferido el hijo de la patrona al heredero extraño de la madre. Casio consideró que en ambos casos tiene lugar el senadoconsulto. Pero la mayoría no está de acuerdo con su opinión, porque el senado nada estableció de estos descendientes de los patronos que hacían parte de otra familia. Y esto aparece del hecho de que excluye los desheredados nominativamente; en efecto, resulta que se refirió a éstos que suelen ser desheredados por el padre, si no sean instituidos herederos; ciertamente, no es necesario ni por la madre desheredar al hijo o a la hija ni por el abuelo materno desheredar al nieto o a la nieta, si no lo o la instituya como heredero, bien sea nos cuestionamos del derecho civil, bien sea del edicto del pretor, por el que a los descendientes preteridos es prometida la *bonorum possessio* en contra de las tablas del testamento.

72. *Aliquando tamen civis Romanus libertus tamquam Latinus moritur, veluti si Latinus salvo iure patroni ab imperatore ius Quiritium consecutus fuerit. Nam, ut divus Traianus constituit, si Latinus invito vel ignorante patrono ius Quiritium ab imperatore consecutus sit, quibus casibus dum vivit iste libertus, ceteris civibus Romanis libertis similis est et iustos liberos procreat, moritur autem Latini iure, nec ei liberi eius heredes esse possunt; et in hoc tantum habet testamenti factionem, ut patronum heredem instituat eique, si heres esse noluerit, alium substituere possit.*

Sin embargo en algunos casos el ciudadano romano liberto muere como latino, por ejemplo, si el latino haya conseguido el *ius Quiritium* por el emperador dejado intacto el derecho del patrono. En efecto,

como estableció el divino Trajano, si el latino haya conseguido el *ius Quiritium* por el emperador ignorándolo el patrono o contra su voluntad, en estos casos mientras vive ese liberto, es similar a los demás libertos ciudadanos romanos y procrea descendientes justos, pero muere con base en el derecho del latino, y sus descendientes no pueden ser herederos *sui*; y tiene la *testamenti factio* únicamente en esto, que instituya heredero al patrono y si éste no haya querido ser heredero, le pueda sustituir otro.

73. *Et quia hac constitutione videbatur effectum, ut ne umquam isti homines tamquam cives Romani morerentur, quamvis eo iure postea usi essent, quo vel ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto cives Romani essent, divus Hadrianus iniquitate rei motus auctor fuit senatusconsulti faciundi, ut qui ignorante vel recusante patrono ab imperatore ius Quiritium consecuti essent, si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto, si Latini (mansissent), civitatem Romanam consequerentur, proinde ipsi haberentur, ac si lege Aelia Sentia vel senatusconsulto ad civitatem Romanam pervenissent.*

Y porque con esta constitución resultaba hecho de modo que nunca esos hombres murieran como ciudadanos romanos aunque después usaran aquel derecho, con base en el cual o bien por la ley Aelia Sentia o bien por el senadoconsulto fueran ciudadanos romanos, el divino Adriano movido por la iniquidad de la cosa fue autor de la promoción de un senadoconsulto con base en el cual los que ignorándolo el patrono o bien contra su voluntad hubieran conseguido el *ius Quiritium* por el emperador, si con posterioridad hubieran usado aquel derecho con base en el cual por la ley Aelia Sentia o por el senadoconsulto, si hubieran permanecido latinos consiguieran la ciudadanía romana, los mismos fuesen considerados como si hubieran llegado a la ciudadanía romana con base en la ley Aelia Sentia o con base en el senadoconsulto.

74. *Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi (civium Romanorum) libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent.*

Pero los bienes de los que la ley Aelia Sentia considera en el número de los dediticios, pertenecen a los patronos a veces como si fueran libertos ciudadanos romanos, a veces como si fueran latinos.

75. *Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciundi ius concedere.*

En efecto, los bienes de los que si no estuviesen en algún vicio, una vez manumitidos serían ciudadanos romanos, son atribuidos por esta misma ley a los patronos como si estos fueran ciudadanos romanos. Sin embargo, éstos no tienen tampoco la *testamenti factio*; en efecto esto decidió la mayor parte con razón, ciertamente se consideraba increíble que el presentador de la ley haya querido conceder el derecho de la *testamenti factio* a los hombres de pésima condición.

76. *Eorum vero bona qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent. Nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.*

Pero los bienes de los que si no estuvieran en algún vicio una vez manumitidos serían latinos, son atribuidos a los patronos al mismo modo que si hubieran muerto latinos. Ni me olvido que el presentador de la ley no haya explícitamente manifestado su voluntad suficientemente en esta cosa.

77. *Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit.*

Pero veamos también de aquella sucesión que nos compete por la compra de los bienes.

78. *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum veluti eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt veluti eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*

Pero los bienes son vendidos de los que viven o de los que mueren. De los que viven por ejemplo de los que por causa de fraude se

esconden o ausentes no se defienden; del mismo modo de los que por la ley Julia hacían cesión de los bienes; del mismo modo de los juzgados después del tiempo, que les es atribuido en parte por la ley de las XII Tablas, en parte por el edicto del pretor para pagar el dinero. Los bienes de los muertos son vendidos por ejemplo de los que es cierto que no tengan ni herederos ni *bonorum possessores* ni ningún otro sucesor justo.²⁶

79. (Et) si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortui, per dies XV. Postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus (X legem bonorum vendundorum)²⁷ fieri iubet, si mortui, in dimidio. Diebus itaque vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici iubet. Quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.

Si ciertamente se venden los bienes de un vivo ordena el pretor que éstos sean poseídos y de eso se dé anuncio público por treinta días continuos; pero de un muerto, por quince días. Después ordena que los acreedores se reúnan y que entre ellos sea creado un administrador, esto es, uno por el cual se vendan los bienes. Por tanto si sean vendidos los bienes de un vivo, se ordena que se haga en diez días el reglamento de venta de los bienes, si de un muerto en la mitad. Por tanto ordena que se adjudiquen al comprador en treinta días los bienes de un vivo, pero en veinte días de un muerto. La razón por la que ordena que se realice más tarde la venta de los bienes de los vivos es porque con referencia a los vivos debía prestarse atención que no sufrieran fácilmente las ventas de los bienes.²⁸

80. Neque autem bonorum possessorum neque (bonorum emptorum res) pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; (ex iure Quiritium)

²⁶ Sobre la contumacia en el proceso, véase ARU, L., *Il processo civile contumaciale* (L'Erma, Roma, 1971) pp. 1-230.

²⁷ Integrado por Huschke con base en la Parafrafrasis de Teofilo, si bien con ciertas dudas.

²⁸ Sobre la *bonorum venditio* véase SOLAZZI, S., "In tema di *bonorum venditio*", *Iura*, vol. 6 (1955), pp. 78 y ss.

*autem ita demum acquiruntur, si usuceperunt. Interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, veluti si (peregrinus sit) bonorum emptor (nec) senatusconsultum concesserit (eius civitati ius) quo, (quae civibus eius populi a civibus Romanis alienantur,) usu (capere possunt).*²⁹

Pero las cosas no se hacen de pleno derecho ni de los poseedores de los bienes ni de los compradores de los bienes, si no son obtenidos *in bonis*; pero por el *ius Quiritium* son adquiridos así solamente si usucapieron. Pero algunas veces a los compradores de los bienes no se aplica ni tampoco la usucapión, por ejemplo si sea comprador de los bienes un peregrino ni por senadoconsulto se haya concedido a su ciudad el derecho con base en el cual puedan usucapir las cosas que son enajenadas por los ciudadanos romanos a los ciudadanos de aquel pueblo.

81. Item quae debita (sunt ei cuius fuerunt bona),³⁰ aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet (aut ipsis debentur, et ideo) de omnibus rebus (utilibus actionibus et agunt et conveniuntur, quas³¹ in sequenti commentario proponemus).

Del mismo modo las cosas que fueron debidas a aquél de cuyos bienes fueron, o bien que el mismo debió, no las debe *ipso iure* ni el poseedor de los bienes ni el comprador de los bienes, ni son debidas a los mismos y por este motivo de todas las cosas llaman y son convenidos en juicio mediante acciones útiles, que propondremos en el siguiente comentario.

82. Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure (quod tacito consensu), receptum est, introductae sunt.

Pero existen también sucesiones de otro género que no fueron introducidas ni por la ley de las XII Tablas ni por el edicto del pretor, sino por aquel derecho que fue admitido con base en el consentimiento tácito.

²⁹ Integrado por Huschke.

³⁰ Integrado por Lachmann.

³¹ Integrado por Huschke.

83. *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierque in manum venit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debita sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio (libertorum) quae per iusiurandum contracta est, et (lites contestatae) legitimo iudicio.*

En efecto cuando un *pater familias* se dio en adopción o la esposa cae *in manum*, todas sus cosas incorporales y corporales y todas las cosas que les son debidas, son adquiridas al padre adoptivo o al comprador, con excepción de las que perecen por *capitis deminutio*, como son el usufructo, la obligación por las obras de los libertos que por juramento fue contraída, y las *lites contestatae* en un juicio legítimo.

84. *Ex diverso quod is debuit, (qui se in) adoptionem dedit (quaeve) in manum venit, (non) transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: (tunc) enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure; is (vero, qui) se adoptandum dedit quaeque in manum venit, desinit esse heres. De eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator, (et ne) ipse quidem, qui se in adoptionem dedit (quaeque) in manum venit, maneat obligatus obligataque, quia (scilicet) per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione; et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*

Al contrario lo que debió, el que se dio en adopción, o bien la que cayó *in manum*, no pasa al comprador o al padre adoptivo, a menos que no hayan sido deudas hereditarias; ya que entonces, porque el mismo padre adoptivo o comprador se hace heredero, está obligado directamente, pero el que se dio en adopción, o cayó *in manum*, cesa de ser heredero. Pero de lo que en propio nombre aquellas personas hayan debido aunque no sea obligado ni el padre adoptivo ni el comprador y ni tampoco el mismo que se dio en adopción o la que cayó *in manum*, permanezca obligado o obligada, porque naturalmente es liberado por la *capitis deminutio*, sin embargo en contra de éste o de ésta es dada una acción útil una vez rescindida la *capitis deminutio*, y si no se defiendan contra esta acción, el pretor permite a los acree-

dores de vender todos los bienes que serían suyos si no se hubieran sujetado a un poder ajeno.

85. *(Item si) legitimam hereditatem (heres antequam) cernat aut pro herede gerat alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, (proinde ac si ipse per) legem ad hereditatem vocaretur. Quodsi postea quam heres extiterit cesserit, adhuc heres manet, et ob id (a) creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet proinde ac si singulas in iure cessisset, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt.*

Del mismo modo si el heredero antes que realice la *cretio* o bien la *pro herede gestio* ceda a otro *in iure* una herencia legítima de pleno derecho, se hace heredero él, al cual fue cedida la herencia, como si el mismo hubiera sido llamado por la ley a la herencia; y si después que fue heredero, haya realizado la *in iure cessio*, todavía permanece heredero y por este motivo el mismo será obligado con los acreedores; pero transmitirá las cosas corporales al mismo modo que si las hubiera cedido *in iure* individualmente, pero las deudas perecen, y por este modo los deudores hereditarios obtienen un lucro.³²

86. *Idem iuris est, si testamento scriptus heres, posteaquam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem: ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit.*

Vale el mismo derecho, si el heredero escrito en el testamento después que haya sido heredero, haya cedido *in iure* la herencia, pero cediendo la herencia antes de la *aditio* nada hace.

87. *Suus autem et necessarius (et servus necessarius)³³ heres an aliquid (agant) in iure cedendo, quaeritur. Nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem: nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.*

³² Sobre la *In iure cessio hereditatis* ver nuestra investigación: GONZÁLEZ ROLDÁN, Y., "La *in iure cessio hereditatis*", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 20 (1996), pp. 277 y ss.

³³ Integrado por los editores.

Pero es cuestionado si el heredero *suus et necessarius* y el esclavo heredero *necessarius* hagan alguna cosa cediendo *in iure*. Nuestros maestros consideran que estos nada hacen; los autores de la escuela contraria piensan que estos hacen lo mismo que los otros después de la *aditio* de la herencia, ya que nada interesa si alguno se haga heredero con la *cretio* o *pro herede gestio*, o bien sea vinculado a la herencia por necesidad del derecho.

88. (*Nunc transeamus*)³⁴ *ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

Ahora pasemos a las obligaciones. De estas la principal división abarca dos especies, ya que toda obligación nace con base en un contrato o con base en un delito.³⁵

89. *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

Y primero veamos de aquéllas que nacen con base en un contrato. De estas hay cuatro géneros, ya que la obligación es contraída por la cosa o por las palabras o por las letras o por el *consentimiento*.³⁶

90. *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. (Mutui autem datio)³⁷ proprie in his (fere) rebus contingit, quae (res) pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque*

³⁴ Integrado con base en Inst. Justiniano 3.13 pr.

³⁵ Sobre la presente división véase CANNATA, C.A. "Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico", *Iura*, vol. 21 (1970), pp. 52 y ss.; M. Kaser, "Divisio obligationum", *Studies in memory of J.A.C. Thomas*, London (1983) pp. 73 y ss.; J. Paricio, "Sull'idea di contratto in Gaio", *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica II Congresso Internazionale Aristec*, Torino (1997) pp. 151 y ss.

³⁶ Sobre tal división ver SCHERILLO, G., *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano* (La Goliardica, Milano, 1961), pp. IV-316; C. A. Cannata, "La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique", *Sein und Werden im Recht. Festgabe fuer U. von Luebtow*, Berlin (1970), pp. 431 y ss.

³⁷ Integrado con base en Inst. Justiniano 3.14 pr y D.44.7.1.2.

nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit.

La obligación es contraída con base en la cosa, por ejemplo con base en la entrega en mutuo. Pero la entrega en mutuo se refiere especialmente en aquellas cosas que constan en peso, número, medida, como el dinero contante, el vino, el aceite, el grano, el bronce, la plata, el oro. Numerando, midiendo o pesando estas cosas las damos por eso que se conviertan en propiedad de los que las reciben y después no nos sean restituidas las mismas, sino otras de la misma naturaleza. Por eso también se llamó mutuo, porque así lo que te fue dado por mí, de mío se hace tuyo.³⁸

91. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest si PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

También el que recibió lo no debido por parte de quien por error pagó, es obligado con base en la cosa; ciertamente se puede ejercitar en contra de él la acción de la *condictio* cuya *intentio* es: si PARECE QUE EL DEBA DAR, como si hubiera recibido un mutuo. Por eso algunos piensan que el pupilo o la mujer, al cual sin la autoridad del tutor fue dado por error lo no debido, no es obligado con base en la *condictio*, no más que por la entrega en mutuo. Pero esta especie de obligación no resulta consistir con base en el contrato, porque el que da con el animo de pagar, quiere más bien deshacer que contraer un negocio.³⁹

³⁸ Sobre el mutuo véase MASCHI, C.A., "La gratuità del mutuo classico. Strutture giuridiche e realtà sociale", *Studi in Onore di G. Balladone Pallieri*, Milano (1978), vol. I, pp. 289 y ss.; SACCONI, G., "Conventio e mutuum", *Index*, vol. 15 (1987) pp. 423 y ss.; GIUFFRÈ, V., *La datio mutui. Prospettive romane e moderne* (Jovene, Napoli, 1989), pp. 1-125.

³⁹ Sobre el presente argumento véase TALAMANCA, M., "In tema di azioni di arricchimento", *AG*, vol. 146 (1954), pp. 33 y ss.

92. *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDE-PROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEO, FACIES? FACIAM.*

La obligación por las palabras se hace con base en una pregunta y una respuesta, por ejemplo, ¿PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? PROMETO (SPONDEO); ¿DARÁS? DARÉ; ¿PROMETES? PROMETO; ¿PROMETES CON FIDES? PROMETO CON FIDES; ¿TE HACES FIADOR? ME HAGO FIADOR; ¿HARÁS? HAGO.⁴⁰

93. *Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, veluti hoc modo (Dèseij; Dèsw: /Omologe;j; /Omologî: P...stei keleÛeij; P...stei keleÛw: Poi»seij; Poi»sw),⁴¹ (etiam haec) tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie (transferri) possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.*

Pero ciertamente esta obligación de las palabras ¿PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? PROMETO (SPONDEO) es propia de los ciudadanos romanos, pero las otras son del derecho de gentes, por esto valen entre todos los hombres bien sea ciudadanos romanos así como peregrinos. Y si bien hayan sido expresadas en voz griega, por ejemplo, en este modo: Dèseij; Dèsw: /Omologe;j; /Omologî: P...stei keleÛeij; P...stei keleÛw: Poi»seij; Poi»sw, sin embargo, estas también valen entre los ciudadanos romanos, con tal que tengan entendimiento de la lengua griega. Y por el contrario, si bien sean enunciadas en latín, sin embargo también valen entre los peregrinos, con tal

⁴⁰ Sobre la *sponsio* y estipulación véase PASTORI, F., *Sponsio et stipulatio. Storia e struttura giuridica degli istituti* (La Goliardica, Milano, 1958), pp. 1-302; CORBINO, A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* (Giappichelli, Torino, 1994), pp. 1-112.

⁴¹ Integrado con base en la Paráfrasis de Teofilo a Inst. Justiniano 3.15.1.

que tengan entendimiento de la lengua latina. Pero aquella obligación de las palabras: ¿PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? PROMETO (SPONDEO), es propia de los ciudadanos romanos, al punto que ni tampoco puede traducirse propiamente por interpretación en lengua griega, si bien se diga que fue formada de la lengua griega.

94. *Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget: PACEM FUTURAM SPONDES? vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est, quia, si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur.*

Por eso se dice que en un solo caso también un peregrino se puede obligar con este verbo, por ejemplo, si nuestro emperador interroge en relación con la paz a un príncipe de un pueblo peregrino así: ¿PROMETES (SPONDES) UNA PAZ FUTURA? O bien el mismo en el mismo modo sea interrogado. Esto fue dicho con demasiada sutileza, porque si algo se hace contra el pacto, no se ejercita la acción de estipulación, sino la cosa se resuelve por el derecho de guerra.

95. *Illud dubitari potest, si quis (interroganti dari spondes? respondeat promitto vel dabo, an recte obligetur); aut si quis (interroganti promittis? respondeat 'Omologî an recte obligetur).⁴²*

Puede ser dudado eso, si en el caso que alguien al ser interrogado ¿Prometes (spondes) que sea dado? respondiese: prometo (no usando el término *spondeo*) o bien daré, es obligado correctamente; o

⁴² Integrado por Krueger.

⁴³ Tomando en consideración algunas letras que se podían ver, los editores creen que Gayo hubiera tratado de lo que se lee en el texto de *Epit.* 2.9.3: *sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier sive sponso uxor futura sive iam marito dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius et debitor ipsius mulieris, si pecuniam quam illi debebat sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit ...* Existen también otras obligaciones, que pueden ser contraídas sin ninguna precedente interrogación, esto es cuando una mujer prometa la dote, o bien al novio antes de convertirse en su esposa o bien a su marido lo que se puede hacer tanto o de las cosas muebles como de los fundos. Y no únicamente en esta obligación es obligada la misma mujer, sino también su *pater* y el deudor de la misma mujer, si el mismo deudor haya prometido en dote al novio de la acreedora el dinero que le debía.

bien, si en caso que alguien al ser interrogado, ¿Prometes? respondiese 'Omologî, es obligado correctamente.

95a. (*Sunt et aliae obligationes ...* (no se leen doce líneas).⁴³ (*Item si debitor mulieris (iussu eius, dummodo tutore auctore eidem)*⁴⁴ *doti dicat quod debet; alius autem obligari (hoc) modo non potest. Et ideo, si quis alius (pro muliere dotem promittere velit, communi iure obligare (se debet, id est stipulanti viro promittere).*⁴⁵

Existen también otras obligaciones ... Del mismo modo si el deudor de la mujer por su orden con la *auctoritas* del tutor promete en dote a la misma lo que debe; pero un otro no puede obligarse en este modo. Y por este motivo, si algún otro quiere prometer la dote en favor de la mujer, se debe obligar por el derecho común, esto es, prometer al marido con base en una *stipulatio*.

96. *Item uno loquente (et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit),⁴⁶ etsi haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. Sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum: nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus (in aliis valere).*

Del mismo modo hablando uno solo y prometiéndolo a otro sin interrogación es contraída la obligación, si el liberto juró al patrono que le daría un regalo o realizaría un servicio o bien días de trabajo, también si esta es la única causa, por la cual es contraída la obligación con base en un juramento. Ciertamente por ninguna otra causa los hombres se obligan con base en un juramento, especialmente cuando se trata del derecho de los romanos; en efecto, cual sea el derecho de los peregrinos, buscando los derechos de cada una de las ciudades podremos entender que vale algo diferente.

⁴⁴ Integrado por Huschke.

⁴⁵ Integrado por Krueger.

⁴⁶ Integrado con base en *Epit.* 2.9.4.

97. *Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, veluti si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.*

Si lo que nos hacemos estipular que se dé, sea tal, que no pueda ser dado, es inútil la estipulación; por ejemplo, si alguien se haga estipular que sea dado un hombre libre que se creía ser un esclavo, o bien un muerto que se creía vivo, o bien un lugar sacro o religioso que se pensaba ser de derecho humano.

97a. (*Item si quis rem quae in rerum natura esse non potest, veluti hippocentaurum, stipuletur*),⁴⁷ *aeque inutilis est stipulatio.*

Del mismo modo si alguien se haga estipular una cosa que no puede ser en las cosas de la naturaleza, por ejemplo, un hipocentauro, igualmente la estipulación es inútil.

98. *Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, veluti SI DIGITO CAELUM TETIGERIT, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*

Del mismo modo si alguien se haga estipular bajo aquella condición que no puede existir, por ejemplo, SI HAYA TOCADO EL CIELO CON UN DEDO, la estipulación es inútil. Pero nuestros maestros piensan que el legado dejado bajo condición imposible es debido, como si hubiera sido dejado sin condición; los autores de la escuela contraria consideran nada menos inútil este legado así como la estipulación. Y ciertamente puede ser ofrecida una razón difícilmente idónea de la diferencia.

99. *Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam esse dari sibi eam stipuletur; quippe quod alicuius est, id ei dari non potest.*

⁴⁷ La laguna ha sido llenada con base en la información que presenta Inst. Justiniano 3.19.1.

Además la estipulación es inútil, si alguien, ignorando que la cosa es suya, se haga estipular que esta cosa le sea dada, ya que lo que es de alguno, no le puede ser dado.

100. *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita (POST MORTEM TUAM DARI SPONDES? Valet autem, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR DARI SPONDES? vel ita⁴⁸): CUM MORIERIS DARI SPONDES? id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, AUT PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? , quae sane inutilis est.*

Y así es inútil tal estipulación, si alguien se haga estipular que le sea dado en este modo: ¿PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO DESPUÉS DE MI MUERTE? o bien así: ¿DESPUÉS DE TU MUERTE PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? Pero vale, si alguien se hace estipular ser dado así: ¿CUANDO MUERA PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? o bien así: ¿CUANDO MUERAS PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? Esto es que la obligación se difiera en el tiempo último de vida del estipulador o bien del que promete. Ciertamente resultó poco elegante que la obligación comenzara en la persona del heredero. Por el contrario no podemos hacernos estipular así: UN DÍA ANTES QUE MUERA, o bien, UN DÍA ANTES QUE MUERAS, ¿PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO? Porque no se puede entender el día antes que alguno muera, de modo diferente que cuando haya seguido la muerte; de otra parte seguida la muerte la estipulación es trasladada en pasado y en un cierto modo es así: ¿PROMETES (SPONDES) QUE SEA DADO A MI HEREDERO? La que absolutamente es inútil.

101. *Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intellegemus.*

⁴⁸ Integrado por los editores.

Todo lo que dijimos sobre la muerte, entenderemos dicho también lo mismo con respecto a la *capitis deminutio*.

102. *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, veluti si sestertia X a te dari stipuler et tu (nummum sestertium) V milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

Además la estipulación es inútil, si alguno con referencia a lo que haya sido interrogado, no haya respondido, por ejemplo; si yo me haga estipular que sean dados por parte tuya diez sestercios y tú prometes cinco mil sestercios, o bien si yo me hago estipular sin condición, tú prometes bajo condición.

103. *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. Sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.*

Además la estipulación es inútil, si nos hacemos estipular que se dé a él, de cuyo derecho no estamos sujeto. Por eso fue cuestionado eso, si, en caso que alguien se haga estipular que se dé a sí mismo y a él de cuyo derecho no está sujeto en cuanto valga la estipulación. Nuestros maestros piensan que valga enteramente y que se deba la totalidad al sólo que se haya hecho estipular, como si no hubiera incluso el nombre del extraño. Pero los autores de la escuela contraria creen que le sea debida la mitad mientras que por la otra parte es inútil la estipulación.

103a. *Alia causa est (si ita stipulatus sim: mihi aut Titio) DARI SPONDES? (quo casu constat mihi) solidum deberi et me solum (ex ea stipulatione agere posse, quamquam) etiam Titio (solvendo liberaris).⁴⁹*

Un caso diferente es si me haya hecho estipular en este modo: ¿A mí o a Ticio PROMETES (SPONDES) QUE SE DÉ? En este caso consta ser debi-

⁴⁹ Integrado por Krueger.

da a mí la totalidad y únicamente por mí se puede ejercitar la acción con base en esta estipulación, si bien también pagando a Ticio te liberes.

104. *(Praeterea) inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. Servus quidem et qui in mancipio est et (filia familias) et quae in manu est non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.*

Además la estipulación es inútil si me hago estipular por parte del que está sujeto a mi derecho, del mismo modo si el que se hace estipular por parte mía. Ciertamente el esclavo y quien está en mancipio y la *filia familias* y la que está *in manu*, no pueden obligarse no sólo con la persona de cuyo derecho están sujetos o sujetas, ni tampoco con ninguna otra.

105. *Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo receptum est; quia et is qui stipulatur verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet.*

Es evidente que el mudo no puede hacerse estipular ni prometer. Lo mismo todavía fue admitido en el sordo, porque el que se hace estipular debe oír las palabras del que promete, y quien promete debe oír las palabras del que se hace estipular.

106. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat.*

El loco no puede realizar ningún negocio porque no entiende lo que hace.

107. *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

El pupilo correctamente realiza todo negocio, siempre que cada vez que sea necesaria la *auctoritas* del tutor, sea usada tal; por ejemplo, si el mismo se obligue. En efecto puede obligar a otro hacia él también sin la *auctoritas* del tutor.

108. *Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt.*

El mismo derecho vale en las mujeres que están en la tutela.

109. *Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est, qui iam aliquem intellectum habet. Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in his pupillis (propter) utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.*

Pero lo que dijimos del pupilo, ciertamente es verdadero del que ya tiene algún intelecto. En efecto el infante y quien es próximo a la infancia no se distingue mucho del loco, porque los pupilos de esta edad no tienen ningún intelecto, pero con referencia a estos pupilos por causa de utilidad fue hecha una interpretación más benevola del derecho.

110. *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem stipuletur; quem vulgo adstipulatorem vocamus.*

Sin embargo podemos respecto a lo que nos hicimos estipular indicar a otro, el cual se haga estipular lo mismo, y el comúnmente lo llamamos *adstipulator*.

111. *(Et) huic proinde actio competit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere coetur.*

También a él compete la acción y a este correctamente se paga, así como a nosotros, pero cada cosa que habrá conseguido será constreñido a restituírnosla con base en el juicio de mandato.

112. *Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: DARI SPONDES?, ille sic adstipulari potest: IDEM FIDE TUA PROMITTIS? vel IDEM FIDEIUBES? vel contra.*

Sin embargo el *adstipulator* también puede usar otras palabras, que las que nosotros utilizamos; por esto, si por ejemplo yo haya estipulado así: ¿PROMETES (*SPONDES*) QUE SEA DADO? Aquel puede hacerse «adstipular» así: ¿LO MISMO CON BASE EN TU FE PROMETES? o bien ¿LO MISMO ESTABLECES EN FE? o bien contrariamente.

113. *(Item minus) adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione*

stipulari potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.

Del mismo modo puede hacerse “adstipular” menos, no puede hacerse “adstipular” más. Del mismo modo si yo me haya hecho estipular diez sestercios, aquel puede hacerse estipular cinco sestercios; pero al contrario no puede hacerse estipular más. Del mismo modo si yo me haya hecho estipular sin condición, aquel puede hacerse estipular bajo condición, pero no puede hacerse estipular al contrario. Pero no únicamente en la cantidad, sino también en el tiempo y se considera el menos y el más; ya que es más dar alguna cosa inmediatamente, es menos darla en un tiempo posterior.

114. *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus adstipulando nihil agit, (qui) ex ceteris omnibus causis stipulatione domino acquirit. Idem de eo qui in mancipio est magis placuit; nam et is servi loco est. Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. Ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filia familias et quae in manu est dicta intellegemus.*

Pero en este derecho se observan algunas reglas con base en un derecho singular. Ciertamente el heredero del *adstipulator* no tiene acción. Del mismo modo no hace nada haciéndose «adstipular» un esclavo, el cual por todas las otras causas adquiere para el dueño con base en la estipulación. Lo mismo se decidió mayormente con referencia a aquél que está *in mancipio*; en efecto, también este está en el lugar del esclavo. Pero el que está en la potestad del padre, hace algo, pero no adquiere al padre, si bien por todas las otras causas haciéndose estipular adquiriera para él; en efecto, ni tampoco al mismo compete la acción a no ser que si haya salido sin *capitis deminutio* de la potestad del padre, por ejemplo por su muerte o porque fue consagrado *flamen Dialis*. Entenderemos dichas las mismas cosas de la *filia familias* y de la que está *in manu*.

115. *Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari: quorum alios sponsos, alios fidepromissores, alios fideiussos appellamus.*

También a favor del que promete suelen ser obligados otros; de ellos algunos denominamos *sponsos*, otros *fidepromissores*, otros *fideiussos*.⁵⁰

116. *Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES? fidepromissor (ita): IDEM FIDEPROMITTIS? fideiussor ita: IDEM FIDE TUA ESSE IUBES? Videbimus de his autem, quo nomine possint proprie appellari qui ita interrogantur: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES?*

Así es interrogado el *sponsor*: ¿LO MISMO PROMETES (*SPONDES*) QUE SEA DADO?; el *fidepromissor* así es interrogado: ¿LO MISMO PROMETES (*FIDEPROMITTIS*)? El *fideiussor* así: ¿LO MISMO ESTABLECES QUE SEA CON BASE EN TU FE? Pero veremos con cual nombre puedan ser llamados propiamente los que en este modo son interrogados. ¿LO MISMO DARÁS? ¿LO MISMO PROMETES? ¿LO MISMO HARÁS?

117. *Sponsos quidem et fidepromissores et fideiussos saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit: adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. (Quia enim ut ita nobis detur)⁵¹ stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur.*

Ciertamente solemos recibir a menudo *sponsos*, *fidepromissores* y *fideiussos*, cuando hacemos de modo que nos sea garantizado más diligentemente; recurrimos a un *adstipulator* casi solamente cuando nos hacemos estipular así, que alguna cosa sea dada después de nuestra muerte. Porque en efecto no hacemos nada haciéndonos estipular que se nos dé algo así, recurrido el *adstipulator*, de modo que éste haga algo después de nuestra muerte, y el si haya conseguido

⁵⁰ Sobre tal argumento véase SACCONI, G., *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, (Milano, Giuffrè, 1973), pp. VII-204; K. Visky, *2clausole accessorie di garanzia delle obbligazioni all'epoca di Gaio*, *Accad. Romanistica Costantiniana. Atti del IV Convegno, Perugia*, (1981), pp. 473 y ss.

⁵¹ Integrado por Huschke.

do algo, está obligado a restituirlo a mi heredero con base en el juicio de mandato.

118. *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio (est), fideiussoris valde dissimilis.*

Pero la condición del *sponsor* y del *fidepromissor* es similar, muy diferente es la del *fideiussor*.

119. *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse (qui) promiserit non fuerit obligatus, veluti si (mulier) aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.*

Ya que los primeros en efecto no pueden acceder a ningunas obligaciones si no son las verbales, si bien algunas veces el mismo que haya prometido no haya sido obligado; por ejemplo, si la mujer o el pupilo haya prometido sin la *auctoritas* del tutor o bien cualquiera haya prometido que le sea dado después de su muerte. Pero es cuestionado aquello, si en caso que un esclavo o un peregrino haya realizado la *sponsio*, sea obligado un *sponsor* o un *fidepromissor* en su favor.

119a. *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. (Ac) ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.*

Pero el *fideiussor* puede agregarse a todas las obligaciones, esto es si las obligaciones fueran contraídas bien sea con base en la cosa, o bien con base en las palabras, o bien por las letras, o bien por el consentimiento. Ni tampoco interesa si se trate de una obligación civil o natural, a la cual se agrega; ciertamente hasta el punto que también a favor del esclavo es obligado, bien sea se trate de un extraño que reciba un *fideiussor* del esclavo, o bien se trate del mismo dueño en lo que le sea debido.

120. *Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius utatur. Fideiussoris autem etiam heres tenetur.*

Además el heredero del *sponsor* y del *fidepromissor* no es obligado a menos que no se trate del *fidepromissor* peregrino, y su ciudad tenga otro derecho. Pero es obligado también el heredero del *fideiussor*.

121. *Item sponsor et fidepromissor (lege Furia) biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli (in) viriles partes (obligantur). Fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed nunc ex epistula divi Hadriani (compellitur) creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere. Eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc onus ad (ceteros non pertinet; sed ex fideiussoribus etsi unus tantum solvendo sit, ad hunc onus)⁵² ceterorum quoque pertinet.*

Del mismo modo el *sponsor* y el *fidepromissor* son liberados en dos años con base en la ley Furia y cuantos serán incluidos en su número al tiempo en que se puede pedir el dinero, en tantas partes se divide la obligación. Cada uno está obligado en partes viriles. Pero los *fideiussores* son obligados perpetuamente, y cuantos serán incluidos en su número, son obligados cada uno en la totalidad. Por esto el acreedor es libre de pedir a quien quiera la totalidad, pero actualmente por una epistola del divino Adriano el acreedor es obligado a pedir a cada uno su parte con tal que sean solventes. Entonces se aleja esta epístola a la ley Furia, en esto, que si alguien entre los *sponsors* o *fidepromissores* no sea solvente, este peso no pertenece a los demás, pero con referencia a los *fideiussores* también si uno solo sea solvente, a éste pertenece también el peso de los otros.

121a. *Sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, evenit ut in ceteris provinciis sponsors quoque et fidepromissores proinde ac fideiussores (in) perpetuo teneantur et singuli in solidum obligentur, nisi ex epistula divi Hadriani hi quoque adiuventur in parte.*

⁵² Integrado por Mommsen.

Pero como la ley Furia tiene lugar únicamente en Italia, sucede que en las demás provincias también los *sponsors* y los *fidepromissores* así como los *fideiussores* sean obligados en perpetuo y cada uno es obligado en la totalidad, a no ser que con base en la epístola del divino Adriano también estos sean ayudados parcialmente.

122. *Praeterea inter sponsors et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo, quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. Unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit. Et utique extra Italiam superest: nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in ceteris provinciis. Sed an etiam (in Italia) beneficium legis Apuleiae supersit, valde quaeritur. Ad (fideiussores autem) lex Apuleia non pertinet. Itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, scilicet si is, pro quo fideiussit, solvendo non sit. Sed (ut ex) supra dictis apparet, is a quo creditor totum petit poterit ex epistula divi Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

Además entre los *sponsors* y *fidepromissores* la ley Apuleia introdujo una especie de sociedad, ya que si alguien de estos haya pagado más de su porción, de lo que haya dado de más, estableció una acción en contra de los otros. Esta ley fue aprobada antes de la ley Furia en un tiempo en que eran obligados en la totalidad. Por eso se cuestiona si sobrevive todavía el beneficio de la ley Apuleia después de la ley Furia. Y ciertamente sobrevive fuera de Italia, ya que ciertamente la ley Furia vale únicamente en Italia, mientras que la Apuleia vale en las demás provincias. Pero es cuestionado en gran medida si también en Italia sobreviva el beneficio de la ley Apuleia. Pero la ley Apuleia no corresponde a los *fideiussores*. En este modo si el acreedor haya conseguido de uno la totalidad, de éste sólo será la pérdida, siempre que si él, a favor del que realizó la *fideiussio*, no sea solvente. Pero como aparece con base en lo dicho arriba, él, al cual el acreedor pide la totalidad, con base en la epístola del divino Adriano podrá conseguir que sea dada la acción en contra de él en relación con su parte.

123. *Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is, qui sponsors aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re*

satis accipiat et quot sponsors aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit; et nisi praedixerit, (permittitur) sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit praedictum non esse, liberantur. Qua lege fideiussorum mentio nulla fit. Sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere.

Además con base en la ley Cicereya se estableció que el que reciba *sponsors* o *fidepromissores*, lo diga claramente y lo manifieste, y diga por qué cosa se reciba la garantía, y cuántos *sponsors* o *fidepromissores* aceptará en aquella obligación; y si no lo haya dicho previamente, es permitido a los *sponsors* y *fidepromissores* pedir dentro de treinta días un *praeiudicium*, por el cual se busque si se haya dicho previamente con base en esta ley; y si se haya juzgado que no se había dicho previamente son liberados. En esta ley no se hace ninguna mención de los *fideiussores*. Pero está en uso que se diga previamente también si recibamos *fideiussores*.

124. *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia. Et quamvis sponsors vel fidepromissores in (ampliorem) pecuniam, veluti si sestertium C milia (se obligaverint, tamen dumtaxat in XX tenentur).⁵³ Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est (quae) sine ulla condicione deducitur in obligationem. Itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur: itaque (et) si vinum vel frumentum et si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est.*

Pero el beneficio de la ley Cornelia es común a todos. Con base en esta ley es prohibido que uno mismo, por lo mismo, a favor de lo mismo, en el mismo año, sea obligado en una suma de dinero dado en crédito mayor que veinte mil. Y también si los *sponsors* o *fidepromissores* se hayan obligado en mayor cantidad, por ejemplo, si

⁵³ Integrado por Huschke.

se hayan obligado en cien mil sestercios, sin embargo solamente son obligados en veinte mil. Pero llamamos crédito en dinero no únicamente el que damos por causa de crédito, sino todo aquello que, cuando fue contraída la obligación, es cierto que será debido; esto es, que sin ninguna condición forma objeto en la obligación. Por esto también este dinero que nos hacemos estipular que sea dado en un día cierto, está en el mismo número, porque es cierto que esto será debido, si bien sea pedido después del término. Pero con el nombre de *pecunia* son comprendidas en esta ley todas las cosas, por esto también si nos hacemos estipular vino, grano, un fundo o un esclavo, esta ley debe ser observada.

125. *Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infini, tum satis accipere, veluti si dotis nomine, vel eius quod ex testamento tibi debeatur, aut iussu iudicis satis accipiatur. Et adhuc lege vicesima hereditatum cavetur, ut ad eas satisfactiones, quae ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat.*

Sin embargo, por algunas causas esta ley permite garantizar sin límites, por ejemplo, si te sea debido algo en termino de dote o con base en un testamento, o bien se dé garantía por orden de un juez. Y además con base en la ley sobre el impuesto de sucesión del cinco por ciento se establece que la ley Cornelia no se refiere a las garantías que son previstas por esta ley.

126. *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fidepromissorum fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam (debet) is, pro quo (obligantur). At ex diverso ut minus debeant obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali (reo).*

También en este derecho es igual la condición de todos los *sponsores, fidepromissores, fideiussores*, que no se pueden obligar así, que deban más de lo que él, a favor del cual son obligados. Pero por el contrario pueden ser obligados en modo que deban menos, así como dijimos en la persona del *adstipulator*. Ya que como la obligación del *adstipulator*, así también la obligación de estos es una obligación accesoria de la obligación principal, y no puede ser mayor la accesoria que la del deudor principal.

127. *In eo quoque par omnium causa (est), quod, si (quid pro reo solverint), eius recipiendi causa (habent) cum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.*

También en esto la posición de todos es igual, que si hayan pagado algo a favor del deudor, tienen en contra de él el juicio de mandato con la finalidad de recuperarlo. Y más ampliamente los *sponsores* con base en la ley Publilia, tienen una propia acción en el doble que es llamada *depensi*.

128. *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit (autem) nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.*

La obligación *litteris* se hace por ejemplo en los créditos transcritos (*in nominibus transcripticiis*). Pero se hace un crédito transcrito (*nomen transcripticium*) en dos modos, de cosa en persona o de persona en persona.

129. *(A re in personam) transcriptio fit, veluti si id, quod (tu) ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tuleri.*

De cosa en persona se hace la transcripción por ejemplo; si lo que tú por causa de compra, arrendamiento o sociedad me debes, lo habré registrado como pagado por ti.

130. *A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tuleri, id est si Titius te delegaverit mihi.*

La transcripción se hace de persona en persona por ejemplo; si lo que Ticio me debe, lo habré registrado como pagado por ti, esto es, si Ticio te habrá delegado a mí.

131. *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. In his enim (rei), non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia: numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.*

Otra situación es de aquellos créditos que son llamados de caja, ya que en estos la obligación consiste en una obligación con base en la

cosa y no con base en las letras, desde el momento que no valen de otro modo que si el dinero haya sido pagado en contado; en efecto, el pago en contado del dinero hace la obligación de una cosa. Por esta causa diremos correctamente que los créditos de caja no hacen ninguna obligación, pero se presentan testigos de la obligación hecha.

132. *Unde (non) proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, (sed numeratione) pecuniae obligantur: quod genus obligationis iuris gentium est.*

Por eso no se dice propiamente que los peregrinos son obligados también de los créditos de caja, porque no son obligados por ese crédito, sino con el pago en contado del dinero, y este género de obligación es del *ius gentium*.

133. *Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo iuris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari.*

Pero con razón es cuestionado si los peregrinos son obligados con los créditos transcritos (*nominibus transcripticis*), porque en un cierto modo tal obligación es propia del *ius civile*, lo que decidió Nerva. Pero pareció a Sabino y Casio que si se hace un crédito transcrito (*nomen transcripticium*) de cosa en persona, también son obligados los peregrinos, pero si de persona en persona no son obligados.

134. *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

Además la obligación resulta que sea hecha por letras (*litteris*) con los *chirographa* y *syngrapha*; esto es, si alguien escriba que él deba o deberá; evidentemente, es así si a tal título no se haga una estipulación, y este género de obligación es propio de los peregrinos.⁵⁴

⁵⁴ Sobre tal argumento véase GROSSO, G., "Syngraphae, stipulatio e ius gentium", *Labeo*, vol. 17 (1971), pp. 7 y ss.

135. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*

Las obligaciones con base en el consentimiento se hacen en las compraventas, arrendamientos, sociedades, mandatos.

136. *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

Además por este motivo decimos que las obligaciones se contraen con el consentimiento, porque no es requerida ninguna característica especial de palabras ni escritura, sino que es suficiente que los que realizan el negocio consientan. Por eso también entre ausentes tales negocios son contraídos, por ejemplo, por carta o por mensajero, mientras que la obligación con base en las palabras no puede ser hecha entre ausentes.

137. *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.*

Del mismo modo en estos contratos uno es obligado con el otro de lo que uno hacia el otro debe cumplir con base en lo bueno y equitativo; mientras que en las obligaciones con base en las palabras uno se hace estipular, otro promete, y en las escritas uno obliga escribiendo el pago, el otro se obliga.

138. *Sed absenti expensum ferri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non possit.*

Pero puede ser escrito el pago para un ausente, aunque la obligación con base en las palabras no se pueda contraer con un ausente.

139. *Emptio (et venditio contrahitur,) cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.*

Es contraída una compraventa cuando se haya acordado sobre un precio, si bien el precio todavía no haya sido pagado, ni tampoco una *arrha* (enganche) haya sido dada; ciertamente lo que es dado en término de *arrha*, es una prueba de una compraventa ya contraída.⁵⁵

140. *Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem (esse putavit): cuius opinionem Proculus secutus est.*

Además el precio debe ser cierto. En verdad si diferentemente entre nosotros se haya convenido en este modo, que a cuanto Ticio haya valuado la cosa, en tal valor sea comprada. Labeón negó que alguna fuerza tenga este negocio, cuya opinión aprueba Casio. Y Ofilio pensó que esta es una compraventa, cuya opinión fue seguida por Próculo.⁵⁶

141. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet: nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei (pretium esse possit), valde quaeritur. Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium. Unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait:*

Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin (non posse) rem expediri permutatis rebus, quae videtur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et

⁵⁵ Sobre la compraventa véase ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano* (Jovene, Napoli, 1952-1953) vol. 1 y 2. Con referencia al *arrha* véase TALAMANCA, M., *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano* (Giuffrè, Milano, 1953), pp. 1-100.

⁵⁶ Con referencia al precio ver nuestra investigación: GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, "La transmisión de la propiedad en la compraventa. Un estudio de la edad arcaica romana al derecho preimeriano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 23 (1999), pp. 175 y ss.

utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

Del mismo modo el precio debe consistir en dinero, y ciertamente se cuestiona mucho si puede consistir el precio en otras cosas, por ejemplo puede un esclavo, toga, o bien un fundo ser el precio de otra cosa. Nuestros maestros piensan que también en otra cosa puede consistir el precio. Por eso es lo que comúnmente piensan que por la permuta de las cosas se contrae una compraventa, y esta especie de compraventa es antiquísima; y utilizan como prueba al poeta griego Homero, el cual dice así en una parte:

Los Aqueos de largos cabellos compraban el vino, algunos con el cobre, otros con brillante hierro, otros con pieles bovinas, otros con los mismos bueyes, otros con esclavos, y sigue. Los autores de la escuela contraria piensan diferente, consideran que una cosa es la permuta de las cosas, otra la compraventa; de otra parte en la permuta de las cosas no pueda explicarse, que cosa resulta ser vendida y que cosa es dada en término de precio, pero que resulta absurdo que ambas cosas sean vendidas y ambas sean dadas en término de precio. Pero dice Celio Sabino que si haya aceptado de ti una cosa que tenías para venderla, por ejemplo, un fundo y te haya dado en término de precio, por ejemplo, un esclavo, ciertamente se considera que el fundo fue vendido y el esclavo fue dado en término de precio para que se recibiera el fundo.

142. *Locatio autem et conductio similibus regulis (constituitur); nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.*

Además el arrendamiento es constituido con reglas similares; ya que si no haya sido establecida la renta cierta, no resulta ser contraído un arrendamiento.⁵⁷

⁵⁷ Sobre la *locatio-conductio* véase Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen roemischen Recht* (Herold, Wien-Muenchen, 1956), pp. 1-240; AMIRANTE, L., "Ricerche in tema di locazione", *BIDR*, vol. 62 (1959), pp. 9 y ss.

143. *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, veluti quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Por eso es cuestionado si sea contraído un arrendamiento en caso que haya sido permitido que la renta se haya estimado por un arbitrio ajeno, por ejemplo, a cuanto Ticio haya estimado. En esta situación si yo haya dado vestidos al lavandero para lavarlos o limpiarlos, al sastre para coserlos, sin que haya sido establecido inmediatamente el precio, sino que después les daré cuanto se haya convenido entre nosotros, es cuestionado si sea contraído un arrendamiento.

144. *(Item) si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Del mismo modo es cuestionado si sea contraído un arrendamiento en el caso que te haya dado una cosa para usarla y viceversa si haya recibido otra cosa para usarla.

145. *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu (id) vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse.*

Ciertamente a tal punto se consideran tener alguna familiaridad entre sí la compraventa y el arrendamiento que en algunos casos suele cuestionarse si sea contraída una compraventa o un arrendamiento; por ejemplo, si alguna cosa haya sido arrendada en perpetuo, lo que sucede en los predios de los municipios que son arrendados por aquel acuerdo, que por todo el tiempo que sea dado un vectigal, no sea quitado el predio ni al mismo arrendatario ni a su heredero. Pero se decidió por la mayoría que sea arrendamiento.

146. *Item (quaeritur) si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur,*

in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.

Del mismo modo, si te haya entregado unos gladiadores con base en este acuerdo, que para cada uno que haya salido intacto en proporción de su esfuerzo se me den veinte dinarios, mientras que para cada uno que haya sido matado o herido mil dinarios, se cuestiona si sea contraída una compraventa o un arrendamiento. Y se decidió por la mayoría que se considere contraído un arrendamiento de los que hayan salido intactos, mientras que hubo compraventa de los que fueron matados o heridos; y lo que aparece con base en lo que puede suceder es que la venta o el arrendamiento de cada uno fueron hechos como bajo condición. Ya que ahora no se duda que las cosas puedan ser vendidas o arrendadas bajo condición.

147. *Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret, et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.*

Del mismo modo se cuestiona, si cuando me haya acordado con un joyero que este me hiciese con base en su oro anillos de cierto peso y cierta forma, y recibiese por ejemplo doscientos dinarios, sea contraída una compraventa o un arrendamiento. Dice Casio que ciertamente es contraída una compraventa de la materia, mientras que de las obras un arrendamiento. Pero la mayor parte decidió que es contraída una compraventa; por el contrario, si le habré dado mi oro establecido un precio en cambio de la obra, se conviene que es contraído un arrendamiento.

148. *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum.*

Solemos formar una sociedad o bien de todos los bienes o bien de una sola actividad como la de comprar y vender esclavos.⁵⁸

149. *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur minorem damni praestet. Quod Q. Mucius (contra naturam societatis esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius⁵⁹) etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

Pero hubo una gran cuestión, si se pueda formar una sociedad así, que alguien obtenga una mayor parte de lucro sufriendo un menor daño, lo que Q. Mucio consideró que es contra la naturaleza de la sociedad, pero Servio Sulpicio, cuya opinión también prevaleció, a tal punto consideró que podía ser formada una sociedad en este modo, que dijo que podía formarse también en aquel modo, que alguien no sufra ningún daño, pero reciba parte del lucro, con tal que su obra se considere tan preciosa, que sea equitativo que él sea admitido con tal acuerdo en la sociedad. Ciertamente consta que pueda ser formada una sociedad también así, que uno aporte dinero, otro no lo aporte, y sin embargo el lucro sea común entre ellos, ya que frecuentemente la obra de alguno vale como dinero.

150. *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum (et) incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint,*

⁵⁸ Sobre el contrato de sociedad véase ARANGIO-RUIZ, V. *La società in diritto romano* (Jovene, Napoli, 1950) pp. 1-203; BIANCHINI, M., *Studi sulla società* (Giuffrè, Milano, 1967), pp. 1-126; BONA, F., *Studi sulla società consensuale in diritto romano* (Giuffrè, Milano, 1973), pp. VIII-150; HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica* (Dykinson, Madrid, 1992), pp. 1-393.

⁵⁹ Integrado por Goeschen con base en Inst. Justiniano 3.25.2.

velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.

Y es cierto eso que, si entre ellos no se haya convenido nada de las partes de los lucros y de los daños, sin embargo en partes iguales será común entre ellos el beneficio y la pérdida. Pero si hayan sido expresadas las partes en un aspecto, por ejemplo en el lucro, pero en el otro aspecto omitidos, también en lo que fue omitido, serán las partes iguales.

151. *Manet autem societas eo usque, donec in eodem (consensu) perseverant. At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. Sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucrifecerit quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

Además permanece la sociedad por todo el tiempo que hayan perseverado en el mismo consentimiento. Pero cuando alguno haya renunciado a la sociedad, la sociedad es disuelta. Pero ciertamente si alguien haya renunciado a la sociedad por eso, que llegando un lucro él únicamente lo obtenga, por ejemplo, si mi socio de todos los bienes, habiendo sido nombrado heredero por alguno, haya renunciado a la sociedad por eso que, únicamente él se beneficie de la herencia, será constreñido a meter en común este lucro; pero si él se haya beneficiado de otro lucro que no haya obtenido con engaño, pertenece únicamente a este. Pero todo lo que sea adquirido por mí después de haber renunciado a la sociedad, es concedido a mí solo.

152. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit.*

Además también es disuelta la sociedad con la muerte del socio, porque el que contrae una sociedad elige una cierta persona para él.

153. *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

También se dice que por la *capitis deminutio* se disuelve la sociedad, porque con base en una razón civil la *capitis deminutio* es igual a la muerte; pero ciertamente si todavía consientan en la sociedad, resulta iniciar una nueva sociedad.

154. *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. Sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

Del mismo modo la sociedad es disuelta si se hayan vendido todos los bienes de forma pública o privada de uno de los socios. Pero ciertamente esta sociedad, de la que hablamos, esto es, la que es contraída por el simple consentimiento, es del *ius gentium*, por lo tanto existe entre todos los hombres con base en la razón natural.

154a. *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur (ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum) enim (dominium est, unde) erus dominus dicitur: ciere (autem) dividere est, unde caedere et secare et dividere dicimus.*

Además existe otro género de sociedad propio de los ciudadanos romanos. Ya que en un tiempo con la muerte del *pater familias* entre los *sui heredes* existía una cierta sociedad al mismo tiempo legítima y natural, que era llamada *ercto non cito*; esto es, de dominio no dividido, ya que *erctum* es dominio, de donde el dueño es llamado *erus*, además *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* (cortar), *secare* (romper) y *dividere* (dividir).⁶⁰

154b. *Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum suorum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium (erat), quod vel unus ex sociis*

⁶⁰ Sobre el *consortium ercto non cito* véase TORRENT, A., "Consortium ercto non cito", *AHDE*, vol. 34 (1964), pp. 479 y ss; TONDO, S., "Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica", *SDHI*, vol. 60 (1994), pp. 601 y ss.

communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus (rem) communem mancipando (eius faciebat, qui mancipio accipiebat...

También otras personas que querían tener una misma sociedad, podían conseguir esto frente al pretor con cierta *legis actio*. Además en esta sociedad de hermanos suyos o de todos los otros, que se hayan unido a ejemplo de la sociedad de hermanos suyos, era peculiar aquello, que también uno solo de los socios manumitiendo un esclavo común lo hacía libre y lo adquiría como liberto para todos, del mismo modo uno solo mancipando la cosa común la hacía de propiedad del que la recibía en mancipio...

155. *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

El mandato existe, bien sea que mandemos por interés nuestro o bien ajeno; por lo tanto, si te haya dado mandato que realices mis negocios o bien los de otro, es contraída una obligación de mandato, y recíprocamente uno frente a otro seremos obligados en lo que yo a ti o tu a mí debe darse con base en la buena fe.⁶¹

156. *Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia factururus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis (eam) ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, (ut) rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. (Sed) Servius negavit, (nec) magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui*

⁶¹ Con referencia al mandato véase ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno 1948-1949* (Jovene, Napoli, 1949), pp. 1-210; WATSON, A., *Contract of Mandate in Roman Law* (Clarendon Press, Oxford, 1961), pp. III-223; GUARINO, A., *Mandatum credendi* (Jovene, Napoli, 1982), pp. 1-154.

mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. (Sed) sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

En efecto, si te da un mandato en tu interés, el mandato es inútil, ya que lo que harás en tu interés debes hacerlo por tu decisión, no por mi mandato. Y en este modo si te haya dado el consejo que el dinero que tú tenías improductivo en casa lo prestaras a interés aunque lo hayas dado en mutuo a uno del que no hayas podido recuperarlo, sin embargo no tendrás acción de mandato en contra de mí. Del mismo modo si te haya aconsejado, que tú compraras alguna cosa, si bien no haya sido útil para ti haberla comprado, sin embargo no seré obligado hacia ti con la acción de mandato. Y a tal punto así son estas cosas, que se cuestiona si es obligado con la acción de mandato, el que te dio el mandato para que a Ticio prestaras dinero a interés. Pero Servio negó, y consideró que en este caso no resulta una obligación a no ser que se dé un mandato general a alguien, para que prestara su dinero a interés. Pero nosotros seguimos la opinión contraria de Sabino, porque no hubieras dado en crédito a Ticio si yo no te hubiera dado mandato.

157. *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem; veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*

Aquello consta que si alguien hubiera dado mandato de una cosa que es contraria a las buenas costumbres, no se contrae una obligación; por ejemplo, si te dé mandato para que hagas a Ticio un hurto o una injuria.

158. *Item si (quid) post mortem meam faciendum (mihi mandetur), inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

También si algo se me dé en mandato para que lo haga después de mi muerte, es inútil el mandato, porque generalmente se decidió que no puede comenzar una obligación por la persona del heredero.

159. *Sed recte quoque contractum mandatum si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

Pero el mandato contraído también correctamente, si haya sido revocado mientras que el encargo no se haya empezado todavía se desvanece.

160. *Item, si adhuc integro mandato mors alterutrius (alicuius) interveniat, id est vel eius qui mandarit vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, (ut) si mortuo eo qui mihi mandaverit ignorans eum decessisse executus fuero mandatum, posse me agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi (non) adferet. Et huic simile est quod plerisque placuit, si debitor meus manumissa dispensatori meo per ignorantiam solverit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii solvisset quam cui solvere deberet.*

Del mismo modo si con el mandato no iniciado todavía intervenga la muerte de uno de los dos, esto es del que haya dado el mandato o bien del que haya recibido el mandato, se disuelve el mandato. Pero por causa de utilidad fue admitido, que si con la muerte del que me haya dado el mandato, ignorando su muerte yo lo haya realizado, puedo ejercitar la acción de mandato; en caso contrario una ignorancia justa y real me ocasionaría un daño. Y esta situación es semejante a lo que se decidió por muchos, que si mi deudor haya pagado por ignorancia a mi administrador manumitido, este, es liberado (de su obligación) aunque con base en una razón de derecho estricto no pueda este ser liberado, porque pagó a otro al que no debía pagar.

161. *Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implese eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur.*

Además cuando él, al que correctamente yo haya dado mandato, haya excedido el mandato, ciertamente yo, tengo la acción de man-

dato en contra de él, en el límite de mi interés a que se cumpliera este mandato, con tal que se pudiera cumplir; pero aquél no puede ejercitar en contra de mí la acción. Y en este modo si yo te haya dado un mandato para que por ejemplo me compraras un fundo en cien sestercios, y tú me lo hayas comprado en ciento cincuenta, no tendrás en contra de mí la acción de mandato, si bien quieres darme el fundo al precio por el cual te había dado mandato de comprarlo; y esto sobre todo lo decidieron Sabino y Casio. Pero si habrás comprado en un menor precio, sin duda tendrás en contra de mí la acción, porque el que da mandato para que se fuese comprado en cien mil, ciertamente se entiende que dé mandato para que se comprara si se pudiera en menos.

162. *In summa sciendum (est, quotiens faciendum) aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem; veluti si fulloni polienda curandave vestimenta (dederim) aut sarcinatori sarcienda.*

En total debe ser conocido que todas las veces que haya dado algo para hacerse gratis, y a tal título. Si hubiera establecido un precio, se realizaría un contrato de arrendamiento; existe la acción de mandato por ejemplo, si haya dado al lavadero vestidos para lavarse o limpiarse o bien al sastre para que los remiende.

163. *Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas quae in nostra potestate manu mancipiove sunt.*

Presentados los géneros de obligaciones que nacen por el contrato debemos recordar que se adquiere a nosotros, no sólo por nosotros mismos, sino también por aquellas personas que están en nuestra potestad, *manus* o *mancipio*.

164. *Per liberos quoque homines et alienos servos quos bona fide possidemus adquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est si quid ex operis suis vel ex re nostra adquirant.*

También es adquirido a nosotros por los hombres libres y los esclavos ajenos que poseemos en buena fe, pero únicamente en dos casos, esto es si adquirieran algo por sus obras o con base en nuestro patrimonio.

165. *Per eum quoque servum, in quo usum fructum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur.*

También por aquel esclavo en el que tenemos un usufructo, al mismo modo es adquirido por nosotros con base en estas dos causas.

166. *Sed qui nudum ius Quiritium in servo habet, licet dominus sit, minus tamen iuris in ea re habere intellegitur quam usufructuarius et bonae fidei possessor. Nam placet ex nulla causa (alia) ei adquiri posse; adeo ut, etsi nominatim ei dari stipulatus fuerit servus mancipiove nomine eius acceperit, quidam existiment nihil ei adquiri.*

Pero el que tiene la nuda propiedad con base en el *ius Quiritium* en el esclavo, aunque sea dueño, sin embargo se considera que tenga en esta situación un derecho menor que el usufructuario y el poseedor de buena fe. Ciertamente se decide que por ninguna otra causa puede ser adquirido a él; a tal punto que, aunque el esclavo se haya hecho estipular que se diera nominativamente a su dueño o bien haya recibido a su nombre, algunos considerarán que nada es adquirido a él.

167. *Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est; excepto eo quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli acquirit, veluti cum ita stipuletur: TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES? aut cum ita mancipio accipiat: HANC REM EX IURE QUIRITUM L. TITII DOMINI MEI ESSE AIO EAQUE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA.*

Es cierto que el esclavo común adquiere en proporción a la cuota de propiedad para los dueños, a excepción de cuando haciéndose estipular o recibiendo en *mancipio* para uno sólo, a este sólo adquiere, por ejemplo, cuando se haga estipular en este modo: ¿PROMETES (*SPONDES*) QUE SEA DADO A MI DUEÑO TICIO? o bien cuando reciba así en *mancipio*: DIGO QUE ESTA COSA POR EL DERECHO DE LOS QUIRITES ES DE MI DUEÑO L. TICIO Y ESTA SERÁ COMPRADA PARA EL CON BASE EN ESTE BRONCE Y CON LA BALANZA DE BRONCE.

167a. *Illud quaeritur, an quod domini nomen adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. Nostri praeceptores proinde ei qui iusserit soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus mancipiove quid accepisset. Diversae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum intervenisset.*

Aquello es cuestionado; si lo que produce el nombre añadido del dueño, lo mismo lo haga la orden proveniente de uno solo de los dueños. Nuestros maestros consideran que se adquiere solamente a él que ha dado la orden del mismo modo que si el esclavo se hubiera hecho estipular o bien hubiera recibido algo en mancipio nombrando él solo. Los autores de la escuela contraria piensan que se adquiriera a los dos (dueños) del mismo modo que si no hubiera intervenido ninguna orden.

168. *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.*

Además es extinguida la obligación principalmente con el pago de lo que sea debido. Por eso es cuestionado, si en caso que alguien con conocimiento del acreedor haya pagado otra cosa en lugar de la cosa debida, sea liberado *ipso iure*, lo que por nuestros maestros fue decidido, o bien permanezca *ipso iure* obligado, pero contra el que ejercita la acción deba defenderse con la excepción de dolo malo, lo que pareció a los autores de la escuela contraria.⁶²

169. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et tu respondeas: HABEO.*

Del mismo modo por *acceptilatio* es extinguida la obligación. Además la *acceptilatio* es como un pago imaginario, ya que si lo que yo te deba con base en una obligación verbal si tú quieras cancelármelo, se podrá hacer en este modo, que me permitas decir con estas

⁶² Sobre el presente argumento véase MELILLO, G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto* (Jovene, Napoli, 1970), pp. XVI-169.

palabras: ¿LO QUE YO TE PROMETÍ, TIENES POR RECIBIDO? Y tú respondas: LO TENGO.⁶³

170. *Quo genere, ut diximus, tolluntur (illae) obligationes, quae in (verbis consistunt), non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per (acceptilationem dissolvi).*

Por este género, que dijimos, son extinguidas aquellas obligaciones que consisten en palabras, pero no las otras, ya que como resultó adecuado que hecha con palabras, pueda extinguirse con otras palabras. Pero lo que sea debido por otra causa, puede ser transferido en una estipulación y ser extinguido por *acceptilatio*.

171. *Quamvis (autem fiat acceptilatio) imaginaria solutione, tamen mulier sine (tutore auctore) acceptilationem facere non potest, cum alioquin solvi ei sine tutore auctore possit.*

Pero si bien la *acceptilatio* consista en un pago imaginario, sin embargo la mujer no puede hacer una *acceptilatio* sin la *auctoritas* del tutor, mientras que se puede pagar a ella sin la *auctoritas* del tutor.

172. *Item quod debetur pro parte recte solvitur; an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum (est).*

Del mismo modo lo que es debido en parte es pagado correctamente, pero ha sido cuestionado si pueda ser hecha una *acceptilatio* en parte.

173. *Est et alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.*

También existe otra especie de pago imaginario por el bronce y la balanza. Y también este mismo género fue admitido en ciertos casos,

⁶³ Sobre la *acceptilatio* véase SOLAZZI, S., "Appunti sull'acceptilatio nelle Istituzioni di Gaio", *Labeo*, vol. 3 (1957), pp. 72 y ss; WATSON, A., "The form and Nature of *acceptilatio* in Classical Roman Law", *RIDA*, vol. 8 (1961), pp. 391 y ss; H. Ankum, "La forma dell'acceptilatio nella realtà giuridica di Roma nel periodo classico", *RIDA*, vol. 45 (1998), pp. 267 y ss.

por ejemplo, si algo es debido a título de lo que haya sido hecho por el bronce y la balanza, o bien algo sea debido por causa de una cosa juzgada.⁶⁴

174. *Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS SESTERTIORUM CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO (SECUNDUM) LEGEM PUBLICAM. Deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa.*

Son usados no menos que cinco testigos y un *libripens*. En seguida el que es liberado, así debe decir: PORQUE YO FUI CONDENADO HACIA TI A LA CANTIDAD DE VARIOS MILES DE SESTERCIOS, PAGO Y ME LIBERO DE TI A TAL TÍTULO POR ESTE BRONCE Y ESTA BALANZA DE BRONCE. PESO Y PAGO ESTA PRIMERA Y ÚLTIMA LIBRA A TI SEGÚN LA LEY PÚBLICA. En seguida con el bronce toca la balanza y lo da al que por el cual es liberado, por ejemplo por causa de pago.

175. *Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictus est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres (testamento) se dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet et ita, si certum sit. Quidam et de eo quod mensura constat idem existimant.*

Similarmente del mismo modo el legatario libera al heredero del legado que fue dejado *per damnationem*, con tal que, como es evidente, como el juzgado declara que fue condenado, del mismo modo el heredero dice que fue obligado a dar por el testamento; sin embargo, el heredero únicamente puede ser liberado en este modo, de lo que consista en el peso y el número. Y así si sea una cantidad cierta. Lo mismo algunos consideran también de lo que consiste en medida.

176. *Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae*

⁶⁴ Sobre tal argumento véase BOEHM, R. G., "Zur imaginaeren Zahlung *per aes et libram*. *Gai. Inst.* 3.173-174", *SDHI*, vol. 43 (1977), pp. 435 y ss.

nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc (prior) proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.

Además con la novación se extingue la obligación, por ejemplo, si lo que tú me debas, yo me haya hecho estipular que sea dado por Ticio. En efecto con la intervención de la nueva persona nace una obligación nueva y la primera es extinguida transfiriéndose en la posterior, hasta el punto que a veces, si bien la estipulación posterior sea inútil, sin embargo la primera es extinguida con base en el derecho de novación; por ejemplo, si lo que me debes, me habré hecho estipular por Ticio después de su muerte o bien por una mujer o un pupilo sin la *auctoritas* del tutor. En este caso pierdo la cosa; en efecto, el primer deudor es liberado y la obligación posterior es nula. No vale el mismo derecho, si me habré hecho estipular por un esclavo, en efecto, entonces el primero obligado todavía es vinculado, como si no me hubiera hecho estipular por nadie posteriormente.⁶⁵

177. *Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel (dies aut sponsor) adiciatur aut detrahatur.*

Pero si sea la misma persona, por la que me hago estipular posteriormente, se hace la novación sólo en este modo, si exista algo nuevo en la posterior estipulación, como en el caso que sea incorporada o eliminada una condición o un plazo o bien un fiador (*sponsor*).

178. *Sed (quod) de sponsore diximus non constat; nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detraktionem.*

⁶⁵ BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano*, (Jovene, Napoli, 1959) pp. VIII-199; PAOLA, S. Di, "Considerazioni su *Gai* 3.176. Novazione mediante *stipulatio post mortem*", *Studi Biondi* (Giuffrè, Milano, 1965), vol. 1, pp. 395 y ss.

Pero no resulta aceptado por todos lo que dijimos del fiador (*sponsor*); en efecto, se decidió por los autores de la escuela contraria que nada sirve a la novación la incorporación o la eliminación del fiador (*sponsor*).

179. *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi (oportet), ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoverti, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse (et) eo modo rem perire. Qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset. (Sed) in utroque casu alio iure utimur: nec magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, SPONDES verbo stipulatus sim.*

Pero lo que dijimos, que si la condición sea incorporada se hace una novación, debe ser entendido en este modo, que digamos que la novación es hecha así, si la condición se haya verificado, diferente-mente si no se haya cumplido, permanece la primera obligación. Pero veamos, si el que ejercita una acción a tal título, pueda ser rechazado con la excepción de dolo malo o de pacto convenido, porque resulta que entre aquellos se ha hecho, de modo que esta cosa fuese pedida así, si se haya verificado la condición de la estipulación posterior. Sin embargo, Servio Sulpicio consideró que se hace la novación inmediatamente y aun si se encuentra pendiente la condición, y si la condición no se haya cumplido no se puede ejercitar la acción ni por una ni por otra causa y en este modo la cosa perece. De consecuencia, este jurista también respondió eso que, si alguien se haya hecho estipular por un esclavo lo que le debiera L. Ticio, se hace una novación y la cosa perece porque no puede ser ejercitada la acción contra el esclavo. Pero en ambos casos usamos otro derecho; en estos casos no se hace más novación, más que si lo que tú me debas, me lo haya hecho estipular con el término SPONDES (PROMETES) por un peregrino con el que no exista la comunión de la *sponsio*.

180. *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc (est) quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.*

Además la obligación es extinguida por la *litis contestatio*, con tal que se haya ejercitado la acción en un juicio legítimo. En efecto, en este caso la obligación principal ciertamente se extingue, pero comienza el demandado en juicio a ser obligado por la *litis contestatio*; pero si haya sido condenado, extinguidos los efectos de la *litis contestatio* comienza a ser obligado por causa de la cosa juzgada. Y esto es lo que fue escrito en los antiguos, que antes de la *litis contestatio* el deudor debe dar, después de la *litis contestatio* debe ser condenado, después de la condena debe cumplir la cosa juzgada.⁶⁶

181. *Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim: tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoverti. Quae autem legitima iudicia (sint) et quae imperio (contineantur), sequenti commentario referemus.*

Por eso sucede que si con base en un juicio legítimo habré demandado una deuda, después no podré ejercitar *ipso iure* la acción sobre la misma, porque mi *intentio* de que ALGO A MÍ DEBA SER DADO, sería inútil porque con la *litis contestatio* deja de deber ser dado. Y es en modo diferente si haya ejercitado una acción en un juicio *imperio*

⁶⁶ Sobre la *litis contestatio* véase G. Jahr, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegruendung im Legisaktionen- und Formularverfahren* (Boehlau, Koeln-Graz, 1960), pp. X-248; BELLOCCI, N., *La genesi della litis contestatio nel procedimento formulare* (Jovene, Napoli, 1965), pp. 1-184; C., GIOFFREDI, "Riflessioni su Gai 3.180-181", *SDHI*, vol. 48 (1982), pp. 471 y ss; SACCONI, G., *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare* (Jovene, Napoli, 1982), pp. VIII-127.

continens, ya que entonces nada menos la obligación permanece, y por este motivo puedo después ejercitar la acción *ipso iure*, pero debo ser rechazado por la excepción de la cosa juzgada (*rei iudicatae*) o deducida en juicio (*in iudicium deductae*). Además lo que son los juicios legítimos y los *imperio continentia* lo referiremos en el siguiente comentario.

182. *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit: quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, dum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

En este momento pasemos a las obligaciones que nacen con base en el delito, por ejemplo si alguien haya hecho un hurto, haya rapiñado cosas, haya hecho un daño, haya realizado una injuria; de todas estas cosas la obligación consiste en un solo género, mientras que las obligaciones con base en el contrato se dividen en cuatro géneros así como expusimos arriba.

183. *Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum (et) nec manifestum: nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.*

Además Servio Sulpicio y Masurio Sabino dijeron que los géneros de hurtos son cuatro, *manifestum* y *nec manifestum*, *conceptum* y *oblatum*; Labeón dos, *manifestum* y *nec manifestum*; en efecto, el *conceptum* y el *oblatum* son especies inherentes de la acción de hurto más que géneros de hurtos, lo que resulta más adecuado así como aparecerá abajo.⁶⁷

184. *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est,*

⁶⁷ Sobre los presentes tipos de *furtum* véase FLORIA HIDALGO, M.D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana* (Madrid, 1991), pp. 1-269.

quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut, si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visum fuerit: quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurim dierum spatio id terminandum sit. Quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur: magis tamen plerique posteriorem probant.

Algunos dijeron que es *furtum manifestum* cuando el ladrón es sorprendido mientras que lo hace. Pero otros añaden, cuando es sorprendido en aquel lugar donde se realiza; por ejemplo, si el hurto fue hecho en el olivar de las aceitunas, en el viñedo de las uvas, por todo el tiempo que en aquél olivar o bien en el viñedo se encuentre el ladrón; o bien, si el hurto haya sido hecho en la casa, por todo el tiempo en que el ladrón se encuentre en aquella casa. Todavía otros ulteriormente dijeron que es un *furtum manifestum* hasta que el ladrón haya llevado (la cosa robada) hasta el lugar de destino. Todavía otros ulteriormente, dijeron que es *furtum manifestum* durante todo el tiempo en que el ladrón haya sido visto teniendo esta cosa; esta opinión no prevaleció. Pero también la opinión de aquellos que consideraron que es *furtum manifestum* cuando el ladrón fue sorprendido mientras llevaba la cosa a destino, no resulta ser aprobada por este motivo, porque admite una gran duda, si el hurto debiera realizarse en el espacio de un solo día o de más días. Lo que es importante, porque frecuentemente los ladrones destinan de llevar las cosas robadas en algunas ciudades en otras ciudades o bien en otras provincias. Por lo tanto es aceptada bien sea la primera así como la segunda de las dos opiniones de arriba; sin embargo, muchos aprueban mayormente la segunda.

185. *Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur: nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.*

Lo que sea el *furtum nec manifestum* se entiende de lo que dijimos; en efecto lo que no es *manifestum* es *nec manifestum*.

186. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.*

Es llamado *furtum conceptum* cuando en presencia de algunos testigos la cosa robada fue buscada y encontrada en poder de alguno. En efecto en contra de él aunque no sea el ladrón fue establecida una propia acción que es llamada *concepti (furti)*.

187. *Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit: (vel) utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, ((quae)) appellatur oblata.*

Es llamado *furtum oblatum*, cuando la cosa robada te haya sido ofrecida por alguno y ella haya sido encontrada en tu poder, ciertamente si te haya sido dada con la intención que fuese encontrada en tu poder más que en poder de aquel que te la haya dado. En efecto para ti en poder del cual fue encontrada (la cosa robada) se estableció una propia acción que es llamada *oblata (furti)* en contra de aquél que te la ofreció, aunque no sea el ladrón.

188. *Est etiam prohibiti furti (actio) adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit.*

Existe también una acción de hurto prohibido (*prohibiti furti*) en contra del que haya prohibido que se buscara la cosa robada al que quería buscarla.

189. *Poenam manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat: utrum autem servus efficeretur ex addicione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In (servum aequae) verberatum (animadvertentibus). Sed postea improbatum est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.*

La pena del *furtum manifestum* con base en la ley de las XII Tablas era la capital; en efecto, el hombre libre después de haber sido azotado era adjudicado al que le había hecho el hurto; pero los antiguos se cuestionaban si con base en la adjudicación se convirtiera en un esclavo o bien se encontraba en el lugar de un condenado (*adiu-*

dicatus). En el caso de un esclavo una vez azotado era castigado igualmente. Pero después fue desaprobada la severidad de la pena y bien sea en la persona del esclavo como en la del hombre libre fue constituida en el edicto del pretor la acción en el cuádruplo.

190. *Nec manifesti furti poena per legem (XII) tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.*

La pena del *furtum nec manifestum* es impuesta por la ley de las XII Tablas en el doble, y ésta conserva también el pretor.

191. *Concepti et oblata poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.*

La pena por el *furtum conceptum* y *oblatum* es por la ley de las XII Tablas el triple y ésta igualmente fue conservada por el pretor.⁶⁸

192. *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta: lex autem eo nomine nullam poenam constituit. Hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, linteum cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.*

La acción de hurto prohibido (*furti prohibiti*) fue introducida en el cuádruplo por el edicto del pretor, pero la ley no estableció ninguna pena en este concepto. Únicamente ésta prevé, que quien quiere buscar, busque desnudo, la cintura con un taparrabo (*lintheum*), teniendo un plato. Si este haya encontrado algo, la ley establece que esto es un *furtum manifestum*.⁶⁹

193. *Quid sit autem linteum, quaesitum est. Sed verius est consueti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Quae res (lex) tota ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re (et) inventa maiori poenae subiciatur: deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, sive ideo, ut quod invenerit ibi*

⁶⁸ Sobre la *actio furti concepti* véase TOMULESCU, C. S., "Die Rolle der *actio furti concepti* in F. De Visschers Anschauung", *RIDA*, vol. 15 (1968), pp. 445 y ss.

⁶⁹ Sobre tal texto véase Peruzzi, E., "La *quaestio cum lance et licio*, ovvero le nudità dei Romani e la pudizia dei Sabini", *Cultura*, vol. 6 (1968), pp. 161 y ss; MAXWELL-STUART, P. G., "Per lancem et licium. A Note", *Greece & Rome*, vol. 23 (1976), pp. 1 y ss.

imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi imponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.

Además se cuestionó que sea un *linteum*. Pero es verdad ser un género de vestido, con el cual serán cubiertas las partes necesarias. Toda esta cosa es ridícula; en efecto, el que prohíbe buscar a una persona vestida, éste también prohibirá que busque una persona desnuda, sobre todo porque buscada y encontrada la cosa en este modo será sometido a una pena mayor; además que la ley ordene de llevar un plato se dice causado o bien porque con las manos ocupadas no meta nada, o bien, porque lo que haya encontrado lo ponga en aquel lugar. Ninguna de estas dos razones tiene fundamento si la cosa que se busque es de tal magnitud o naturaleza que no puede ser metida ni puesta en aquél lugar. Ciertamente no se duda que para la ley es indiferente de cuál materia sea este plato.

194. *Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege (intellegi) aut natura: lege id ipsum de quo loquimur, natura illud de quo superius exposuimus. Sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi. Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit. At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.*

Sin embargo por el hecho de que la ley ordena que con base en esta causa el hurto es *manifestum*, existen algunos que escriben que se considera el *furtum manifestum* o con base en la ley o con base en la naturaleza; con base en la ley según lo que hemos hablado, con base en la naturaleza según lo que expusimos más arriba. Pero es verdad que el *furtum manifestum* se entienda únicamente con base en la naturaleza ya que la ley no puede hacer que quien no sea un ladrón *manifestus*, sea *manifestus*, no más que el que no sea en ningún modo un ladrón, sea un ladrón, y quien no sea un adúltero o un asesino, sea un adúltero o asesino. Pero la ley ciertamente puede hacer aquello, que alguno sea obligado con base en una pena al mis-

mo modo que si hubiese cometido un hurto o adulterio o asesinato, aunque nada de estas cosas haya cometido.

195. *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, (sed) generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*

Además el hurto no se hace únicamente cuando alguien sustrae una cosa ajena por causa de robo, sino en general cuando alguien en contra de la voluntad del dueño usa la cosa ajena.

196. *Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus (rogaverit), et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius (cum) aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset.*

Por esto, si alguien utilice la cosa que haya sido depositada en su poder, comete un hurto. Y si alguien haya recibido la cosa para usarse y la haya cambiado en otro uso diferente, es obligado con base en la acción de hurto; por ejemplo, si alguien haya recibido objetos de plata para usarse con la finalidad de invitar amigos a cena, y los haya llevado consigo fuera de la ciudad, o bien si alguien, el caballo recibido en comodato para pasear, lo haya conducido lejos, lo que los antiguos escribieron del que lo hubiera conducido en batalla.⁷⁰

197. *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; (at) si permissurum credant, extra furti crimen videri: optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*

Sin embargo se decidió que los que usan las cosas dadas en comodato de forma diferente a la que tendrían que utilizarlas cuando las

⁷⁰ Sobre tal argumento véase GARCÍA GARRIDO, M., "El *furtum usus* del depositario y del comodatario", *Accad. Romanistica Costantiniana. Atti del IV Convegno, Perugia* (1981), pp. 841 y ss.

habían recibido, cometen un hurto en este modo, si entiendan que lo realizan en contra de la voluntad del propietario, y que él si lo supiera no lo permitiría; pero si creyeran que lo permitiría resulta ser fuera el crimen de hurto. Ciertamente óptima la distinción, porque el hurto no es cometido sin dolo malo.

198. *Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum (et probatum) est, cum Titius servum meum (sollicitaverit), ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, (et servus) id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim (servo) quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. Responsum neutro eum teneri, furti ideo, quod non invito me res contrectarit, servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est.*

Pero también si alguno crea utilizar la cosa contra la voluntad del dueño, pero esto se haga con su voluntad, se dice que no se hace un hurto. Por eso fue cuestionado, si cuando Ticio haya instigado mi esclavo para que me robara algunas cosas y se las llevara, y el esclavo las haya llevado a mí y yo como quiero que Ticio sea sorprendido en este delito, haya permitido al esclavo que le lleve tales cosas. Ticio sea obligado hacia mí con la acción de hurto (*actio furti*) o bien la de esclavo corrupto (*iudicium servi corrupti*), o bien con ninguna de las dos. Fue respondido que con ninguna de las dos está obligado, con la *actio furti* por este motivo, porque no utilizó las cosas en contra de mi voluntad, con el *iudicium servi corrupti* por esta razón, porque no fue hecho menos bueno el esclavo.⁷¹

199. *Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor, quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus (fuerit).*

Además algunas veces también se hace hurto de los hombres libres; por ejemplo, si haya sido sustraído alguno de nuestros descen-

⁷¹ Sobre tal texto véase ALBANESE, B., "*actio servi corrupti*", *Annali Sem. Giur. Palermo*, vol. 27 (1959), pp. 5 y ss; MILELLA, O., "Il consenso del dominus e l'elemento intenzionale nel furto", *BIDR.*, vol. 91 (1988), pp. 391 y ss.

dientes, que están en nuestra potestad, o también la esposa, que está en nuestra *manus*, o también el juzgado (*iudicatus*) o bien el que se unió a mí por juramento (*auctoratus*).

200. *Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subriperim. Unde placuit eum, qui servum suum quem alius bona fide possidebat ad se reversum celaverit, furtum committere.*

También algunas veces alguno comete hurto de su cosa, por ejemplo, si el deudor haya sustraído la cosa que dio al acreedor en prenda, o bien si yo haya sustraído al poseedor de buena fe mi cosa que poseía. Por eso se decidió que comete hurto el que haya escondido su esclavo que otro poseía en buena fe si hubiera regresado a él.

201. *Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. (Item) debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.*

De otra parte, por el contrario, fue concedido algunas veces ocupar y usucapir las cosas ajenas sin que se crea que se hace un hurto, por ejemplo, las cosas hereditarias de las que el heredero no ocupó la posesión a menos que no exista un heredero necesario; en efecto se decidió que existiendo un heredero necesario, nada puede ser usucapido en calidad de heredero. Del mismo modo el deudor puede poseer sin hurto y usucapir la cosa que por causa de fiducia haya mancipado o de la que haya realizado la *in iure cessio* al acreedor, según lo que referimos en el comentario anterior.⁷²

⁷² Sobre tal argumento véase MACCORMACK, G., "*Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*", *RIDA*, vol. 25 (1978), pp. 293 y ss; F. Gnoli, "Sulla sottrazione di res hereditariae nelle Istituzioni di Gaio", *Studi Biscardi*, vol. 3 (Milano, 1982), pp. 205 y ss.

202. *Interdum furti tenetur (qui) ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. In quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui (eo) panno rubro fugavit armentum. Sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus, an utilis (actio dari) debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata (est), etiam culpa puniatur.*

Algunas veces es obligado con base en la acción de hurto el que en persona no haya cometido el hurto, como es el caso de quien por cuya ayuda (y) sugerencia fue hecho el hurto. En este número se encuentra el que te hizo sacar monedas para que las robase otro, o bien te obstaculizó para que otro robase, o bien metió en fuga tus ovejas o bueyes para que otro las capturara. Y esto escribieron los antiguos del que metió en fuga el ganado con un pañuelo rojo. Pero si haya sido hecho algo por despreocupación y no de propósito de modo que fuese realizado un hurto, veremos si deba ser dada una acción *utilis*, puesto que por la ley Aquilia, que fue aprobada por el daño, también la culpa es sancionada.⁷³

203. *Furti autem (actio) ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si (eius intersit) rem non perire.*

Además la acción de hurto corresponde al que le interesa que la cosa se conserve si bien no sea el propietario, por lo tanto no corresponde al dueño si no en el caso que a él le interese que no perezca la cosa.⁷⁴

204. *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti.*

⁷³ Con referencia a tal argumento véase MACCORMACK, G., "Ope consilio furtum factum", *TR*, vol. 51 (1983), p. 271 y ss.

⁷⁴ Sobre la legitimación al ejercicio de la presente acción véase DE ROBERTIS, F. M., "La legittimazione attiva nell'actio furti", *Annali Fac. Giur. Bari*, vol. 10 (1949), pp. 55 y ss.

Por eso consta que el acreedor puede ejercitar la acción de hurto de la cosa dada en prenda, a tal punto que, aunque el mismo dueño, esto es, el mismo deudor, haya robado esta cosa, nada menos corresponde al acreedor la acción de hurto.⁷⁵

205. *Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.*

Del mismo modo si el lavadero haya recibido vestidos por un cierto precio para que los lave o arregle y el sastre para que los cosa, y estas cosas las hayan perdido por un hurto, los mismos tienen la acción de hurto, y no el dueño, porque al dueño no le interesa nada que estas cosas se hayan perdido, puesto que puede conseguir lo que es suyo por parte del lavadero o del sastre con base en la acción de arrendamiento (*iudicium locati*), con tal que el lavadero o el sastre tengan recursos suficientes para el resarcimiento; en efecto, si no son solventes, entonces, puesto que el dueño no puede conseguir lo que es suyo por parte de estos, al mismo le corresponde la acción de hurto, porque en este caso a él mismo le interesa que la cosa se conserve.

206. *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus: nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*

Lo que dijimos del lavadero o del sastre, las mismas cosas adaptamos también al que dimos en comodato una cosa; en efecto, como aquellos otorgan la custodia recibiendo un precio, así este es necesario que otorgue del mismo modo la custodia recibiendo la utilidad del uso.

⁷⁵ Con referencia a tales tipos de hurto véase ANKUM, H., "Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen roemischen Recht. I", *RIDA*, vol. 26 (1979), pp. 127 y ss; del mismo autor y con el mismo título la segunda parte en *RIDA*, vol. 27 (1980), pp. 95 y ss.

207. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo (malo) fecerit. Quae de (causa si) res ei subrepta fuerit, (quia) restituendae (eius nomine) depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti (itaque) agere non potest, et ea actio domino competit.*

Pero él en cuyo poder fue depositada una cosa, no otorga la custodia, y solamente es obligado en esto, si él mismo haya hecho algo con dolo malo. Por este motivo si la cosa le haya sido robada, porque (como) en término de depósito no es obligado a la restitución de esta, y por lo tanto no le interesa que se conserve la cosa, no puede ejercitar la acción de hurto y esta acción corresponde al propietario.⁷⁶

208. *In summa sciendum est quaesitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Plerisque placet, quia furtum ex (adfectu) consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere.*

En total se debe saber que se cuestiona si los impúberes hagan hurto sustrayendo la cosa ajena. La mayor parte decide que como el hurto consiste con base en la intención, así el impúber es obligado por este crimen, si sea próximo a la pubertad y a causa de esto entienda que comete un delito.

209. *Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui (vi) rapit? Itaque recte dictum est eum improbum furem esse. Sed propriam actionem eius (delicti nomine) praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli (actio), post annum simpli. Quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.*

El que rapiña las cosas ajenas también es obligado con la acción de hurto; en efecto, ¿quién usa una cosa ajena contra la voluntad del dueño más que quien la rapiña con la fuerza? Por esto correctamente fue dicho que éste es un ladrón malvado. Pero el pretor introdujo a título de este delito una propia acción, la cual es llamada de bienes

⁷⁶ Sobre tal argumento véase METRO, A. "Custodiam praestare", *Labeo*, vol. 13 (1967), pp. 60 y ss; G.C.J.J. Van den Bergh, "Custodia and furtum pignoris" *Studi San filippo*, vol. 1 (Milano, Giuffrè, 1982), pp. 601 y ss.

rapiñados con la fuerza (*vi bonorum raptorum*), y esta acción en el transcurso de un año corresponde al cuádruplo, después del año el simple valor de la cosa. Esta acción se puede utilizar también si alguien haya robado una cosa sola aunque mínima.⁷⁷

210. *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est (ut), si quis hominem alienum (alienamve) quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi (fuerit), tantum domino dare damnetur.*

La acción de daño injusto (*damni iniuriae*) fue constituida por la ley Aquilia, en cuyo primo capítulo fue establecido que, si alguien haya matado injustamente un esclavo ajeno o un cuadrúpedo ajeno que se encuentre en el número de ganado, el valor más alto que haya tenido en el último año, este valor es condenado a dar al dueño.⁷⁸

211. *Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

Además se entiende matar injustamente, el por cuyo dolo o culpa haya sucedido eso, y el daño que es realizado sin injusticia no es tomado en consideración por ninguna otra ley; y en este modo queda sin sanción el que por alguna casualidad realice el daño sin culpa y dolo malo.⁷⁹

212. *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur; sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni quam pretium servi sit, id quoque aestimatur, veluti si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit: non enim*

⁷⁷ Con referencia a tal tipo de acción véase VACCA, L., *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum* (Milano, Giuffrè, 1972), pp. 1-176.

⁷⁸ Sobre el primer capítulo de la ley Aquilia véase CANNATA, C. A., "Sul testo originale della *lex Aquilia*: premesse e ricostruzione del primo capo", *SDHI*, vol. 58 (1992), pp. 194 y ss.

⁷⁹ Sobre la responsabilidad que proviene de la ley Aquilia véase SCHIPANI, S., *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa* (Torino, Giappichelli, 1969), pp. XVI-506; LA ROSA, F., "Il valore originario di *iniuria* nella *lex Aquilia*", *Labeo*, vol. 44 (1998), pp. 366 y ss.

tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. Item si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius (id quoque) computatur, quo ceteri qui supersunt depretiati sunt. Idem iuris est etiam si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit.

No solamente es calculado en la acción de esta ley el cuerpo, sino incluso, si matado el esclavo el dueño reciba un daño que sea mayor al precio del esclavo, también este daño es calculado; por ejemplo, si mi esclavo instituido heredero por alguno, haya sido matado antes que por mi orden aceptase la herencia, sin duda no es calculado únicamente el precio del mismo, sino también la cantidad de la herencia perdida. Asimismo si uno de los gemelos o de los actores o de los músicos haya sido matado, no únicamente el cálculo del muerto, sino también más ampliamente es considerada la disminución del valor de los que sobreviven. El mismo derecho vale también si alguien haya matado una de las mulas que forman parte de un par o bien uno de los caballos que forman parte de una cuadriga.⁸⁰

213. *Cuius autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, vel hac lege damnum persequi.*

Además aquel cuyo esclavo fue matado tiene el libre arbitrio de hacer el que haya matado responsable con base en un crimen capital o de perseguir el daño por esta ley.⁸¹

214. *Quod autem adiectum est in hac lege: QUANTI IN EO ANNO PLURIMI EA RES FUERIT, illud efficit, si clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuit, (ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuit) aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur quam ei damnum datum est.*

⁸⁰ Sobre tal texto véase VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini* (Milano, Giuffrè, 1992), pp. 1-542.

⁸¹ Sobre el ejercicio de tales acciones véase SOLAZZI, S., "Actio legis Aquiliae e actio legis Corneliae de sicariis in Gai 3.213", *SDHI*, vol. 20 (1954), pp. 321 y ss.

Además lo que fue incluido en esta ley: EL MAYOR VALOR QUE ESTA COSA HAYA TENIDO EN ESTE AÑO, hace de modo que, si por ejemplo se haya matado un esclavo cojo o tuerto que en este año fue sano, el valor será considerado no cuando fue cojo o tuerto, sino cuando era sano, lo que hace que alguien consiga algunas veces más que el daño que le fue ocasionado.

215. *Capite secundo (adversus) adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.*

En el capítulo segundo contra el coestipulante (*adstipulator*) que haya hecho la *acceptilatio* del dinero en fraude del estipulante (*stipulator*) es constituida una acción por el monto del valor de la cosa.⁸²

216. *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. Sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.*

Y en esta misma parte de la ley es evidente que fue introducida la acción en término de daño. Pero esto que dispone no fue necesario, porque la acción de mandato (*actio mandati*) sería suficiente a tal finalidad, a no ser que por esta ley se ejercita la acción contra el que realiza la *infitiatio* (el que niega) en el doble.

217. *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est, (vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est), veluti canem aut feram bestiam, veluti ursum leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum (fuerit), actio hoc capite constituitur, (quamquam) potuerit*

⁸² Sobre el segundo capítulo de la ley véase Cannata, C. A., "Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della *lex Aquilia*", *Index*, vol. 22 (1994), pp. 151 y ss.

sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum (enim intellegitur quod quoquo modo corruptum) est. Unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.

En el capítulo tercero es establecido de todo el restante daño. Y en este modo si alguien haya herido un esclavo o un cuadrúpedo que está considerado en el número de ganado o bien haya herido o matado un cuadrúpedo que no está considerado en el número de ganado, como un perro o una bestia feroz, por ejemplo un oso o un león, es establecida una acción con base en este capítulo. También en los demás animales, así como en todas las cosas que no tienen alma por esta parte es exigido el daño ocasionado injustamente. Ya que si algo haya sido quemado, roto o fracturado, la acción es establecida con base en este capítulo, si bien podía ser suficiente la denominación de roto en todas estas situaciones, ya que se entiende roto lo que es dañado en cualquier modo. Por eso no únicamente son contenidos en este término lo quemado, roto o fracturado, sino también lo tallado, golpeado y tirado y en cualquier modo viciado o destruido o bien hecho de modo que se deteriore.⁸³

218. *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. Et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici (vel) ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuerit, vel ad id, quo minoris fuerit. Sed Sabino placuit proinde habendum, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adiectum esset: nam (legis) latorem contentum fuisse, (quod prima parte eo verbo usus esset).⁸⁴*

Sin embargo en este capítulo es condenado aquel que haya ocasionado el daño no al valor que en este año haya tenido la cosa, sino al valor que haya tenido en los últimos treinta días. Sin embargo el término "mayor" no es incorporado. Y por este motivo algunos pen-

saron que existe libertad al juez de realizar el cálculo en los treinta días al tiempo que la cosa haya sido de mayor valor, o bien al que la cosa haya sido de menor valor. Pero decidió Sabino que debe ser considerado como si también en esta parte el término MAYOR hubiera sido incorporado, y que en efecto el autor de la ley consideró suficiente haber utilizado tal término en la primera parte.

219. *(Ceterum) placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; (ideoque) alio modo damno dato utiles actiones dantur: veluti si quis alienum hominem (aut) pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, item si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit (et) aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. (Item) (Contra) si quis alienum servum de ponte (aut) ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, (hunc) (quoque) corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi potest.*

Además se decidió que solamente en este modo existe la acción con base en esa ley, si alguien haya causado el daño con su cuerpo, y por esta razón causado el daño en otro modo son concedidas acciones útiles; por ejemplo si alguien haya encerrado un esclavo ajeno o una bestia de ganado y los haya hecho morir de hambre, o bien haya llevado con tanta fuerza un jumento de modo que reviente, a sí mismo si alguien haya persuadido a un esclavo ajeno para que subiese en un árbol o bien descendiera en un pozo y este subiendo o bajando se haya caído y haya muerto o bien se haya lastimado en alguna parte del cuerpo. Por el contrario si alguien haya arrojado un esclavo ajeno en un río de un puente o de la orilla y éste se haya ahogado, difícilmente no puede ser entendido que éste con su cuerpo causó un daño con el hecho de haberlo arrojado.⁸⁵

220. *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum ni-*

⁸³ Sobre el tercer capítulo de la presente ley véase CANNATA, C. A., "Il terzo capo della *lex Aquilia*", *BIDR*, vol. 98-99 (1995-1996), pp. 111 y ss.

⁸⁴ Integrado con base en Inst. Justiniano 4.3.15.

⁸⁵ Sobre tales acciones útiles véase VALIÑO, E., *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (Pamplona, Universidad de Navarra, 1973), pp. 1-123.

hil sibi debere proscrisperit, sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis.

Además se comete injuria no únicamente cuándo por ejemplo alguien haya sido golpeado con un puño o con un bastón o también haya sido azotado, sino también si alguien haya sido injuriado o bien alguien sabiendo que otro no le debe nada haya hecho el anuncio de su insolvencia como deudor o bien alguien haya escrito un libelo o una poesía para infamar a otro o bien alguien acosa una madre de familia o un adolescente y al final en muchos otros modos.⁸⁶

221. *(Pati autem) iniuriam videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros, quos in potestate habemus; item per uxores nostras, cum in manu nostra sint. Itaque si filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine.*

Además se considera que sufrimos una injuria no únicamente por nosotros mismos, sino también a través de nuestros descendientes que tenemos en potestad. Del mismo modo a través de nuestras esposas que estén en nuestra *manus*, por lo tanto, si hayas cometido una injuria a mi hija que está casada con Ticio se puede ejercitar la acción de injuria en contra de ti no sólo en nombre de mi hija, sino también en nombre mío y también de Ticio.

222. *Servo autem ipsi (quidem) nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur; non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores iniuriam pati videmur, sed ita, cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit; et in hunc casum formula proponitur. At si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur.*

⁸⁶ Sobre la injuria véase RABER, F., *Grundlagen klassischer Injurienansprueche* (Wien, Boehlase, 1969), pp. VIII-179; MANFREDINI, A., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana* (Milano, Giuffrè, 1977), pp. 1-275; SANTA CRUZ TEJEIRO, J., "La injuria en derecho romano", *Revista Derecho Privado* (1980), pp. 347 y ss.

Por el contrario no se entiende que se cometa ninguna injuria a un esclavo por sí mismo, pero se considera que se haga al dueño a través de él; sin embargo se considera que sufrimos la injuria no en los mismos modos con los que la sufrimos también a través de nuestros descendientes y esposas, pero en este modo, cuando algo haya sido cometido más gravemente que se considera que sea hecho claramente como ultraje al dueño, por ejemplo, si alguien haya azotado a un esclavo ajeno; y en este caso se prevé la fórmula (de una acción). Pero si alguien haya injuriado a un esclavo o bien lo haya golpeado con un puño, no es prevista ninguna fórmula ni se concede a quien la pida temerariamente.

223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, veluti si libero os fractum erat, at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae (esse).*

Con base en la ley de las XII Tablas la pena de las injurias en el caso de un miembro roto era el talión, en el caso de un hueso fracturado o fisurado la pena era de trescientos ases, si el hueso había sido fracturado a un hombre libre, pero si lo era a un esclavo, la pena era de ciento cincuenta. En caso de todas las otras injurias era establecida una pena de veinticinco ases; y estas penas pecuniarias se consideraban bastante adecuadas en aquellos tiempos de extrema pobreza.⁸⁷

224. *Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, (quamvis) possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.*

⁸⁷ Sobre tal argumento véase HALPIN, A. K. W., "The Usage of *iniuria* in the Twelve Tables", *The Irish Jurist*, vol. 11 (1976), p. 344.

Pero ahora utilizamos otro derecho, ya que es permitido a nosotros mismos por parte del pretor calcular la injuria, y el juez condena o bien a cuanto hayamos calculado o bien a menos, según lo que le haya parecido. Pero siendo el pretor acostumbrado a calcular la injuria grave, si al mismo tiempo haya establecido cuanto dinero se deba dar como garantía (*vadimonium*) a tal título, en esta misma cantidad limitamos la condena de la fórmula, y el juez que puede condenar también a una cantidad menor, sin embargo en la mayoría de los casos por causa de la autoridad del mismo pretor no se atreve a disminuir la condena.

225. *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria.*

Además la injuria grave se calcula o con base en el hecho, por ejemplo si alguien haya sido herido por otro o azotado o golpeado con bastones; o bien con base en el lugar, por ejemplo si a alguien haya sido hecha una injuria en teatro o en el foro; o bien con base en la persona, por ejemplo, si un magistrado haya sufrido injuria o a un senador haya sido hecha injuria por una persona humilde.

¿ES POSIBLE HOY LA DEMOCRACIA SIN CIUDADANOS FORMADOS CÍVICAMENTE?

Rafael RODRÍGUEZ PRIETO
José María SECO MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *De por qué es necesario hablar hoy de democracia: algunas cuestiones previas y problemas a revisar.* II. *De por qué la democracia política decrece sin ciudadanos formados cívicamente.* III. *La democracia que tenemos no es la democracia que queremos. La democracia como experiencia política de autogobierno.*

¿Cómo se lleva a cabo? Ésta es la única pregunta válida. Pero hemos querido solamente darle al lector atento algunas claves que permiten entreabrir la pesada puerta de este camino. Que sepa que ningún comentario podría llevar más allá la apertura de esta entrada, pesada e incómoda.
(Jacques Rolland)

*I swear to the Lord
I still can't see
Why democracy means
Everyone but me.*
(Langston Hughes)¹

¹ Estos versos del poeta negro y estadounidense Langston Hughes se remansan en una imagen, en una idea demasiado elocuente: la frustración de muchos seres humanos, que sea por lo que fuere, no se sienten ni se hallan reflejados en la democracia. Poema citado en Barber, B., *Superman and Common Men. Freedom, Anarchy and The Revolution*, Nueva York, Praeger, 1971, p. 107.

I. DE POR QUÉ ES NECESARIO HABLAR HOY DE DEMOCRACIA:
ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS Y PROBLEMAS A REVISAR

La novela de J. Coetzee *Waiting for the Barbarians* es una interesante metáfora de nuestro tiempo. En ella, un apacible funcionario de un centro fronterizo africano repudia con horror los métodos de tortura con que un coronel recién enviado por el Imperio británico somete a sus prisioneros. Sin embargo, al comienzo, aún no compartiendo los métodos del coronel, permanece impasible, respaldando la aplicación de este tipo de tratamientos disciplinarios a los prisioneros. Servidor del Imperio, se proscribe a sí mismo cualquier otro tipo de contraste o razonamiento. Pese a todo, las dudas reaparecen una y otra vez hasta que se visualizan en una experiencia directa y brutal, cuando entabla contacto con una chica que es torturada. El funcionario entrará así en un largo periodo de desazón, puesto que sus dudas colisionan de manera frontal con los anatemas que hasta entonces gravitaban en su cerebro. Cuestionará entonces sus ideas, introduciendo la auto-polémica (re-visión y auto-crítica) en lo que había venido siendo hasta ese momento la singladura ideológica de su vida. Esta experiencia, con sus dudas y sus estremecimientos, será el comienzo de un nuevo camino moral en su vida.

Vivimos tiempos difíciles en los que el valor *seguridad* se antepone a otros bienes o valores. Es el bien primario, el más buscado y, por tanto, el más apreciado políticamente. Nos atreveríamos a decir, incluso, que hoy por hoy es la prioridad política más inmediata de nuestras autoridades, la lámina más significativa de todo el organismo social. Toda nuestra vida la pasamos tratando de buscar una especie de *status* civil sin riesgos, sin apenas complicaciones y sin obstáculos. Detestamos las resistencias y tememos a la incertidumbre. Por eso estropeamos la franca sencillez de la vida diaria entre cautelas y titubeos. No nos gustan los procesos con sus tramas y sus tensiones, tan sólo amamos la seguridad de los resultados. Queremos por encima de todo sentirnos seguros, tanto en nuestras relaciones como en el desarrollo de nuestras funciones sociales. Quizás sea el modo que ahora tenemos de conjurar el miedo, pero frente ¿a qué peligros? La seguridad —en las calles, en nuestros negocios, en el tráfico jurídico, en nuestras relaciones e iniciativas, en los mercados— nos proporciona nada menos que la certeza de programar el

progreso social y el control de los cambios, o lo que es lo mismo, la tranquilidad social y psicológica de vivir nuestras existencias reales con suficiencia y sin inquietudes. Pero, ¿cuál es el precio? Antepo-nemos la seguridad, con sus servidumbres y sus controles, incluso a nuestras tensiones más vitales.

Pero no nos engañemos, este afán por la seguridad, a costa de todo lo demás, responde a una visión muy sesgada y, desde luego, ideológica, de entender el fenómeno de la seguridad, como condición social de posibilidad de nuestras relaciones. Decimos, aún más, que es sencillamente la manera de embozar algo mucho más complejo que la simple simpatía humana por la certeza o la exigencia ciudadana por el orden social. Posiblemente esta aseveración en principio pueda parecer a simple vista precipitada. Sin embargo, no lo es. Si reparamos en el complejo de situaciones y relaciones que nos rodea, no será difícil, a poco que nos esforcemos, detectar la verdadera vocación que la idea de seguridad, como valor de las sociedades modernas, adquiere en nuestros sistemas políticos: la de bloquear y programar los cambios, la de cristalizar el proyecto social y político reinante, con sus nuevas hegemonías y sus mismas exclusiones, en un contexto de transformación o re-composición estratégica del sistema de producción capitalista (mercantil) como sistema imperial.

¿Existe un modo mejor de naturalizar “el progreso social”, que fortificando la idea de seguridad de sus mecanismos de funcionamiento? ¿Existe mejor forma de ocultar, bajo este nuevo compás por la seguridad, lo que no es más que la conservación del poder, haciendo realidad los dictados socio-económicos de ese conglomerado hegemónico de corporaciones transnacionales y sujetos institucionales regionales/multinacionales? ¿Existe mejor forma de legitimar la re-configuración política y económica del poder, con sus nuevas dimensiones planetarias y sus mismas relaciones de dominación, que blindando con eficacia el diseño complejo —de instituciones y derechos— que el modelo societario occidental-capitalista ahora necesita?

Con este tipo de interrogantes queremos decir que esta idea de seguridad que ahora conocemos y con la que hoy sintetizamos la realidad social, está dirigida a la protección del sistema mercantil y de quienes lo dirigen o se benefician en él. Es decir, está orientada a naturalizar el imaginario mercantil como único escenario posible e irreversible de relaciones económicas y políticas, que descarta la

posibilidad de otras alternativas a su visión hegemónica del mundo, porque sólo éste determina el marco donde la actividad política parece posible. De modo que si hay errores o si no se encuentran con inmediatez las soluciones que demandan los ciudadanos, se debe a la mala gestión de la experiencia y los recursos nacionales que hacen los gobiernos, bien porque no siguen al dictado sus reglas de funcionamiento, bien porque estos se han guiado por criterios técnicos antes que políticos, y no lo hacen. La profesionalización de la clase dirigente, de la *ruling class*, es quizás su valor más en alza, porque la política (que ahora es económica), aparenta ser la aplicación secular de una técnica que se autoproclama como la única forma posible de racionalidad.

Ninguna iniciativa política puede prosperar fuera de sus límites, sencillamente porque deviene irracional y, por ende, insegura. Este afianzamiento del mercado como único sistema posible (seguro) con autoridad (poder) y capacidad técnica para gestionar el cambio social, pudiera ser la razón por la que cada vez más ciudadanos se abstengan de participar en las citas electorales, porque sean cuales fueren las opciones, la política será la misma. Las decisiones electorales no pueden modificar este hecho, porque el sistema mercantil engloba y prefigura todas nuestras relaciones y se sitúa por encima de las mayorías democráticas. Su legitimación no es democrática. Su poder estriba precisamente en su superioridad sobre la vida social. Ningunas elecciones pueden contrariar la voluntad del orden mercantil.

Ahora bien, estos comentarios, que se pueden inscribir en el denominando contexto de "crisis de las ideologías" o de "crisis de la política" o incluso de ambas, contrastan sobremanera con la escasez de datos y de hechos necesarios para refrendar esta nueva situación de crisis de la acción política y de lo ideológico. Antes al contrario, la experiencia diaria se está encargando de demostrar que no es así, que nos encontramos en un momento histórico en el que la irrupción de las ideologías y de lo político en las múltiples esferas de la vida se hace cada vez más ostensible. ¿Entonces qué está pasando? ¿Por qué la práctica ordinaria de la democracia encierra un malestar de la mayoría de los ciudadanos? ¿Por qué existe la percepción creciente de que la política ya no es cosa de todos y de que la democracia pierde perfiles? ¿Por qué abrigamos la impresión de que decisión y

responsabilidad ya son cosas distintas? En definitiva, ¿por qué nuestras democracias subsisten sin ciudadanos activos, con poca capacidad para disponer políticamente de instrumentos de participación en la vida pública y en los procesos de decisión?

Podríamos decir, pese a toda nuestra democracia, con sus registros políticos y sus convenciones, que vivimos días de paradojas. La dimensión global que adquieren hoy los procesos de transformación económica y política, está insinuando la insuficiencia de la acción política (democrática), frente a un sistema económico (mercantil) pre-estructurado de relaciones. Esta superioridad de lo mercantil sobre lo político se detecta: (a) en la clamorosa apuesta que la clase dirigente hace por aquellas *políticas más adecuadas a las exigencias* del mercado capitalista, bajo el cumplimiento profesional y táctico de sus deberes políticos para con los ciudadanos. La incorporación de términos específicos del *management* empresarial capitalista para definir actuaciones políticas sobre determinados asuntos públicos, es un buen ejemplo de ello; y (b) en la fuerte beligerancia con las ideas que presentan alternativas o contravienen a las dominantes. Se consideran inexistentes o, en su caso, soñadoras e irreales. No hay hombres que las sostengan y, si estos existen, su capacidad y su resistencia serán breves por su falta de realismo, es decir, por su irracionalidad.

La voluntad de lo mercantil se impone, por tanto, a las demandas de los ciudadanos. Prevalece, incluso, a las decisiones que pueda tomar el cuerpo electoral en una votación. Y, actualmente, hemos llegado a un punto en que esto se hace, sin el más mínimo asomo de sonrojo, sin el menor atisbo de pretender, al menos, embozar este hecho, frente a lo que constituye la relegación de lo que ha venido siendo el núcleo cristalizado de los procesos democráticos representativos liberales, esto es, la voluntad del electorado. Grave papeleta ésta para nuestro sistema político, que, en buena medida, se ve en manos de una nueva racionalidad des-democratizadora, visible no ya en una *criminalización* de la vida pública² o en una "fenomenología de la ilegalidad del poder",³ sino en el re-dimensionamiento

² Véase Ibáñez, P., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 103-109.

³ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 15.

(mercantil) de la democracia, que confunde mercado con democracia y lo mercantil con la libertad. Quizás esta aseveración pueda parecer precipitada. Pero no lo es. A poco que nos esforcemos, podremos visualizar dos circunstancias que sobresalen por sus repercusiones sobre el funcionamiento del sistema democrático.

La primera responde a una visión economicista de las relaciones humanas (teorías de la acción racional o de las oportunidades políticas), que desagua en el deseo de someter toda creación humana —incluso las más íntimas—, sea cual fuere su carácter y finalidad, al imperativo mercantil, esto es, de transformar sus realizaciones en valores mercantiles para poder cuantificarlas, transmitir las y adquirir las. Lo que no deja de tener aquél, sobre todo si no olvidamos que la pauta constitutiva de la expansión del sistema mercantil reside precisamente en la mediación mercantil como sostén “antropológico de la humanidad”.⁴ Una visión que incide de manera decisiva sobre la democracia, en la medida en que las diferentes teorías sobre la misma son condicionadas por ideas externas a su propio significado. La democracia se troca ahora en una especie de pie de goma que se ha de ajustar a mecanismos y corporaciones que no son democráticas, porque su funcionamiento no es libre ni transparente, pero que precisan de los sistemas democráticos, de su legitimidad, para reproducirse.

La segunda se refiere a algo que nos parece incomprensible desde el punto de vista del funcionamiento democrático de las instituciones políticas: y es la connivencia de los ciudadanos con la separación creciente entre gobernantes y gobernados. Prueba de ello es la frase que ha hecho fortuna recientemente entre los líderes occidentales: “no gobernamos para la calle o las pancartas, sino de acuerdo con lo que creemos que es mejor para nuestro país, porque somos hombres de estado”. De cualquier forma, su contenido no nos debería parecer sorprendente. Esta frase responde a la tradición más elitista del gobierno representativo.⁵ Desde esta perspectiva, las elites co-

⁴ Sami Naïr, *El imperio frente a la diversidad del mundo* (trad. del original *L'empire face a la diversité*, R. H. Mondadori, 2003, a cargo de Sara Barceló y María Cordon), Barcelona, Círculo de Lectores, 2003, p. 20.

⁵ Manin llevó a cabo un riguroso e interesante estudio sobre los principios del gobierno representativo, en el que distingue, para luego separar, el “poder de la gente” del poder del gobierno representativo. En este sentido insiste en que quienes consideran que en la

nocen cuál es la mejor opción para los intereses de su pueblo, porque siempre intervienen en nombre de ese “interés general” como reflejo de la voluntad popular. Sólo ellas conocen y saben interpretar algo tan objetivo e intemporal como la verdad nacional. Lo que sí nos debiera sorprender, es el propio reconocimiento de la clase política de este divorcio entre las exigencias de las calles y las acciones de gobierno. Ejemplos de este corte social entre el ciudadano (profano en política) y la clase gobernante no nos faltan. Algunos de ellos permanecen aún en la retina de los ciudadanos. Desde las reformas impopulares orientadas a la flexibilización de los mercados de trabajo, a la descentralización empresarial y a la des-regulación del marco de protección social, pasando por la experiencia directa de privatización de empresas públicas de relieve, hasta prestar apoyo (diplomático, logístico y militar), contra el grito mayoritario de los ciudadanos, a una guerra.

En el mismo plano, la búsqueda de la libertad en la democracia contemporánea, con sus innegables aportaciones y revoluciones, ha entrado en una fase difícil de dudas y acechos, en gran medida debido a la utilización reduccionista e ideológica que de la misma se ha hecho. La realidad de la libertad con sus innumerables interpelaciones ha sido falsificada y manipulada por culturas e ideologías. En este sentido creemos que hay que tener presente los estudios de Ludovico Geymonat acerca de la libertad. El filósofo italiano llega a la conclusión de que la libertad no puede ser entendida a paso de estatua, que no se puede mistificar. No es un *status*, entre otras cosas, porque no se detiene ni permanece inmóvil, a menos, claro está, que por ella entendamos la simple capacidad de actuar de manera individual frente a todos los demás o simplemente la veamos desde su acepción más liberal y burguesa, esto es, como metáfora económica del organismo

democracia representativa la gente gobierna a través de sus representantes, debieran de admitir asimismo que ello no conlleva que sus representantes deban gobernar de acuerdo a los deseos de los electores (Manin, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 167). Del mismo modo, Parenti sostiene que la democracia se erosiona por la influencia de las corporaciones en las políticas defendidas por los representantes de los ciudadanos en sus cámaras respectivas. Ello hace de la democracia una plutocracia (Parenti, M., *Democracy for the Few*, New York, St. Martin's Press, 1988, p. 36.)

político. Si no es así, es evidente que la libertad precisa de ampliaciones y otros horizontes.⁶

En fin, creemos que la democracia, como la libertad, debe ser constantemente revisada, discutida y profundizada. Este será el punto de arranque de nuestro estudio y en él trataremos de deletrear las causas de este nuevo cuestionamiento de las democracias, para arriesgar después caminos y algunas respuestas.

II. DE POR QUÉ LA DEMOCRACIA POLÍTICA DECRECE SIN CIUDADANOS FORMADOS CÍVICAMENTE

La historia ha estado jalonada por concepciones y experiencias muy distintas de democracia, de ahí que ésta deba ser entendida como proceso histórico. No olvidemos que en los propios procesos de formación de las sociedades modernas, la democratización de la vida y las relaciones ha sido la aspiración secular de la modernidad occidental. En ella ha estado la clave del diseño de las iniciativas y las acciones sociales como prácticas de lucha de clases, que a la postre acabarían por transformar la configuración socio-jurídica del orden existente, a través del reconocimiento de nuevos espacios y nuevos derechos. La democracia, regazo de prácticas de lucha y tradiciones, no puede ser entendida más que como proyecto histórico de distribución del poder entre y para la gente.

En la actualidad, sin embargo, se insiste en circunscribir el funcionamiento de la democracia a una serie de procedimientos electivos, con sus índices desiguales y periódicos cada cierto número de años,⁷ como si la práctica ordinaria de la democracia se agotara en el compromiso electoral de los ciudadanos. La frecuencia con que se prodiga esta convicción en las democracias occidentales equivale a admitir: (a) que el funcionamiento de las instituciones del Estado no es democrático, sino político; (b) que la ciudadanía cada día se hace menos participativa, en la medida en que se hace más débil y la voluntad del electorado se acaba difuminando entre partidos, progra-

⁶ Geymonat, L., *La libertad*, Barcelona, Crítica, 1991, p. 97.

⁷ En este sentido véase Buchanan, J., Tullock, G., *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional*, Madrid, Espasa Calpe, 1980. Cfr. con Barber, B., *An Aristocracy of Everyone*, London, Oxford University Press, 1994, p. 234 y ss.

mas e incontables circunscripciones electorales, hasta que es olvidada y luego sustituida por otra más apropiada a las exigencias de la industria electoral. El ciudadano no sugiere propuestas, no anticipa posibilidades, ni ofrece soluciones. Su compromiso democrático (electoral) se limita ahora a un compromiso de adhesión o no a las soluciones y posibilidades programáticas de los partidos; a menos participación en la vida pública (política), menos capacidad de respuesta al diseño político de nuevas relaciones de poder, esto es, de dominación, por medio de la adopción de la idea de regulación como principio ordenador de las relaciones sociales.

Por eso consideramos imprescindible la recuperación de la idea de participación integral de los ciudadanos en la toma de decisiones, esto es, en la acción política, supeditando a su realización la satisfacción de otras expectativas o intereses. Alentar esta exigencia de participación como experiencia política fundamental, equivale sin más a promover el descubrimiento atrevido de panoramas hasta ahora desconocidos en nuestras democracias, con menos lejanías entre quienes gobiernan y los destinatarios de sus decisiones.⁸ La democracia es un proceso temporal, un banco de pruebas para prácticas, movimientos sociales y nuevas soluciones a los retos de la contingencia. No se puede reducir a planteamientos estáticos, entre otras cosas, porque la experiencia política no lo es, como tampoco son intemporales los conflictos a los que pretende responder. Cuando las sociedades anuncian que no existe mejor democracia que la que poseen, que ya no es preciso seguir avanzando, que sus tensiones sociales ya se han disipado, lo que están haciendo, lejos de certificar su estabilidad democrática, es naturalizar los resultados de una fase específica de sus progresos como proceso histórico y, por ende, anticipar primero y justificar después su deconstrucción.⁹

Cuando los ciudadanos delegan su soberanía sin cuestionamientos, sin contrastes, sin apenas exigencias de participación, no hacen sino desestabilizar el mantenimiento democrático del sistema político, al facilitar la reproducción sin control de oligarquías que gobiernan

⁸ Véase en este punto a Arblaster, A., *Democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, especialmente las pp. 121-144.

⁹ Barber, B., *Three Challenges to Reinventing Democracy*, en Hirst, P., Khilnani, S. (ed.), *Reinventing Democracy*, Cambridge, Blackwell, 1996, p. 144.

al margen de los ciudadanos.¹⁰ La perpetuación de dichas oligarquías socava los cimientos del frágil edificio de la democracia. En consecuencia, ante la fragilidad de este modelo social, es hace preciso y urgente situar (educando) a los ciudadanos en la senda de la democracia. De esta manera, nos aproximamos a dos de los contratiempos con los que se topa a diario la experiencia democrática que conocemos: uno de ellos se podría sintetizar en la inercia elitista que acarrea siempre la democracia liberal representativa; el otro se expresa a través de la escasa educación cívica de los ciudadanos en torno a dos ideas inapreciables para el funcionamiento democrático, léase participación y responsabilidad, ambas profundamente interrelacionadas. El control elitista del poder característico de la democracia liberal se debe en buena parte a la escasa formación cívica de la ciudadanía occidental.

Con esto queremos decir que la educación cívica se encuentra en la misma base de la democracia. Por eso todo sistema democrático que prescindiera de esta necesidad de formar ciudadanos activos, acabará desvaneciéndose la racionalidad democrática de sus instituciones. La democracia liberal es un buen ejemplo de este debilitamiento progresivo de las estructuras democráticas. La democracia carece de plenitud sin ciudadanos formados cívicamente. Si estos no pueden (porque no saben) interactuar entre sí o con grupos, ya fueren locales o intermedios, o con las instituciones, se abrirá paso la retórica elitista de gobierno que da por sentado, por un lado, que los ciudadanos son incapaces de afrontar o decidir acerca de los problemas sociales, incluso de aquéllos que más les conciernen y, por otro, que no son responsables. La propagación de este prejuicio elitista por todo el imaginario, ora como conformismo/escepticismo, ora como irresponsabilidad, presagia la debilidad del edificio democrático.

Educación y responsabilidad vienen a nuclear el modelo de sociedad política que proponemos. Ambas son insustituibles en el camino hacia el autogobierno; en ellas está la fuerza para cambiar lo que es, seduciéndonos con lo que podría ser "una aristocracia de todos". Claro que cuando hablamos de educación y responsabilidad, nos referimos a formas distintas de educar y de responsabilizar. La edu-

¹⁰ Barber, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, L.A., 1984, p. 205.

cación cívica, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, que sobrepasa su función rectora tradicional de formar ciudadanos adaptados tanto a las exigencias que acarrea su integración en el sistema de funciones sociales, como a las implicaciones contextuales de sus relaciones privadas y tiene por objeto despertar ciudadanos distintos capaces de vivir y de comprometerse como ciudadanos libres y responsables. Decimos libres y responsables porque dentro del sistema occidental-capitalista, la libertad se ha entronizado como la metáfora política de la democracia, hasta el punto de no reparar apenas en la idea de responsabilidad como contrapartida social necesaria. Debemos aprender a ser libres¹¹ y asumir compromisos responsables, con el propósito de constituir un autogobierno sabio que fortalezca la democracia.¹² Sabio no ya por sus modos impecables de hacer gobierno o buscar soluciones ideales a los problemas de los ciudadanos, sino por su forma de gobernar las sociedades, por su forma de adoptar las decisiones más apropiadas a la urgencia de los problemas, por su forma de buscar las soluciones, ahora tomadas con y para el conjunto de la ciudadanía, a través de la previsión de mecanismos en los que se pueda tanto publicitar problemas o reivindicaciones, como efectuar deliberaciones, intercambios o exposición de ideas sobre los asuntos públicos.¹³

Educación y democracia, por tanto, están indisolublemente unidas. Si la educación es un aprendizaje de la libertad y la responsabilidad, es decir, de los valores democráticos, parece lógico que se deba potenciar la escuela pública y democrática. Para ello es preciso cambiar la concepción actual de enseñanza, apelando en favor de la comunidad y los espacios públicos. El fin último de la educación pública ha de responder, por un lado, a la singladura vital de las personas y a los medios que le son más apropiados y, por otro, a la excelencia de los alumnos, posibilitando de este modo el hallazgo

¹¹ Barber, B., *An Aristocracy of Everyone. The politics of education and the future of America*, London, Oxford University Press, 1994, p. 4.

¹² *Ibidem*, p. 6.

¹³ Véase Parameswaran, M. P., *Democracy. Participatory Democracy*, en Fisher, W.F., Ponniah, T. (eds.), *Another World is Possible*, New York, Zed Books, 2003, pp. 324-328.

de personas de pensamiento autónomo y deliberativo, capaces de conducir y formar parte de manera activa en el fortalecimiento del principio democrático participativo.¹⁴

Sin embargo, la experiencia diaria de nuestros sistemas educativos y la sinceridad de sus problemas nos descubren una escuela pública con problemas dispares que, lejos de atender a esta inquietud participativa, se limita a reproducir los fines prácticos del organismo social: la preparación profesional y la formación difusa del ciudadano. Son malos tiempos para la escuela pública. Si bien el derecho a una educación integral señala a los poderes públicos en la obligación de impulsar y colaborar a la efectividad de ese derecho fundamental para nuestro sistema político, lo cierto es que el Estado ha ido haciendo dejación de sus funciones en materia educativa, al tiempo que ha ido abriendo tácitamente más espacios a la iniciativa privada. El estado ahora se basta con detentar atribuciones de gestión, homologación e inspección del sistema educativo. Esta actitud constituye un grave perjuicio para el desarrollo de la pedagogía democrática y los valores cívicos, pues equivale a cuestionar la capacidad pública de garantizar una educación de calidad. O lo que es lo mismo, equivale a justificar la conveniencia de los procesos de privatización de la educación.

La regeneración de la democracia, con sus contenidos reales de participación política, pasa necesariamente por la educación. Ambas se implican recíprocamente. Mejor aún, “antes que hablar de democracia, valdría más hablar de demopedia”.¹⁵ No en vano el problema de la educación constituye, parafraseando a Lacroix, “el meollo de nuestra civilización”.¹⁶ Por tanto, enseñar democracia es servir a la comunidad. Es una pedagogía para una nueva concepción de ciudadanía entregada a la renovación tanto de los valores democráticos como de las estructuras políticas.

¹⁴ A nuestro juicio estos cambios han de propiciar una verdadera reforma del pensamiento, en el sentido más preciso que alumbrara Edgar Morin. Véase Morin, E., *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Barcelona, Paidós, 2001, especialmente las pp. 90-95.

¹⁵ Barlow, M., *El socialismo de E. Mounier* (trad. a cargo de Sans Vila y M.T. Martín), Salamanca, Sígueme, p. 166

¹⁶ Lacroix, J.; Guissard, L., *Presencia de Mounier* (trad. a cargo de Mary Row), Barcelona, Nova terra, 1966, p. 27.

Todas estas contradicciones que el capitalismo democrático viene registrando en el funcionamiento de los estados se remansan en una imagen de inescamoteable tristeza: la ciudadanía ya no es el correlato de la libertad. El retroceso de los procesos democráticos¹⁷ arruina la expectativa ciudadana de abrir nuevos campos de posibilidades, de imaginar otros espacios, de instituir más derechos y, como no, de retomar la idea de servicio a la comunidad —que ahora se presenta como una actividad coercitiva al depender del gobierno.

Frente a la creciente privatización de los espacios públicos, bajo la apariencia de infalibilidad de las leyes del progreso y el mercado actual,¹⁸ con su lógica bivalente y oposicional (público-privado),¹⁹

¹⁷ Para Ralph Miliband el concepto de democracia capitalista, que es como prefiere denominar a la democracia liberal, es una contradicción en el más puro sentido del término en la medida en que engarza dos sistemas opuestos. Por un lado, el capitalismo es un sistema de organización económica que demanda la existencia de un minoritario grupo o clase de personas que se apropia y controla los principales medios de la actividad industrial, comercial y financiera, como también de los principales medios de comunicación. Un grupo que ejercita una influencia desproporcionada en la política y en la sociedad, en sus países y más allá de sus fronteras. Por otra parte, la democracia se basa en la negación de tal preponderancia y requiere una igualdad de condiciones que el capitalismo repudia. A su juicio, las democracias capitalistas se suelen basar en una definición mínima de democracia. De hecho se reduce a un procedimiento, pero éste es manipulado por las elites en su beneficio (Miliband, R., *The Socialist Alternative*, en Diamond, L., Plattner, Marc, F., (eds.), *Capitalism, Socialism, and Democracy Revisited*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1993, pp. 113-115). En este sentido, retomado las teorías emanadas de los movimientos sociales de los sesenta, véase a Bowles, S., Gintis, H., *Democracy and Capitalism. Property, Community, and the Contradictions of Modern Social Thought*, New York, Basic Books, 1986. Y desde una perspectiva neomarxista es importante tener en cuenta el trabajo de Woods, E.M., *Democracy against Capitalism: renewing historical materialism*, New York, Cambridge University Press, 1995.

¹⁸ Barber, B., *An Aristocracy of Everyone*, op. cit., p. 233.

¹⁹ Por bivalente hemos de entender la admisión como únicos valores de verdad lo correcto y lo incorrecto, lo verdadero y lo falso. Así, al menos, se ha configurado siempre la lógica tradicional (Véase Frege, G., “Ubre Sinn und Bedeutung”, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100, 1982, pp. 25-52 o en su sentido más deóntico a Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus* —trad. a cargo de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera—, Madrid, Alianza Editorial, p. 27). Por oposicional hemos de entender la transformación en oposición absoluta brutal e irreductible de cualquier diferencia, por medio de la asunción, en palabras del maestro y amigo Norman Solórzano Alfaro, como estructura cognitiva y pragmática básica la relación *amigo-enemigo*. De este modo, el sector público se identificaría, con arreglo a esta lógica, con lo falso (bivalencia) y con lo malo (oposicional), mientras que, por el contrario, el sector privado se remansaría mansamente en lo bueno y además cierto. Véase Barber, B., *Un lugar para todos. Cómo fortalecer la democracia y la sociedad civil*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 13.

sus tramas y sus escisiones entre ciudadanía y gobierno, se inscribe esta propuesta educativa de transformación socio-histórica de nuestra cultura democrática. Claro que esta no es nueva. A principios del siglo XX Woodrow Wilson no escatimó quehaceres a la hora de promover la instrucción cívica de la ciudadanía. Si no se afrontaban los problemas de la educación desde una actitud frontal, generosa y limpia, si no se tenía el cuidado de alentar una educación mejor, el conocimiento (saber) y la política (poder) acabarían en manos de un grupo de especialistas.²⁰ Wilson se oponía al modelo germánico de universidades —Johns Hopkins—, que potenciaba ese tipo de colonización elitista del conocimiento.²¹ Si concebimos la idea de servicio como sinónimo de altruismo no se puede compeler a las personas a que respondan responsablemente para con sus conciudadanos y la comunidad. En cambio, si se entiende como parte esencial de lo que ha de ser la formación cívica integral de los ciudadanos, sí. Digamos que la educación consiste en un ejercicio de autoridad (coerción legítima) en nombre de (y para) la libertad.²² Dicho de otro modo, sugerir a la gente que sirvan a otros seres humanos puede ser deseable, pero en ningún caso facilitará el hallazgo de seres humanos más responsables y autónomos. El objetivo no es servir, sino aprender a ser libre, a no ser indiferente, es decir, a ser responsable.

²⁰ No por casualidad una de las tensiones más decisivas en la construcción de la modernidad occidental es la tensión *poder/saber*, en virtud de la cual el poder busca siempre un saber que lo legitime. El poder, por definición, siempre tratará de apropiarse del saber como condición de posibilidad de su reproducción. Cfr. Bourdieu, P., *Meditaciones pascalianas* (trad. a cargo de Thomas Kauf), Barcelona, Anagrama, 1999, pp. 125 y ss. Véase, del mismo autor, *Poder, derecho y clases sociales*, (trad. a cargo de A. García Inda) Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 166 y ss.

²¹ Rimmerman, C.A., *The New Citizenship. Unconventional Politics, Activism, and Service*, Westview Press, Boulder, 1997, pp. 246-247. Siguiendo este objetivo, que pasa por una transformación pedagógica de la escuela pública con predominio de la educación cívica sobre la erudición y la preparación profesional, el profesor de la Universidad de Maryland, Benjamin R. Barber, puso en marcha en la Universidad de Rutgers un servicio de educación cívica, en el que diseñaba la interjección de la enseñanza en las aulas con la práctica en actitudes cívicas y responsables. Era la forma que tenía de escenificar su respuesta al decrecimiento cívico de la ciudadanía en nuestras sociedades y, por ende, al fortalecimiento de las elites, frente a ciudadanos aislados y cada vez más desposeídos de participación.

²² *Ibid.*, p. 250.

Pero la fuerte atomización social y la actitud de los medios de comunicación, empeñados en mediar estratégicamente en la cultura (democrática), no facilita las cosas.²³ La presión sobre el pensamiento y los reflejos a través del control hegemónico de la cultura continúa siendo la metáfora reciente de la democracia. Esta labor que propaga la uniformidad cultural, la comunión ideológica y el amor a patrones comunes resulta esencial para el mantenimiento de la inercia elitista que padecen las sociedades democráticas contemporáneas. Funciona como una especie de apisonadora que se hace no ya con los mandos del organismo político, sino con la prensa, la opinión y la cultura. Colonizando la voluntad o modelando las aspiraciones se apropia del imaginario para justificar que el gobierno, como la política, por muy democrática que esta sea, siempre será cosa de unos pocos. Que la oligarquía está justificada, en la medida en que la responsabilidad de gobernar ha de recaer sobre los hombros de quienes tienen la preparación y el encomio como para sobrellevar una carga “tan pesada y aburrida”. Claro que este planteamiento es fácilmente objetable. La función de gobernar no es tan pesada, entre otras cosas porque no se trata de una carga, sino sólo de poder. De manera que si la responsabilidad de hacer política, que es una forma civilizada de hablar de poder, se encomienda tan sólo a unos cuantos, si no es distribuida entre todos, la democracia acabará sepultada bajo una concepción dogmática y elitista del poder por más que se revista de formas democráticas. Por eso, cuando nos vienen con esas hemos de pensar que no se trata tanto de adquirir responsabilidades como de tomar el poder y ejercerlo proscribiendo la participación democrática de los ciudadanos.

Nos hacemos eco en este punto de las reflexiones de John Dewey. La democracia como forma de vida descansaría en la necesidad de participación de cada ser humano maduro en la formación de los valores que regulan la vida en común, en la búsqueda tanto de su desarrollo personal como del bienestar social. Desde esta perspectiva, democracia equivale a indagar en los medios más idóneos para el aseguramiento de los seres humanos y de sus sociedades, desde la

²³ Barber, B., *Jihad, vs. McWorld*, New York, Times Books, 1995, p. 275.

exigencia del “derecho al libre desarrollo y al máximo de responsabilidad”.²⁴

Desde luego, esta visión amplia y participativa de democracia no es a la que estamos acostumbrados. Normalmente identificamos democracia con determinadas formas de hacer gobierno o con sistemas electorales que posibilitan la alternancia y reproducción elitista de la clase política. Hay que decir que la democracia excede este planteamiento limitado y parcial. Básicamente consiste en una manera eficiente de formar ciudadanos comprometidos con su tiempo y con el desarrollo de sus iniciativas y potencialidades como seres humanos: ciudadanos que no se van a sustraer de sus compromisos cívicos de participación, que no van a acceder a seguir delegando íntegramente sus decisiones en manos de una minoría espiritual, por grande que sea la apariencia de su capacidad resolutoria. No disminuyamos, por tanto, el problema. Si el ciudadano prefiere seguir fortificado y aislado en el cuerpo social, abjurando del común *nosotros* y justificando la identificación entre autoridad democrática y clase política, se estará allanando el camino a una mística difusa de las elites de gobierno con sus múltiples formas de dominación, mediante la negación de la participación. Por eso, proponemos más actitud cívica y más estructuras participativas que permitan la adopción ciudadana de decisiones ágiles, responsables y no anónimas. Porque frente a una sociedad civil demasiado mediatizada por el Estado y sus fines, sólo la eficiencia participativa, la comunicación diádica y el método de la responsabilidad nos devolverán nuestra tradición democrática.

III. LA DEMOCRACIA QUE TENEMOS NO ES LA DEMOCRACIA QUE QUEREMOS. LA DEMOCRACIA COMO EXPERIENCIA POLÍTICA DE AUTOGBIERNO

Hemos procurado visualizar aquí uno de los problemas que hoy cuestionan la fidelidad democrática de los sistemas liberales representativos: la liquidación de la educación cívica y sus inevitables reflujos minoritarios y elitistas. Ahora debiéramos hacernos una pregunta:

²⁴ MOUNIER, E., *Revolución personalista y comunitaria*, en *Obras Completas*, vol. I, Salamanca, Sígueme, 1992, p. 335.

¿podemos entender la democracia de manera distinta, mucho más allá de sus formas e instituciones actuales? ¿Podemos revitalizar el valor de la comunidad para que todas las personas puedan desarrollar, con plenitud y desde la responsabilidad, al máximo sus potencialidades e iniciativas? A esto hay que decir que sí podemos. Desde un compromiso público no conformista podemos diseñar y poner en funcionamiento instituciones políticas más cívicas y compatibles con las exigencias complejas de las sociedades modernas. Llamemos *democracia*, desde esta óptica, al autogobierno de los ciudadanos, en vez del gobierno representativo en nombre de los ciudadanos, a través de instituciones diseñadas con el fin de propiciar una participación cívica continua desde la fijación de los asuntos a tratar en la agenda de gobierno, hasta su deliberación, adopción legislativa y ejecución.

Si como la democracia realmente existente, la liberal y representativa, es una democracia que da “al hombre libertades que luego el capitalismo le impide usar”,²⁵ una democracia participativa es una democracia que restaura el valor político de la comunidad; es una democracia que re-establece todas las estructuras políticas, que repone al ciudadano en sus deberes y en sus derechos, que rescata al ser humano de la dependencia psicológica y el aislamiento de los individuos privados y que antepone a los “intereses privados y dependientes” de cada uno, la satisfacción de los “bienes públicos”.²⁶

Quiere decirse que los principios políticos de las democracias occidentales no son ni se pueden entender como absolutos. Las democracias se construyen lentamente, cultura a cultura, con sus luchas y prácticas sociales, con sus necesidades y sus posibilidades de creación. Tanto el tribalismo, como las tiranías (algunas con sus formas democráticas), no son buenas para entrar en la senda de la democracia.²⁷ La historia de los últimos doscientos años da fe de ello. El camino de la democracia se construye desde la continuidad, esto es, desde la realidad desnuda e inmediata de los sujetos, desde la finitud de sus condiciones sociales. Por eso ofrece más participa-

²⁵ *Idem.*

²⁶ Véase BARBER, B., *Strong Democracy*, *op. cit.*, pp. 131-132.

²⁷ BARBER, B., *Jihad vs. Mcworld*, *op. cit.*, pp. 278 y 279.

ción y menos esquemas pre-políticos inmutables en la resolución dinámica y mutualista de los problemas, y más fines públicos donde antes no existían. En una democracia semejante, los fines públicos no se extrapolan desde absolutos, ni se descubren en un consenso oculto preexistente. Antes bien, son forjados mediante el acto de participación pública, creados mediante la deliberación y la acción común, que cambia de forma y dirección cuando se someten a estos procesos deliberativos.²⁸

De este modo, los propios valores políticos clásicos de la democracia moderna —la libertad, la igualdad y la justicia social—, abandonan su sentido más instrumental y adquieren un índice más enérgico y abundante a la luz de la idea de participación. O ¿acaso debemos entender que la libertad se agota en el simple intercambio de voluntades libres, en el cumplimiento libre de los contratos o en el libre contrato de sociabilidad? ¿No deberíamos apostar por una noción más amplia y cercana? ¿No deberíamos más bien concebir a la libertad como el resultado de un proceso cívico de participación de los ciudadanos en la comunidad? El modelo liberal de democracia hace de la libertad la suficiencia del más fuerte, como ha hecho de la política una actividad sólo atribuible a profesionales o expertos. Por el contrario, la democracia participativa crea (educando) ciudadanos cívicos y responsables, porque depende de ellos. ¿De qué otra forma podría administrarse la constante confrontación entre los intereses fragmentarios del *yo*, como ciudadano, y los *otros*, como ciudadanos? Nuestra respuesta no lleva las trazas de ser ambigua en este remate: la ciudadanía nos ha de enseñar y exigir a actuar y pensar en común, haciendo de ella un *nosotros* pensante y actuante. En esto consiste la libertad.

He aquí a la democracia como forma de gobierno de la ciudadanía: como autogobierno responsable de sí misma, no como mística mayoritaria —democracia de masas— o como autonomía de las voluntades —democracia individualista—. La actitud de la ciudada-

²⁸ En este sentido, se inscribe la reciente contribución española a éste sobre la democracia. En SORIANO DÍAZ, R., y DE LA RASILLA, L., *Democracia vergonzante y ciudadanos de perfil*, Granada, Comares, 2002, pp. 246 y ss., se apostilla una visión, desde luego, bastante decidida acerca de lo que los autores denominan "democracia participativa basada en la creación permanente de grupos de ciudadanos de acción política".

nía se sintetiza, pues, en el compromiso responsable de la singularidad de todos y cada uno de nosotros —no hablamos de colectivismo unitario—, en "el intercambio recíproco y horizontal de abnegaciones", que diría Mounier. Esto equivale a significar la necesidad de propiciar otras condiciones de posibilidad democrática a nuestras instituciones y relaciones, sin poner nuestra naturaleza singular e irrepetible, pero también plural, en manos del individualismo y de lo mercantil. Se trata de construir nuevos espacios donde quepan todos, donde todos podamos manifestarnos y comunicarnos recíprocamente. Por eso, frente a esta "metafísica de la soledad integral"²⁹ que se apropia del imaginario, acampando en nuestras ciudades y haciéndose con las riendas del organismo político, proponemos la democracia participativa como escenario posible de relaciones diádicas entre ciudadanos responsables en la comunidad (nosotros).³⁰ Para eso necesitamos rehabilitar las nociones de comunidad y ciudadanía, desde la resituación de la conversación/acción pública como el eje extenso de sus instituciones y reformas políticas. La conversación pública fecunda el juicio político y éste, a su vez, se materializa en la acción política como decisión pública, esto es, como parte de una acción y trabajo comunes.³¹

Claro que ello no equivale a decir que debemos vivir la institucionalización de tales mecanismos sin pisar los rieles de la democracia representativa. No se trata de liquidar (purificar), sino de rehacer las estructuras. Desde la democracia liberal, con sus limitaciones y sus exclusiones, se puede engendrar más democracia.³² Debemos ser realistas. Si deseamos más democracia, debemos compatibilizar las nuevas soluciones con las instituciones representativas. Sólo así podremos dinamizar en el vientre complejo de nuestras sociedades el funcionamiento de un proyecto político como este;³³ sólo así po-

²⁹ MOUNIER, E., *Revolución personalista y comunitaria*, en *Obras completas*, op. cit., p. 191.

³⁰ Véase sino a BARBER, B., *Un lugar para todos*, op. cit., p. 11.

³¹ BARBER, B., *Strong Democracy*, op. cit., p. 173.

³² *Ibid.*, p. 265.

³³ BARBER sostiene que necesariamente existirán tensiones, pero la democracia fuerte puede ser sólo una modificación de la democracia liberal. Una estrategia realista para aderezar el cambio político no puede ser revolucionaria si tiene a la democracia por obje-

dremos salvaguardar a las minorías y a los sujetos, supeditar el uso de la tecnología a los retos de la ciudadanía y ofrecer una alternativa clara al gobierno elitista tradicional de la clase política. Una forma de hacerlo es institucionalizando la acción/conversación públicas junto a nuevas propuestas políticas,³⁴ con sus instituciones y sus horizontes alternativos, frente a las insuficiencias e infidelidades de las democracias occidentales. Porque no se trata de expiar, sino de rehacer (restaurar) la democracia; porque...

*“el pueblo es más prudente y
más constante que los principes”.*
(Maquiavelo)³⁵

to, como tampoco la reforma de las estructuras no puede esperar la desaparición de la sociedad liberal. *Ibid.*, p. 262.

³⁴ Hagámonos eco en este punto de las propuestas/alternativas que nos sugiere el propio BARBER. Nos propone, en primer lugar, la creación de asambleas vecinales, corporaciones públicas de comunicación a nivel local, con posibilidades de acceso a subsidios públicos, en las que la información se democratice y la discusión pública se enriquezca. Seguidamente, dentro de la institucionalización del proceso de decisión, BARBER insiste en asegurar la fidelidad democrática de las decisiones por medio de la iniciativa popular y el referéndum, utilizando el acervo de ventajas que contrae la democracia electrónica (para un análisis crítico de las posibilidades de la democracia electrónica, véase a FISHKIN, J., *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 190-193). En los procesos electivos se seguiría, incluso en algunas ocasiones, el ejemplo de las polis griegas en la elección por sorteo de los funcionarios públicos. Finalmente, para institucionalizar la acción pública o democrática BARBER aboga por la recuperación de los espacios públicos, apostando por la vecindad y la democratización del lugar de trabajo, amén de la responsabilidad de los poderes públicos en la promoción de la educación y formación ciudadanas en cuestiones tan decisivas para la paz social y la convivencia plural, como la política y la economía.

³⁵ MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, libro I, cap. 58.

CIENCIA-FICCIÓN Y DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA COMPLEJIDAD, LAS TRAMAS SOCIALES Y LOS CONDICIONALES CONTRAFÁCTICOS

David SÁNCHEZ RUBIO¹

SUMARIO: I. Introducción. Ciencia, ficción y derechos. 1. ¿Qué ciencia-ficción? 2. ¿Qué se entiende por derechos humanos? II. Dos posibles conexiones entre ciencia-ficción y derechos humanos. 1. Algunos marcos categoriales en ciencia, ciencia-ficción y derechos humanos. 2. Derivas de los principios de imposibilidad y tramas sociales.

I. INTRODUCCIÓN. CIENCIA, FICCIÓN Y DERECHOS

Antes de desarrollar el tema de este trabajo habría que hacer dos aclaraciones en torno a las preguntas que muchos se plantearán: ¿por qué ciencia-ficción y derechos humanos juntos?, ¿y qué tiene que ver la ciencia-ficción con los derechos humanos? A los inicialmente sorprendidos, se les podría contestar con una broma fácil, asociando ambas categorías al mundo de lo utópico, entendido como aquello que todavía no es y que es seguro que nunca será. En el mundo en que vivimos, en materia de derechos humanos, si comparamos lo que se

¹ Trabajo presentado con motivo de la invitación a participar en "Suturas y fragmentos. Cuerpos y territorios en la ciencia-ficción". Universidad Internacional de Andalucía (UNIA)-Constant-Fundación Antonio Tapiés, 17-20 mayo 2004. Saldrá como capítulo de un libro con el mismo título del evento y editado por la Fundación Antonio Tapiés y el grupo belga Constant.

hace con lo que se dice, a menudo nos moveremos en el terreno de la ciencia-ficción, por el abismo que existe entre ambas dimensiones. El escritor uruguayo Eduardo Galeano comenta que tan separados están los planos de la teoría y la práctica que, si se cruzan en una esquina, pasan de largo sin saludarse porque no se conocen. Tan constantes y sistemáticas son las violaciones de los derechos humanos en todas las parcelas de la vida social, que por mucho que en el plano de lo que debe ser y las buenas palabras se diga que el ser humano los posee, la realidad nos muestra su inexistencia. Es de ciencia-ficción pretender que en las sociedades en que vivimos todos los seres humanos lleguen a un pleno y efectivo reconocimiento de esos derechos.

Para abordar el tema principal y moviéndome en una dimensión teórico-conceptual especulativa, me gustaría: 1) manifestar la noción de ciencia-ficción de la que parto y justificar con ello su tratamiento; y 2) explicar un poco el concepto o el sentido de derechos humanos que defiendo. No obstante, tengo que dejar claro que lo que aquí se diga no pretende ser un punto de vista dogmático y absoluto, considerando la parcialidad de todo mirar. Siguiendo a Donna Haraway, sólo la perspectiva parcial promete una visión objetiva no inocente de la vida. No creo en las visiones que prometen la generalidad, la universalidad y la trascendencia de todos los límites y todas las responsabilidades humanas. Vivimos permanentemente en movimiento y nuestro conocimiento se sitúa en un tiempo y un espacio concretos. Mi forma de pensar cambia con el transcurrir de los días y así ha sucedido en estos algo más de tres días que llevamos con *Suturas y fragmentos*. Prefiero que lo que diga se entienda como aproximaciones y no como canonizaciones, sacralidades y dogmas. Todos actuamos en un continuo proceso participativo de construcción de realidades conflictivas, comunicativas y/o confluyentes.

1. ¿Qué ciencia-ficción?

Entre otras características, el género de ciencia-ficción se preocupa por la apertura de nuevos horizontes. Desde este punto de vista, comparte la idea de la teoría crítica en el plano de las ciencias, al no conformarse con lo empíricamente dado. Me interesa la ciencia-ficción en cuanto género inconformista, que no se deja dominar por una

cultura de la impotencia y la indolencia. Este es un hecho que hoy en día se hace más necesario en todos los niveles, dada la necesidad de enfrentar la situación adversa en la que se encuentra la humanidad. Miquel Barceló entiende el género de ciencia-ficción como un instrumento, uno más, que nos permite especulaciones arriesgadas, capaces de hacernos meditar sobre nuestro mundo y nuestra organización social, de ahí que deba considerarse como literatura de ideas específicamente especulativas. Con la ciencia-ficción se tiene la sensación de que se está conquistando, descubriendo o construyendo nuevos territorios y espacios.

Asimismo, de forma más específica, si nos ubicamos en el seno de la cultura occidental, la ciencia, en tanto que instrumento de conocimiento, acceso y transformación de realidades, juega un papel decisivo en su trayectoria histórica. Conscientes de la dificultad y el riesgo de definir la ciencia-ficción y del hecho de que abarca muchas modalidades, desde la ciencia-ficción dura (realizada por científicos o por personas que utilizan criterios científicos como eje de las obras), hasta la blanda (preocupada por el impacto de los cambios provocados por el mundo tecnológico, por las respuestas que se le dan y el sentido que tienen), propondré tres tentativas de definición: Isaac Asimov la concibe en el plano de la palabra escrita como *aquella rama de la literatura que trata de la respuesta humana a los cambios en el nivel de la ciencia y la tecnología*.² Por su parte, David Pringle la define como *forma narrativa fantástica que explota las perspectivas imaginativas de la ciencia moderna*; y finalmente, el gran crítico Darko Sovin, habla en un sentido más amplio de *literatura del extrañamiento cognitivo, a nivel de espacio, tiempo y epistémico*.³ Si combinamos el eje marcado por la presencia abierta y libre de la ciencia con esta última caracterización, podremos obtener una idea aproximada de lo que aquí se entiende por ciencia-ficción. Siendo los elementos científico y tecnológico importantísimos en este género especulativo, las dimensiones de recreación, extrañamiento y apertura de nuevos espacios, nuevos tiempos y nuevas cognicio-

² Citado por BARCELÓ, Miquel, *Paradojas: ciencia en la ciencia-ficción*, Barcelona, Equipo Sirius, 2000.

³ Ambas definiciones en PRINGLE, David, *Ciencia ficción. Las 100 mejores novelas*, Barcelona, Minotauro, 1990.

nes donde se desarrolla la condición humana son los elementos que más valoro en el campo de la ciencia-ficción.

Por otra parte, haciendo una especie de paréntesis de reflexión, cabría preguntarse si teniendo en cuenta esas definiciones, por lo general, las obras de ciencia-ficción se preocupan también de especular sobre el nivel de los procesos de construcción científica y de conformación de los paradigmas que rigen las ciencias, es decir, si atienden al problema de cómo se construye la ciencia y cuáles son las condiciones de su posibilidad y ejercicio. Con esto no quiero exigir a este género que se preocupe obligatoriamente por ello, sino más bien reclamarle un lugar de los muchos que posee, y pretextar sobre los planteamientos de Donna Haraway a partir de su noción de ciberfeminismo como forma de quiebra y ruptura de dualismos maniqueístas y separaciones patriarcales entre técnica y máquinas por un lado, y seres humanos bajo el predominio de los varones, por otro.

Pero retomemos el discurso principal, y concretamente en lo relativo al papel que la ciencia y la técnica poseen en nuestro contexto cultural, una dimensión que se proyecta sobre el campo de la ciencia-ficción. Para ello, parto de los planteamientos del sociólogo luso Boaventura de Sousa Santos, quien, en *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, afirma que la modernidad, compleja y rica en su trayectoria y llena en su matriz tanto de energías reguladoras como emancipadoras, ha llegado desde hace unos años a su límite, porque ya no tiene capacidad de respuesta para los problemas humanos. La condición sociocultural desde finales del siglo XX a principios del siglo XXI se caracteriza por la absorción del pilar de la emancipación, basada en la idea de solidaridad, por el pilar de la regulación, cimentada en la idea del orden frente al caos y la incertidumbre. Si en sus orígenes, la modernidad pretendía el desarrollo armónico y recíproco de ambos pilares, traducido en una completa racionalización de la vida colectiva e individual, intentando gestionar y solucionar las dificultades, promesas y déficits de todo tipo que iban surgiendo, al final, la ciencia y la técnica acabaron por colonizar y concentrar las energías y potencialidades de la tradición moderna de un modo superrepresivo.⁴

⁴ El paradigma de la modernidad se asienta sobre dos pilares interrelacionados: regulación y emancipación. Cada uno de ellos está constituido por tres principios o lógicas. La

La crisis y el límite teóricamente insuperable de la capacidad de la modernidad han sido fruto de todo un proceso histórico y de convergencias de distintos trayectos y secuencias. Muy sintéticamente, puede decirse que en el mismo instante en que el desarrollo del sistema capitalista se apoderó de las capacidades de la modernidad, éstas se redujeron a dos de sus grandes instrumentos de racionalización de la vida colectiva: la ciencia moderna y el derecho estatal moderno, que pasó a ser el *alter ego* de aquélla. Como cada uno de los principios y racionalidades de la regulación y la emancipación tiene vocación maximalista al intentar acaparar la gestión de los excesos y los déficits, la racionalidad cognitivo-instrumental científica acabó dominando al resto, convirtiéndose en un modelo totalitario que niega cualquier conato de racionalidad y estatuto epistemológico a todas las demás formas de conocimiento. Además, el principio de regulación de mercado, convertida la ciencia en la principal fuerza productiva, se adueñó de la administración de lo social. La eficiencia, la eficacia, la cuantificación, la tecnificación y la reducción de la complejidad de la realidad sentaron las bases con las que se quiebra la dialéctica entre regulación y emancipación, y se estabiliza la asimetría entre la capacidad de actuar y la capacidad de prever. Promesas incumplidas e insuficiencias irremediables cayeron como una losa en la (in)capacidad de solucionar los problemas y las adversidades sociales.

Tanto la absolutización del mercado como de la ciencia, legitimados mediante el derecho como formas e instituciones de ordenación, de conocimiento y, junto con la tecnología, como instrumentos

regulación por a) el principio de Estado, caracterizado por establecer un tipo de obligaciones verticales entre individuos-ciudadanos y el Estado; b) el principio del mercado, con obligaciones horizontales pero antagónicas entre individuos que intercambian competitivamente mercancías; y c) el principio de comunidad, con obligaciones horizontales y solidarias entre asociaciones y miembros de una comunidad. La emancipación se cimienta en la lógica o racionalidad estético-expresiva, expresada en el arte y la literatura; la cognitivo-instrumental propia de la ciencia y la técnica; y la moral-práctica perteneciente a la moral y el derecho.

Del lado de la regulación, hay una tendencia a la maximización del Estado, a la maximización del mercado o a la maximización de la comunidad. Del lado de la emancipación, se tiende a la "estetización", la "cientificación" o la "judicialización" de la práctica social. Véase *Crítica de la razón indolente. El desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.

de manipulación y transformación de lo real, han provocado un proceso de colonización patriarcal, quebrando los vínculos solidarios y no reconociendo como sujetos a antiguos y nuevos espacios culturales y naturales que se han ido y se van encontrando en su camino. En cierta forma, articulando relaciones de poder jerarquizadas, dominadoras y de explotación, se ha generalizado una incapacidad de concebir al otro y a la otra como sujetos. Más bien ha sucedido todo lo contrario, se ha extendido el hábito y la costumbre de colonizar y cosificar la experiencia, tratando lo extraño como objeto, ya sea su condición animal, vegetal y/o humana.

Por esta y otras razones, hemos llegado a tales niveles, excesos y déficits de la ciencia, el mercado y el derecho, que nos encontramos en una época de crisis y transición paradigmática. De ahí que sea necesario buscar nuevas formas de pensar, nuevas formas de enfrentar la realidad, en las que sus ámbitos de reciprocidad, solidaridad y reconocimiento de sujetos diferenciados y plurales constituyan referentes y objetivos. El propio Boaventura de Sousa Santos señala que la cultura occidental y su racionalidad, a través de un continuo ejercicio de desperdicio de la experiencia, se ha limitado a extender imperialmente su horizonte de sentido espacio-temporal y simbólico por todo el orbe terrestre, invisibilizando, silenciando y eliminando múltiples prácticas, experiencias y expectativas, tanto propias como de otras culturas y formas de vida. Y en concreto, su principal característica ha sido contraer el presente y expandir simultáneamente el futuro bajo las ideas de progreso y totalidad. Para combatir esta unidimensionalización y homogeneización de los mundos, apuesta por articular procesos emancipadores y plurales. En concreto, habla de dos medidas necesarias que hay que adoptar: una que evite visiones monolíticas y uniformadoras de la realidad. Para ello, hay que elaborar una teoría de las traducciones, que permita establecer el diálogo y la comunicación siempre incompleta y abierta de diversas maneras culturales e identitarias de afrontar la realidad; la otra medida pretende recuperar distintas dimensiones de solidaridad, expectativas, reivindicaciones y prácticas que se han dado en el pasado y se dan en el presente, pero que por diversas razones se han invisibilizado, se han excluido, se han destruido o se han marginado a favor de un pensamiento hegemónico. Las llama sociologías de las ausencias y las emergencias. Con estas actuaciones podrá invertirse el proceso

de contracción del presente y expansión del futuro, dando paso a una expansión del presente y a una contracción del futuro que recupere las diversas y variadas prácticas sociales y epistémicas que existen, pero que no se tienen en cuenta, y aquellas múltiples expectativas que se preocupan más por articular un futuro inmediato y construido desde las factibilidades y las posibilidades humanas.⁵

En cierta medida, el género de ciencia-ficción ha desempeñado y desempeña ambas funciones. Por un lado, y como veremos más adelante, ha pecado de los mismos defectos de la cultura que la ha bautizado, preocupándose, con intención cuestionadora o sin ella, por sobredimensionar la dimensión del futuro y su carácter más dramático, pero olvidando la condición humana al perder y dilatar excesivamente esos presentes que la contextualizan. Pero por otro lado, la ciencia-ficción, desde mi punto de vista, es uno de los géneros que mejor articula las racionalidades estético-expresiva del arte y la literatura y la técnico-instrumental de la ciencia y la tecnología, pese a lo que dice Miquel Barceló de que la especulación de la ciencia-ficción se hace sólo con una voluntad básicamente artística y en absoluto científica. Pese a su marginalidad, la racionalidad estético-expresiva es la que más ha conservado la dimensión emancipadora de la modernidad. En cierta forma, une lo que la racionalidad científica separa (causa e intención) y legitima la calidad y la importancia del conocimiento retórico frente al dogmático. Frente a una ciencia que polariza, dualiza y separa en sujetos y objetos, sobredimensionando lo cuantitativo por encima de lo cualitativo, que parcializa separando y matematiza la realidad, desde la ciencia-ficción también se dan elementos con los que vislumbrar otra ciencia que intercomunique, dialogue, encuentre la relacionalidad y recursividad de todas las partes y facetas de la realidad. La combinación de la especulación científica y la artística puede permitir diluir la frontera entre sujeto y objeto, concienciar tanto de su proceso como de sus condiciones de creación y recreación, mantener su dinamismo y pluralidad espacio-temporal y vinculando sus procesos con los resultados, la prevención con los efectos. Hasta ahora, la ciencia ha demostrado una falta

⁵ Véase también su trabajo "Para uma sociologia das ausencias e uma sociologia das emergencias", en SOUSA SANTOS, Boaventura DE (org.), *Conhecimento Prudente para uma Vida Decente*, Sao Paulo, Cortez Editora, 2004.

absoluta de control de las consecuencias, reflejándose esto en nuestras propias experiencias humanas y no sólo en géneros literarios de ficción especulativa. No obstante, desde el mundo de la imaginación y reconociendo las múltiples expresiones y modalidades de este género de ficción, tanto desde un plano excesivamente científico como demasiado "irreal" y creativo no científico, son muchos los aportes que se ofrecen en el mundo de la ciencia-ficción como especulación y anticipación que revaloriza la solidaridad en tanto que forma de saber, que recrea nuevas identidades, subjetividades e intersubjetividades y que reflexiona sobre la condición humana a partir de la recreación y construcción de nuevas fronteras en lo que se refiere al *espacio, el tiempo y lo epistémico*.

Por esta razón, comparto la concepción expresada por el mismo grupo *Constant* en el espléndido texto de la web de *Suturas y fragmentos*, donde dice:

"Explora el punto de unión, los intersticios, entre dos registros que alguien podría considerar opuestos: la ciencia y la ficción, y la contaminación recíproca entre ambas. La ciencia-ficción como zona de tensión que amalgama imaginario y realidad, utopía y distopía, carne y máquina; el uso de la intrusión, del desfase y lo incoherente como sistema de resistencia y como herramienta para interrogar el presente. La ciencia-ficción no es un oráculo que pueda predecir el futuro de forma más o menos exacta, sino un discurso crítico o inventivo, transgenérico y transdisciplinario sobre el cuerpo, la identidad, los territorios contemporáneos".⁶

2. ¿Qué se entiende por derechos humanos?

A continuación pasaré a hablar de derechos humanos, y partiendo de la noción que definiendo, los vincularé con la literatura especulativa. Tal como ocurre con el género de ciencia-ficción, que adolece de un prejuicio muy generalizado sobre su carácter y su función de género básicamente de entretenimiento, desprovisto de la calidad literaria o artística de otras obras, los marcos categoriales desde los que se conciben los derechos humanos son excesivamente simples y reduccionistas. El paradigma cartesiano de la simplicidad elaborado des-

⁶ Véase www.stitch-and-split.org.

de las ciencias se proyecta sobre la figura de los derechos humanos. Algunas de las restricciones que limitan los derechos humanos se deben al hecho de concebirlos a partir de la generalización de una de sus múltiples dimensiones, como es la normativa, jurídica y positiva. También hay una perspectiva esencialista según la cual se dan *a priori*, pues pueden deducirse de una naturaleza humana ya establecida y homogénea, mediante un simple razonamiento lógico-deductivo. Lo peor de todo es que algunos piensan que los derechos humanos son universales desde el punto de vista moral y jurídico, y olvidan que los derechos humanos no son y están ya dados, sino que *se hacen o deshacen* universales todos los días en un clima permanente de incertidumbre y conflicto. Por esta y otras razones, hay que romper con las visiones sustancialistas que les adjudican principalmente roles normalizados, estáticos, apriorísticos y previos, pero que ignoran sus facetas relacional, conflictiva, procesual y de permanente dinámica de construcción espacio-temporal y contextual.⁷

La visión liberal de la modernidad nos condiciona tanto por su excesivo formalismo (sin rechazar la dimensión formal no absolutizada) y su restringido marco conceptual. Los derechos humanos implican aspectos y elementos tanto normativos como no normativos, jurídicos como no jurídicos, que van más allá de los procesos de luchas generados, reflexionados, teorizados e institucionalizados por la burguesía en el tránsito a la modernidad. Circunscribirnos a ese molde único implica ignorar otros procesos de lucha contra distintas manifestaciones y tipos de poder. También conlleva aceptar una serie de derivas y trampas: la separación entre lo público y lo privado (ámbito éste compuesto por espacios donde todo vale); la reducción del significado de lo político (proyectado sobre el sentido de democracia, ciudadanía..., separado de lo económico y ambos de lo ético); la supeditación de lo jurídico a lo exclusivamente estatal y procedimental-formal, etcétera. Las consecuencias son claras: se desarrolla una cultura patriarcal y machista, una economía capitalista con una lógica de la obtención del máximo beneficio, la amputación de los procesos de lucha diarios y cotidianos en las distintas esferas de lo

⁷ Sobre el concepto de tramas sociales, véase GALLARDO, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Quito, Tierra Nueva, 2000.

social y frente a distintas manifestaciones del poder que no sólo se reducen a un determinado sistema político y a una única institución, etcétera. En definitiva, se olvidan los procesos de construcción de realidades y las parcelas fundamentales de esos procesos de lucha que se traducen en derechos humanos y que tienen una dimensión emancipadora, de resistencia frente a los diversos excesos del poder, las imposiciones institucionales y las tramas sociales del imperio. Ahora se trata de señalar unos derechos donde cada humano y cada humana tienen la capacidad como sujetos de dotar de sentido sus realidades en función de su condición particular siempre socializada.

Por esta y otras razones, los concibo desde una doble referencia: como articulación de tramas y procesos sociales, políticos, económicos, culturales y jurídicos, de apertura y consolidación de espacios de lucha por concepciones particulares de dignidad humana. Es decir, sistemas de objetos (normas, instituciones, valores) y acciones (prácticas) que posibilitan la lucha por las distintas concepciones de dignidad humana que defiende cada colectivo, cultura, movimiento o grupo social.⁸ De ahí que me interese por aquella ciencia-ficción que, tanto en sentido positivo o emancipador como negativo o de imperio, de modo consciente o inconsciente, se recrea en diversos procesos de lucha que enfrentan a poderes articuladores de relaciones humanas excluyentes, marginadoras, dominadoras y explotadoras, y a situaciones que recrean relaciones humanas plurales de inclusión y participación, horizontales y solidarias.

II. DOS POSIBLES CONEXIONES ENTRE CIENCIA-FICCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Para abordar más directamente la conexión entre ciencia-ficción y derechos humanos, podría tomar el camino de analizar normativa y procedimentalmente cómo se entienden y abordan los derechos humanos en las novelas de ciencia especulativa de modo explícito o implícito, a partir de las normas nacionales, internacionales, inter-

⁸ A este respecto, véase HERRERA FLORES, Joaquín, "Hacia una concepción compleja de los derechos humanos" y en general los trabajos que aparecen en HERRERA FLORES, Joaquín (ed.), HINKELAMMERT, Franz, GUTIÉRREZ, Germán y SÁNCHEZ RUBIO, David, *El vuelo de Anteo. Crítica de la razón liberal y derechos humanos*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.

planetarias o intergalácticas que regulan las relaciones humanas, interraciales y/o interespecies, y que pueden deducirse de cada novela. Con sagas como las de *Star Trek*, *La guerra de las galaxias* o la *Fundación* de Isaac Asimov y sus continuadores, o incluso en trabajos como *Un mundo feliz* de Aldous Huxley, *1984* de Orwell y *Los desposeídos* de Ursula K. Le Guin, podrían estudiarse los distintos tipos de sistemas políticos e institucionales, y el sentido de los ejercicios de poder y de gobierno que cada obra o película deja entrever. En las tres últimas novelas, por ejemplo, se contrastarían las críticas y las alternativas cerradas que desarrollan sus respectivos presentes. En cierta medida, supondría volver a adquirir el hábito de analizar las utopías de la edad iluminista y moderna como *La ciudad del Sol* de T. Campanella y *Utopía* de T. Moro, entre otras. Incluso como tema más específico y propio del derecho penal, sería atractivo detenerme en explicitar los modos de funcionamiento y ejecución de los distintos sistemas penales establecidos bajo el binomio crimen y castigo.

También podría detenerme en el ámbito de las sociedades informatizadas y en el impacto que tienen las tecnologías de la información y la comunicación desde la perspectiva de los derechos humanos y la democracia, con el propósito de estructurar una sociedad totalitaria apoyada en el control tecnológico o en la idealización de una sociedad respetuosa del medioambiente y libre de un poder dominante, cuyo núcleo social serían las comunidades voluntarias, tal como hace en su "computopía" el japonés Yoneji Masuda. Este autor plantea una tabla ideal de derechos y principios, como el reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos, sin ningún tipo de discriminación o excepciones, a participar directamente en todos los asuntos que les afecten; el deber de trabajar de modo altruista y cooperativo, no egoístamente; la garantía del libre acceso a la información; la distribución equitativa de cargas y beneficios que comporta la vida social, etcétera.⁹ De igual modo, otra opción, siguiendo en la línea del impacto actual que la tecnociencia provoca en los seres humanos y no humanos, muchos caminos se abren con relación a la clonación y las mutaciones genéticas, o bien en el mundo de la microelectrónica.

⁹ Referencia tomada de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?*, Barcelona, Gedisa, 2004.

Asimismo, podría profundizar en el significado y las implicaciones de las tres leyes de la robótica desarrolladas por Isaac Asimov en sus relatos cortos y novelas, y recreada de modo fallido en la película de Alex Proyas *Yo, robot*, protagonizada por Will Smith: a) ningún robot causará daño a un ser humano o permitirá, con su inacción, que un ser humano sufra algún mal; b) todo robot obedecerá las órdenes recibidas de los seres humanos, excepto cuando esas órdenes puedan entrar en contradicción con la primera ley; y c) todo robot debe proteger su propia existencia, siempre y cuando esa protección no entre en contradicción con la primera o la segunda ley. Sería interesante abordarlas en la medida en que reflejan el problema del cumplimiento automático de la ley, no en una relación tautológica de los robots, sino de los mismos seres humanos entre ellos, y a su vez, en relación con los robots. Nos plantearíamos las siguientes preguntas: ¿es la ley para el ser humano o el ser humano es para la ley? ¿Son los robots para los seres humanos, para todos o unos pocos, o son los seres humanos para los robots? ¿Y hay que dejar de pensar que robots y máquinas no dejan de ser una proyección del ser humano en un sentido abierto e inacabado? Eso mismo sucede con la película *Metrópolis* de Rintaro y K. Otomo, que recrea la idea de Osamu Tezuka. En dicha película, a Tima, la protagonista, se le plantea el dilema de su propia identidad y, curiosamente, se comporta como humana en su versión más destructiva al descubrir que es una cyborg.

Pero no me detendré en estas consideraciones pese a que, efectivamente, existe una conexión con los dos bloques temáticos que a continuación desarrollaré y que son complementarios: 1o. Uno en el ámbito de los marcos categoriales de nuestro pensamiento y preocupado por determinada forma de pensar característica en Occidente que afecta a la ciencia, a la ciencia-ficción y a los derechos humanos. 2o. Otro, centrado en algunas derivas de esos marcos categoriales. En concreto, me sitúo en la condición humana, y me centro en cómo nos afectan esas categorías en las condiciones de vida. Ambos bloques son las dos caras de la misma moneda.

1. Algunos marcos categoriales en ciencia, ciencia-ficción y derechos humanos

Esta primera parte se centra en los recursos categoriales utilizados por la forma de pensar occidental, que aparece tanto en ciencia como

en ciencia-ficción y derechos humanos. En concreto y fundamentalmente, me referiré a lo que se denominan conceptos trascendentales en el ámbito de la ciencia y la filosofía y que en ciencia-ficción aparecen también como condicionales contrafácticos.

Para ello, utilizaré una conversación que se produjo en diciembre de 1962 entre Brian Aldiss, C. S. Lewis y Kingsley Amis,¹⁰ donde, refiriéndose a la faceta de la ciencia-ficción como experimento de laboratorio, se afirma que en ella se aíslan ciertas características del ser humano para ver cómo reacciona, es decir, en la ciencia-ficción podemos seleccionar y aislar todos los elementos que queremos examinar, poniendo como ejemplo la imaginación de un mundo en el espacio y la posibilidad de incorporar en él los elementos que necesitemos.

Con la filosofía sucede lo mismo. Rosa Braidotti, en su sugerente *Sujetos nómadas*,¹¹ entiende que la filosofía se crea a sí misma, tanto por lo que excluye como por lo que afirma. Hay una filosofía abstracta (en este caso patriarcal, excluyente) y otra más situacional (reivindicada desde posiciones feministas). También hay que tener en cuenta que todo proceso de conocimiento es una empresa discriminadora, aunque necesaria, pues mediante síntesis nos orientamos, pero tenemos que estar siempre alerta, porque el pensamiento puede tener un poder corrosivo y de mutilación, y además de revelar u ocultar elementos de la realidad, puede manipularlos e incluso destruirlos.

Curiosamente, el razonamiento lógico y científico utiliza este formalismo, tanto mediante las abstracciones como mediante las idealizaciones, ambos mecanismos de conocimiento, entendiéndose por abstracción la omisión selectiva que deja de lado algunos predicados no importantes de teorías y descripciones, mientras que la idealización consiste en la adición selectiva de unas características que pueden faltar en los agentes reales. Uno y otro se proyectan también en el análisis de lo que desde las ciencias jurídicas se entiende por derechos humanos. De modo general, universal, abstracto e ideal, se pretende reconocer normativamente una serie de facultades y necesidades humanas.

¹⁰ Véase "Nuevos territorios", en *De este y otros mundos. Ensayos sobre literatura fantástica*, Barcelona, Alba Editorial, 2004.

¹¹ Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 2000.

Bastante responsabilidad en el uso de estos mecanismos tiene la existencia de límites insuperables para la actuación, la acción y los saberes humanos. El pensamiento, al menos en Occidente, aspira permanentemente a trascender y abarcar la totalidad de la realidad o realidades, y lo hace utilizando conceptos universales. Fue Kant quien señaló que la razón se explica por su uso. El hecho de que se acuda a los conceptos universales sirve para "superar" nuestra carencia de poder conocerlo todo y, además, demuestra nuestros límites en ese aspecto. No estoy hablando de limitaciones fácticas que pueden suplirse con dinero, desarrollo técnico o más inteligencia, sino de aquellos límites que nos superan, que son insuperables, inalcanzables por mucho empeño que pongamos. En cierto modo, pese a que en muchas ocasiones no se toma conciencia de ello, la realidad trasciende tanto las teorías como las experiencias.

Pero donde queremos detenernos es en los *principios de imposibilidad*, conceptos imposibles que la ciencia moderna construye como idealizaciones de la empiria y a partir de los cuales se interpreta la empiria. De una u otra manera aluden tanto a ideales de perfección, en sentido positivo y/o en sentido negativo, como a cuestiones referidas a la finitud y a la infinitud humanas. Con ellos se intenta aumentar un haz de posibilidades en un marco de contingencia y temporalidad limitada. Representan parte del impulso de superación del ser humano intentando traspasar esos límites. Asuntos como la vida, la muerte (inmortalidad), la libertad... están implicados.

En este sentido y a título de ejemplo, los principios de imposibilidad aparecen, entre otros, en las tres leyes de la termodinámica y los límites infranqueables relacionados con la energía (el *perpetuum mobile*); en la relatividad espacial y el límite de la velocidad; en el principio de incertidumbre de Heisenberg y la imposibilidad de superar nuestra capacidad de medir con precisión lo que observamos; en el teorema de Gödel y la inexistencia de una teoría completa, consistente y axiomática; y, finalmente, en el teorema de Arrow y las deficiencias para lograr una democracia perfecta.¹² Asimismo, se abren espacios para articular acciones racionales y reales: desde la

¹² En este sentido, véase MOSTERÍN, Jesús, "Límites del conocimiento y de la acción", en MUGUERZA, Javier y CEREZO, Pedro (eds.), *La filosofía hoy*, Barcelona, Crítica, 2000.

medicina y la genética se juega con ser como dioses desde el punto de vista de la inmortalidad o la prolongación de la vida y se obtienen resultados en este último sentido; desde la idea de que el ser humano puede vivir sin alimentos o nunca le pueden faltar, se articulan sistemas tecnológicos de producción y distribución de energías renovables y no renovables; también la omnisciencia y el poder se plasman en ámbitos como la informática y la cibernética (por ejemplo, la máquina de Turing), y su traducción en la economía sería la planificación y el mercado; el *perpetuum mobile* se proyecta en la ley de la gravedad y el mundo de la mecánica (el paso de construcción de relojes de sol, de arena, de péndulo, de cuarzo y atómico); la dimensión del tiempo y el espacio en la astronomía, la historia y el traslado y la conquista de nuevos territorios interplanetarios o relacionados con la biodiversidad y la vida interior animal, vegetal y humana, etcétera.

Es interesante cuando las ciencias en general utilizan los principios de imposibilidad como mecanismos de funcionamiento perfecto e interpretan el universo, el mercado, el derecho, la sociedad, la economía, la empresa, el lenguaje, etcétera, bajo un supuesto de perfección, mediante las ideas de omnisciencia o de previsión perfecta. Franz Hinkelammert dice que la ciencia moderna "se acerca a la realidad por medio de conceptos no empíricos, que sin embargo son derivados de la propia realidad, idealizándola hasta llegar a concebirla como un mecanismo de funcionamiento perfecto".¹³ Como veremos en el próximo subapartado, la absolutización de esta tendencia implica una serie de consecuencias que afectan a nuestras propias condiciones de existencia.

No obstante, lo más significativo es que no sólo la ciencia utiliza estos recursos, también la ciencia-ficción, con la única diferencia evidente de que el grado con el que se especula ficticia e imaginariamente y el nivel de los saltos de realidad e imposibilidad espacio-temporal y cognitiva son mucho mayores. El juego de creación y recreación es más amplio. En el género de ciencia-ficción nos encontramos con la proyección de la inmortalidad sobre robots, cyborgs

¹³ En *Crítica a la razón utópica*, San José, DEI, 1984. Existe una edición actualizada, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002, con el título de *Crítica de la razón utópica*.

y personajes míticos y eternos en odiseas espaciales como las fundaciones de Asimov o *La guerra de las galaxias*; el tema del teletransporte, la recreación del tiempo y el futuro de la humanidad (*El fin de la eternidad* de Asimov, *Guardianes del tiempo* de Paul Anderson y/o *Historias del futuro* de Robert Heinlein), sin olvidar la pretensión de perennidad de la psichistoria como ciencia en los relatos de Asimov; la mutación genética (*Nova* de Samuel Delany, *La persistencia de la visión* de John Varley y/o algunos de los personajes de *La estación de la calle Perdido* de China Miéville); la obtención de materiales o energías renovables y/o no renovables como el ilirión en *Nova* de Delany o la *melange* en *Dune* de Frank Herbert; asimismo, la omnisciencia en el campo del ciberespacio o la concepción de mentes gestálticas colectivas que unen a las partes que la conforman para superarla y obtener un ente, un ser o una entidad más completa (*Titán* de Varley, *Más que humano* de Theodor Sturgeon o las novelas de William Gibson como *Neuromante* o *Conde Cero* y la cripta del *Criptonómico* de Neill Stephenson); y por último, la capacidad sin límites expresada en el poder de razas extraterrestres (caso de *2001, una odisea en el espacio* de Arthur Clarke y Stanley Kubrick, entre muchos otros).¹⁴

En cuanto a los derechos humanos, podrían plantearse principios de imposibilidad tanto con relación al concepto de universalidad como a partir de una idea de plenitud humana, con la pregunta de si es posible el reconocimiento sin excepciones de todos los derechos humanos de todos los seres humanos de carne y hueso y con nombres y apellidos. Hablar de derechos humanos es aludir a proyectos de vida y a situaciones de plena satisfacción de las necesidades de todos los miembros de la humanidad. Con ellos se articula una calidad de vida más larga, más rica, más ociosa. También, pese a no entrar en este problema, podemos mencionar la concepción espacio-temporal lineal, etapista, contingente, inmediata, procesual, cíclica y contradictoria de los mismos. Evidentemente, todas estas dimensiones aparecen en modos de vida específicos y en procesos de institucionalización

¹⁴ De todas formas, para ilustrar las diversas temáticas de las obras de ficción especulativa, véase cualquier libro de historia del género, por ejemplo, SADOUL, Jacques, *Historia de la ciencia-ficción. 1911-1971*, Barcelona, Plaza y Janés, 1975.

y concretización que limitan el margen de plenitud, un hecho que generalmente ignoramos cuando nos obsesionamos intentando seguir las pautas que nos indican los principios de imposibilidad.

2. Derivas de los principios de imposibilidad y tramas sociales

Por otro lado, ya he comentado que esta segunda parte está muy vinculada a la anterior, pero ahora la sitúo en el contexto del impacto que este instrumental de abstracciones e idealizaciones tiene sobre los seres humanos y sus condiciones de existencia, y que se utiliza mediante las ciencias y las tecnologías. En otras palabras, se trata de cómo afecta a nuestras vidas (derechos humanos), y más en general, de qué forma las mediaciones que utilizamos para orientarnos repercuten en la existencia e identidades humanas. A partir de ahí, proyectamos estas reflexiones sobre algunas obras del género de la ciencia-ficción.

Uno de los grandes peligros y problemas en el uso de las abstracciones y las idealizaciones aparece cuando nos desentendemos y nos despreocupamos de los elementos que se eliminan y quedan fuera, como cuando sobredimensionamos los elementos que se añaden y se adicionan. Con las abstracciones pueden omitirse uno o varios elementos que, siendo importantes y decisivos, se califican como predicados, secundarios y/o accesorios, hasta tal punto que se pueden ignorar. En cuanto a las idealizaciones, es tan grande y tan exigente la adición introducida que su grado de perfección es imposible de lograr en la realidad. El problema surge en ambos casos cuando no hay conciencia de las repercusiones que esos mecanismos tienen sobre la vida humana y el proceso relacional que la constituye. Totalizarlos como fines a conseguir pese a ser inalcanzables en sí mismos, en un sentido o en otro y cueste lo que cueste, provoca una progresión o una aproximación asintótica de mala infinitud, que oculta e invisibiliza la *conditio humana*, como un velo que esconde la contingencia del mundo. Desaparece la realidad y la relacionalidad de la vida del ser humano real, corporal y concreto.¹⁵ Tanto las ciencias como muchas

¹⁵ Estamos utilizando principalmente las aportaciones de HINKELAMMERT, Franz, *Crítica a la razón utópica*. Véase también HINKELAMMERT, Franz y MORA, Henry, *Coordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana*, San José, DEI, 2001.

de las obras de ciencia-ficción caen en estas derivaciones, con la diferencia que las primeras tienen consecuencias reales sobre nuestro vivir cotidiano y las segundas, desde la ficción, muestran una mayor recreación de esos mecanismos, aunque es cierto que repercuten en nosotros porque refuerzan y consolidan aun más ese imaginario de asombro hacia la tecnología, pero de ignorancia de sus efectos.

Ya conocemos las consecuencias de una ciencia que descontrola sus impactos negativos sobre la naturaleza y sobre nuestras condiciones de existencia. Utilizando la imagen de un laboratorio, podemos aislar el objeto de investigación de su contexto, controlar el proceso de elaboración pero simultáneamente despreocuparnos de lo que sucede o puede suceder una vez que el producto sale a la calle y afecta a la convivencia cotidiana de los seres humanos. Incluso los resultados obtenidos se trasladan a la sociedad como cobaya o conejito de indias sobre el cual que se sigue experimentando. No obstante, quien mejor explica todo esto es el economista alemán Franz Hinkelammert, que en este sentido y en el marco de la persecución de los principios de imposibilidad, señala que el progreso tecnológico infinito: "empieza a subvertir la realidad reduciéndola a una simple empiria, que es el campo de maniobras de conceptos idealizados y su arrastre sobre la humanidad. No hay nada más idealista que la ciencia empírica sometida a la ilusión trascendental; y este idealismo, como todos los idealismos, es absolutamente destructor y de ninguna manera pragmático o racional. En forma racional, desata la irracionalidad más absoluta; es la forma en que el utopista logra una destructividad absoluta desvinculado de las necesidades reales del ser humano. La empiria subvierte la realidad, al ser ésta reducida a la empiria. El propio autor nos pone el ejemplo del agua: así como si a aquel que está sediento y pide agua pura le dan agua destilada en forma de H₂O, lo matan; del mismo modo, una sociedad tecnológica que al hombre, la mujer o la persona que pide trabajo, pan y techo le da una ilusión trascendental de progreso técnico, también lo mata".¹⁶ Este ejemplo del agua nos permite visualizar el modo en que la experiencia idealizada desde la ciencia se convierte en H₂O. Sólo trabajando hacia ese referente de perfección e idealización, si se propor-

¹⁶ Véase *Crítica a la razón utópica*.

cional agua pura a la gente se les provoca la muerte, se plantea la necesidad de que aparezca un nuevo concepto de agua pura en función de lo que es beneficioso o perjudicial para nuestras vidas. Desde el sentido común, a partir de la vida y de nuestras condiciones de posibilidad de existencia, el agua pura es agua potable y limpia. Por el contrario, en química, el agua pura es H₂O, que empíricamente nunca se consigue (nada es puro), de ahí que se abra un espacio tecnológico de aproximación químicamente pura, un espacio infinito y que nunca llega a su objetivo. Lo que se produce es agua destilada, que es lo más cercano a esa pureza. Pero para el ser humano común, el agua destilada es veneno. No se le debe dar H₂O. El agua pura del sentido común y el agua pura de la química se excluyen.¹⁷ De ahí la necesidad de sustituir la aproximación asintótica (renunciando a ella) por una aproximación transversal, práctica y compensatoria que factibilice la realización de las idealizaciones a partir de lo que afecta positivamente a las condiciones de existencia humanas. Ahora bien, a mi modo de ver, el proceso de construcción de aquello que nos permite vivir está formado y estructurado por las tramas sociales y relacionales que los actores implicados articulan en un sentido favorable o desfavorable. Por esta razón, nos encontramos con dos niveles inescindibles. Uno asociado a las condiciones de vida y otro al desarrollo diario que construye o destroza esas condiciones.

El relato de Borges sobre el mapa del emperador permite expresarlo muy bien. Por un lado, nos damos cuenta que no hay mapa perfecto, pues debería tener las mismas dimensiones que aquello que representa. Y volcar a todos y cada uno de los súbditos sin excepción para que lo construyan provoca la caída del reino y la muerte de sus integrantes, al no atenderse a sus condiciones de vida. Se trata de hacer un mapa manejable, razonable y realista que sirva para orientar. Pero en segundo lugar, son las tramas sociales las que nos señalan el tipo de relaciones que se construyen entre el emperador y sus súbditos, porque incluso aunque el dueño del reino se preocupara por dar de comer a sus siervos, podría hacerlo (de hecho, lo hace, aunque siempre bajo una cultura sacrificial) desde dinámicas de exclusión, marginación y explotación y no reconociéndolos como sujetos distintos

¹⁷ *Idem.*

y solidarios, con ámbitos profundos de reciprocidad.¹⁸ Por ello, entre otras razones, Occidente, con esa tendencia a entender la mentalidad científica, sacrifica la realidad en virtud de esos ideales de abstracción y perfección. Y lo hace también proyectando sobre todo tipo de institución y mediación esos mismos dispositivos de fetichización e idolatría (no sólo en la ciencia, sino también opera con la democracia, el Estado, el mercado, la libertad, los mismos derechos humanos). Al final, terminamos por dar vida propia a nuestras propias creaciones y perdemos tanto la capacidad de controlarlas como de poder seguir dotándolas de un sentido que es nuestro y está armado relacionalmente. Se nos escapa esta funcionalidad a favor de lo humano y nos quedamos con situaciones donde las mediaciones operan independientemente de nuestras decisiones.

Desde el ámbito de la ciencia-ficción, son múltiples los ejemplos de esta perversidad de la racionalidad tecnológica y científica. En la película *Metrópolis* de Rintaro y Otomo, podemos comprobar este efecto en el Zigurat, que representa ese ideal de perfección y omnisciencia de la ciencia. La ambición del Duque Rojo absolutiza el saber por medio de la ciencia desde un poder egoísta, despótico y asesino, que sacrifica vidas a costa de perseguir la eternidad y dominarlo todo. La sociedad, dividida en tres niveles, está rota en las relaciones, por las desigualdades establecidas tanto entre los mismos seres humanos como entre éstos y los robots. También existe toda una literatura especulativa de futuros posnucleares o catastrofistas que no voy a tratar aquí. Esa literatura reproduce la quiebra y la rotura de la convivencia humana de las sociedades anteriores al evento que ha provocado su destrucción (en este sentido y utilizando un recurso fácil, citaré las películas de *Mad Max*). Sinceramente, lo que más me llama la atención es el tratamiento que el género de la ciencia-ficción da a los efectos de destrucción y fragmentación de las relaciones humanas y la recreación de mundos donde no hay socialización entre las personas en cuanto a espacios de constitución de sujetos. Hablar de condiciones de vida implica referirse al material con que

¹⁸ Decirlo en estos términos ya implica una jerarquía y un paternalismo totalitario, donde sólo quien detenta el poder actúa, mientras que, al parecer, los propios súbditos no ejecutan acciones en otros espacios para satisfacer sus necesidades.

se articulan esas mismas condiciones: las tramas sociales, los conjuntos de relaciones humanas.

En este sentido, Isaac Asimov, en *Sol desnudo*, nos describe un mundo hipotético donde no existe el contacto físico entre los humanos. Gracias a la colonización de otros planetas, cada persona vive aislada de las demás, pero rodeada de robots y tecnología. La principal forma de comunicación se produce a través de pantallas. Cada ser humano vive como ermitaño en extensas propiedades privadas. Todos sienten miedo a la relacionalidad corporal, física y directa. Los robots se encargan de efectuar todas las labores del espacio doméstico. Uno tiene la sensación de que el salto a ese futuro de abundancia tecnológica descrito en la novela se debe a la contracción de un presente caracterizado por el aislamiento y donde se pierde el contacto entre seres humanos. Las tramas sociales “desaparecen”, pese a que uno disfruta de “sus derechos” gracias a los avances de la ciencia. Falta algo en ese modo de existencia. Bajo un newtonianismo y un cartesianismo subyacente, acabamos construyendo mundos donde creemos que es posible disfrutar de los derechos en abstracto, sin necesidad de construirlos sociohistóricamente y sin tener que entablar ningún tipo de relación social con nuestros semejantes. En realidad, la relacionalidad humana nunca desaparece, sino que se dirige hacia pretextos conceptuales especulativos y contrafácticos. Robots, cyborgs, alienígenas, nuevos mundos, principios de imposibilidad, etcétera, se utilizan para reducir las relaciones humanas a su mínima expresión o para dar saltos sin detenernos en los procesos sociohistóricos que nos llevan a articular día a día nuestra existencia concreta, conociéndonos, identificándonos, comunicándonos, respetándonos, discutiendo sin eliminarnos.

El género de la ciencia-ficción puede sugerirnos múltiples variables en esta dirección. A partir de una idea de derechos humanos que tiene como objetivo la reivindicación de la dimensión sociohistórica, procesual, relacional y multidireccional de la condición humana, que se mueve entre ese margen de finitudes e infinitudes, en esa literatura especulativa intento no perder de vista nunca el referente humano, cómo se articula, cómo se construye, cómo se destruye y por qué. En este sentido, si bien hay mucha literatura de ciencia-ficción que expande excesivamente el futuro o el pasado y contrae el presente hasta llegar a olvidarse de él, hay otra que expande el presente con mun-

dos imaginados desde otras secuencias espacio-temporales. Hay recreaciones de mundos donde las relaciones humanas y no humanas se articulan tanto desde jerarquías como desde horizontalidades, tanto desde procesos de inclusión como de exclusión.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, me interesa mucho analizar cómo se articulan las acciones, las actividades y las relaciones humanas a partir de esos condicionales contrafácticos e imágenes trascendentales de las obras de ciencia-ficción. Humanos, robots, cyborgs y alienígenas representan posibilidades de enriquecimiento o de empobrecimiento humano donde nos hacemos o nos deshacemos como sujetos; comprobar si la articulación de nuestras relaciones se hace restrictiva para unos pocos (con dinámicas jerarquizadoras y selectivas de marginación, explotación, discriminación) o extensiva a todos (con dinámicas dialógicas horizontales, de reciprocidades y solidaridades); o de forma homogeneizadora y cerrada (bajo dinámicas de imposición, cosificación y absolutización) o de forma abierta y compleja (bajo dinámicas de reconocimientos mutuos, a partir de igualdades en las diferencias y como sujetos con trayectorias históricas distintas); como punto de partida estático (fuera de los contextos, abstrayendo la materialidad relacional, los espacios, los tiempos) o como condición abierta, inacabada, contingente y procesual (contextualizando y relativizando en todo momento las creaciones humanas y su dimensión siempre parcial e incompleta y a la vez plural, heterogénea y multidimensional).

Nuestra vida diaria se articula con tramas sociales de emancipación o tramas sociales de regulación o imperio; pueden ser relaciones de género, étnicas, raciales, simbólicas, culturales, tecnológicas, y todas se construyen en todo momento y en cada una de las esferas sociales.¹⁹ Desde la ciencia-ficción, muchas veces se especula sobre nuestro presente para denunciar, cuestionar, avisar, reivindicar, reclamar y proponer un mundo de relaciones excluyente o incluyente, de sacrificios humanos y no humanos o de reconocimientos plurales y distintos. Por esa razón, considero que no debemos quedarnos en la ficción y en la obra en sí, sino utilizar y aprovechar a modo de orientaciones las diversas ideas, sugerencias, situaciones y realida-

¹⁹ En este sentido, véase GALLARDO, Helio, *op. cit.*

des de las novelas de ciencia-ficción para proyectarlas sobre nuestra experiencia social diaria y en todo aquello relacionado con el poder (lo político, que se transversaliza en todas las parcelas de lo social) y la articulación de dinámicas de imperio o de emancipación (ambas en campos de género, sexualidad, etnicidad, interculturalidad, socioeconomía, clases).

A otro nivel pero en esta misma línea, puede ser útil la imagen del *Manifiesto cyborg* de Donna Haraway.²⁰ La reivindicación de las mujeres como medio máquinas, medio humanas puede interpretarse en un doble sentido, de dominación o emancipación. De dominación si las mujeres se supeditan a las máquinas y mantienen una lógica violenta, machista y falocéntrica, así como subordinada a una cultura consumista y de culto al cuerpo (por ejemplo, la cyborg de la tercera entrega de *Terminator*, con versión de clon semi humana, semi alienígena en el personaje de Ripley protagonizado por Sigourney Weaver en *Alien. Resurrección*). En cambio, de emancipación, si las mujeres pueden dotar de sentido el proceso de construcción de realidades, desde ellas mismas y controlando la tecnología en su favor y en el de todos los seres humanos (breves hálitos de esperanza se dejan entrever en los papeles de Sean Young en *Blade Runner* y Wynona Ryder en *Alien. Resurrección*). No obstante, a partir de una idea de nomadismo como estilo de pensamiento, podemos efectuar múltiples traducciones, desplazamientos, fluidos, adaptaciones a condiciones cambiantes, pero bajo la permanente reversibilidad y el riesgo de cambio de toda condición. Al final de *Metrópolis*, Tima representa una idea degenerada de cyborg-humana, si bien antes aprendía a amar y a sentir como sujeto abierto.

Para terminar con estas reflexiones escritas, aludiremos a algunas otras obras de ciencia-ficción a partir de las tramas sociales.

En cuanto a la tendencia del ser humano a ignorar la importancia de las relaciones, aparte de *Sol desnudo*, tenemos la droga multiplexer de *El mundo interior* de Silverberg, que nos muestra nuestra tendencia a saltarnos los procesos, los vínculos relacionales con los que construimos nuestras vidas (sin que las relaciones desaparezcan, se

²⁰ Véase HARAWAY, Donna, *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1995.

reducen a una expresión de individualismo atomizado). Gracias a la droga, uno percibe como un dios o ente omnisciente las mentes de todos los inquilinos de las edificaciones kilométricas. Asimismo, en las novelas y relatos de Philip K. Dick, la fuerza mental expresa el poder humano que impone su voluntad sobre los demás, sin necesidad de construir acciones concretas, cara a cara y dando opciones a los demás para dotar la realidad de sentido. Fuera de la ficción, vivimos en una sociedad en la que tendemos a saltarnos el camino común, los procesos que construimos a cada instante. La literatura de ciencia-ficción consolida, sin cuestionarla, esa tendencia que ignora las tramas sociales, pero que a su vez, las articula bajo mecanismos de dominación y sacrificio humano. El ser humano es prescindible y así lo comprobamos en la mentalidad militarista de Orson Escott Card y la virtual-realidad que construye a partir de la preparación militar de unos niños que “juegan” en situaciones de guerra. Me estoy refiriendo a *El juego de Ender* y su saga; o al fascismo bélico de *Tropas del espacio* de Heinlein, cuya proyección sobre el mundo actual de la globalización militarizada en los Balcanes, Afganistán, Chechenia e Irak es asombrosa. Por no mencionar toda la literatura fantástica y de ciencia-ficción que refuerza la cotidianidad de una sociedad de violencia y agresividad extendida por todas nuestras esferas de convivencia.

Interesantísima resulta también la descripción del mundo desgarrado en *El nacimiento de la república popular de la Antártida* de John Calvin Batchelor. El autor proyecta deliberadamente la destrucción total de las relaciones humanas por culpa de una cultura consolada por la caridad y el voluntarismo paternalista, además de dominada por un utilitarismo benthamiano. También en la trilogía de *Matrix* y en *Metrópolis* de Rintaro y Otomo, los seres humanos y robots se contraponen, olvidando que la clave no reside en los problemas que planteará al ser humano la convivencia con otros entes o seres que se le sublevarán, sino la responsabilidad que tiene de que los seres humanos se respeten a sí mismos. Sólo de esta forma podrán construirse sistemas de relaciones inclusivas y de reconocimiento hacia otras especies. En definitiva, si no nos respetamos nosotros mismos y nuestras diferencias, cómo vamos a respetar a cualquier otro ser, entidad o condición.

Por otra parte, a partir de la noción de un sujeto nómada, como figuración teórica conveniente para abordar la subjetividad contemporánea y como alternativa a la visión falocéntrica y dominante del sujeto (que sólo reconoce objetos), por medio de la ciencia-ficción, se puede pensar de un modo distinto en relación con el/la/los sujeto/s, a fin de inventar nuevos marcos de organización, nuevas imágenes, nuevas formas de pensamiento, desdibujando fronteras sin quemar puentes y construyendo nuevos espacios y dimensiones de humanización. Se trata de salir de viejos esquemas de pensamiento para articular situaciones relacionales de inclusión, de reconocimiento de sujetos diferenciados, pese al riesgo de reversión e inversión de cualquier proceso. En esta dirección, resultan muy atractivas las novelas de Octavia Butler y su modo de entender lo humano a partir de una perspectiva étnica de género y feminista. También Theodor Sturgeon, desde la parcela sexual y libidinal, se atreve a profundizar en *Venus más X* contra esquematismos maniqueos y confrontados. Quizá lo mismo suceda en las dos obras de Philip J. Farmer, *Relaciones extrañas* y *Los amantes*.

Además, Juan Miguel Aguilera recrea el problema de la interculturalidad en *Rihla*,²¹ así como el mundo alternativo de Gabriel Gómez del Castillo en *El país del pasado* se dinamiza a partir de la raza de los “briander”. En dicha novela, se expone un uso de la ciencia en su justa medida, en función de los sujetos. Todos ellos, a partir del respeto de las personas en comunidad y pese a pequeñas disputas, construyen incluso una sociedad de poderes compartidos. Por otro lado, en *Más que humano*, Sturgeon nos muestra diversas maneras de crecer como personas a pesar de nuestros prejuicios, carencias y límites culturales, psíquicos y físicos.

Por último, mención aparte merece *El alma del robot* de Barrington J. Bayley. La búsqueda de la identidad no se establece, tal como se expone en la obra, a partir de un sujeto entendido como prefabricado, cuya humanidad resulta de una proyección humana sobre el robot (a través de las almas donadas por sus creadores). Ni nosotros/as

²¹ Bienvenido sea el intento de análisis que hace Javier de Lucas de la película *Blade Runner* de Ridley Scott, pero enfocado desde el problema de la inmigración: *Blade Runner. El derecho, guardián de la diferencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

somos esencias monolíticas previamente definidas, ni tampoco creo que lo sea otra entidad. Todos/as somos diversos conjuntos de experiencias múltiples, complejas y potencialmente contradictorias, definidos/as por variables, lugares y espacios de relaciones que se superponen: clase, raza, edad, etnia, estilo de vida, preferencia sexual. Son las tramas sociales las que nos constituyen como sujetos.

En definitiva y para concluir, el género de la ciencia-ficción nos permite otras miradas, otros horizontes y nuevos juegos de tramas humanas y no humanas. Muchas de sus obras pueden mostrarnos cómo degenera nuestra condición humana o cómo puede crecer y enriquecerse con diversas aperturas a interlocutores internos y externos, sean robots, cyborgs, otros seres humanos u otras razas. Siguiendo a Antonio Machado, lo importante es descubrir sin quedarnos en los relatos de ficción, que en nuestra vida cotidiana, *el ojo que ves no es ojo porque lo veas, es ojo porque te ve*. Los derechos, más que humanos, son cosa o asunto de dos o más personas, entidades y/o seres, sean cuales sean sus condiciones, pero simultáneamente, no sin éstas.

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CLONACIÓN HUMANA: IMPACTO INTERNACIONAL Y NACIONAL

Garbiñe SARUWATARI ZAVALA

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Recuento cronológico de los acontecimientos recientes*. III. *Precedentes en Naciones Unidas*. IV. *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación: Análisis*. V. *México: Derecho positivo y política exterior*. VI. *Conclusión*. VII. *Anexo*.

I. PLANTEAMIENTO

La evolución de la ciencia y el acontecer de los hechos en el siglo XXI es tan rápido que casi no queda tiempo ni para sorprenderse: hace apenas unos meses el permiso de clonación otorgado a Ian Wilmut escandalizaba a la opinión pública, cuando a las pocas semanas las Naciones Unidas emitieron la Declaración contra la Clonación y en Corea se llevaba a cabo un experimento con clones humanos. En este “galope” hacia el avance tecnológico, dentro de la dinámica de una sociedad globalizada que exige estar informada, los medios de comunicación juegan un papel importantísimo y por lo mismo de gran responsabilidad, para la difusión veraz de temas científicos y el establecimiento de debates sobre asuntos bioéticos.

Aunque el tema de la clonación, debido al trabajo de los medios de comunicación, parece cada vez más conocido y nos es más familiar, aun algunas publicaciones con poco rigor científico confunden, tal vez por abreviar o tal vez deliberadamente, los términos: al referirse a la clonación reproductiva dicen “clonación humana” para distinguirla de la no reproductiva. Ambas clonaciones son humanas cuan-

do involucran gametos, células somáticas o células troncales que contengan ADN humano.¹

La confusión puede servir para desviar la atención sobre la carga ética y jurídica que tiene cada una de las variantes de la clonación: para decir que existe rechazo hacia la "clonación humana" como sinónimo de la clonación reproductiva, y no hacia la "transferencia de núcleos" como ahora se le está denominando a la no reproductiva o terapéutica. El deber del jurista estriba en identificar los puntos de conflicto en toda situación, dándole el nombre correcto y técnico a cada término para poder analizar y proponer soluciones jurídicas lo más justas posible.

II. RECUENTO CRONOLÓGICO DE LOS ACONTECIMIENTOS RECIENTES

Sin restar importancia a los múltiples experimentos sobre clonación animal llevados a cabo durante el siglo XX y a las diversas aportaciones de éstos al ámbito de la biología y citología, las fechas obligadas de referencia sobre la clonación tanto animal como humana son el 5 de julio de 1996 y el 23 de febrero de 1997, la primera por ser el día del nacimiento de la oveja *Dolly*² y, la segunda, por tratarse del día en que los periódicos *The Observer* y *The New Times* dieron a conocer a la comunidad internacional que un grupo de científicos del Instituto Roslin de Edimburgo, liderado por Ian Wilmut y Keith Campbell, había clonado exitosamente una oveja partiendo de la célula somática de una oveja adulta.³ Este anuncio podría haberse tomado como un acontecimiento impactante en lo que se refiere a la investigación en animales y sus posibles aplicaciones ganaderas, de conservación de fauna, etcétera, pero como dijimos antes, esta noti-

¹ Clonación reproductiva: consiste en producir un embrión clónico para ser transferido al útero materno con la intención de llevar a término el embarazo y subsiguiente nacimiento. Clonación no reproductiva o terapéutica: se crean embriones con la intención exclusiva de obtener de ellos células troncales conocidas como "células madre".

² La oveja núm. 6LL3 nació el 5 de julio de 1996. Harry Griffin, "Briefing notes on *Dolly*", en la página electrónica del Instituto Roslin de Edimburgo: <http://www.ri.bbsrc.ac.uk/public/12-12-97-bn.html>. Reino Unido, 12 de diciembre de 1997.

³ VÁZQUEZ, Rodolfo *et al.*, *Bioética y derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 201.

cia trascendió del ámbito zoológico hacia el humano. Casi inmediatamente empezó la disertación y controversia por la futura aplicación de esta técnica en seres humanos.

A partir de estas fechas, se han dado una serie de anuncios y acontecimientos que sintetizaremos a continuación, para esquematizar más adelante los puntos de discusión sobre el tema:

El 27 de diciembre de 2002, los raelianos⁴ anunciaron el nacimiento de la primera niña-clon; Brigitte Boisselier, directora de Clonaid, la compañía auspiciada por la secta de Rael para ofrecer servicios de clonación, se comprometió a mostrar en el plazo de una semana, las pruebas que autenticarían esta noticia. Asimismo, el ginecólogo Severino Antinori manifestó que ya había implantado a una mujer, un embrión-clon que en el año 2003 nacería; hechos que hasta la fecha (2005) no han sido comprobados.⁵

La comunidad científica, política e intelectual internacional se mostró escéptica ante este poco serio anuncio, pero aun así, frente al temor de que la técnica fuera utilizada por grupos sin rigor ético ni

⁴ Secta pseudo-religiosa que afirma que la especie humana es producto de la clonación de una raza extraterrestre.

⁵ "Afirman raelianos tener clon humano", página electrónica del periódico *Reforma*, <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/256727>, México, viernes 27 de diciembre de 2002.

"Anuncian que nacerá bebé clonado en 2003", página electrónica del periódico *Reforma*, <http://www.reforma.com/internacional/articulo/248900>, México, miércoles 27 de noviembre de 2002.

Tras un debate en la Unesco celebrado esta semana [10 de septiembre de 2003], el genetista mexicano José María Cantú (miembro del Consejo de la Organización del Genoma Humano y profesor de la Universidad de Guadalajara), quien a pesar de considerar que la clonación reproductiva podría ser justificable en ciertas circunstancias, afirmó "no es posible en este momento hacer una clonación humana; aquellos reportes que se han dado tanto por los 'raelianos' o por este médico italiano [Severino Antinori] de que han hecho ya una clonación humana son falsos, no se ha aportado ninguna evidencia y más bien son campañas publicitarias y amarillistas que pretenden dar a conocer tanto nombres como grupos". Además, hizo hincapié en que "los experimentos realizados hasta ahora con animales han fracasado en más del 95%".

"Escepticismo ante anuncios de clonación humana", Resumen de Noticias de Naciones Unidas, página electrónica del Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana: <http://www.cinu.org.mx/prensa/resumen/sem0338.htm>. Semana del 8 al 12 de septiembre de 2003.

"Debaten en la Unesco sobre clonación", página electrónica del periódico *Reforma*, <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/328635>, México, miércoles 10 de septiembre de 2003, Sección Ciencia.

científico, se recrudeció el debate en torno a la factibilidad de la clonación reproductiva.⁶

En México, la Academia Mexicana de Ciencias y el Colegio de Bioética se pronunciaron en contra de la clonación reproductiva, la primera, por no encontrarle otra utilidad salvo la de “perfeccionar la especie o buscar un prototipo de persona”, y el segundo, no por cuestiones éticas sino técnicas, debido a que las investigaciones en ese campo han mostrado resultados negativos.⁷

La respuesta de Francia a este anuncio se dio el 29 de enero de 2003, cuando el ministro de Sanidad presentó la enmienda al proyecto de Ley sobre Bioética, para estipular la prohibición de toda intervención que tenga como fin hacer que nazca un niño genéticamente idéntico a otra persona viva o muerta. El senado francés aprobó por unanimidad el texto que prevé la tipificación de la conducta de desarrollar un embrión humano que no sea resultado directo de los gametos de un hombre y de una mujer como “crimen contra la especie humana”, castigado con 20 años de cárcel y una multa de 7 millones 500 mil euros (78 millones de pesos).⁸

⁶ Al margen de que se confirmara o no la noticia, tras el anuncio de la primera clonación de un ser humano, el director general de la Unesco, Koichiro Matsuura, afirmó “No habrá progreso para la humanidad en un mundo en el que la ciencia y la tecnología se desarrollen al margen de cualquier exigencia ética. Por eso, invito solemnemente a los responsables políticos de todos los países y a la comunidad científica, intelectual y jurídica, a cooperar a fin de tomar todas las medidas legislativas apropiadas, en los niveles nacional e internacional, para responder lo antes posible a estos desafíos que amenazan al ser humano en aquello que constituye su singularidad irremplazable”.

“El director general de la Unesco condena la clonación humana con fines reproductivos”, *Noticias*, en la página electrónica de la Unesco: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=8339&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 30 de diciembre de 2002.

⁷ HUESCA, Patricia, “Científicos mexicanos se pronuncian en contra de la clonación reproductiva”, *Crónica*, México, viernes 17 de enero de 2003, Sección Ciencias, p. 19. Por la Academia Mexicana de Ciencias habló René Drucker Colín, coordinador de Investigación Científica de la UNAM.

CRUZ, Ángeles, “Grupos conservadores podrían imponer su ideología”, *La Jornada*, México, miércoles 12 de febrero de 2003, p. 44. Por el Colegio de Bioética, habló su presidente, Ruy Pérez Tamayo.

⁸ El ministro de Sanidad, Jean-Francois Mattei, propuso que además de prohibir la clonación, la Ley de Bioética autorice por cinco años la investigación con embriones sobrantes que no sean objeto de planes de procreación.

“Prohíbe Francia clonación humana”, periódico *Reforma*, México, jueves 30 de enero de 2003, Sección Ciencia.

La muerte de *Dolly* o mejor dicho, la aplicación de la eutanasia a *Dolly*, dos meses después del anuncio de los raelianos, supuso para algunos, un argumento más para la prohibición de la clonación reproductiva. A *Dolly* le fue administrada una inyección letal de anestesia el día 14 de febrero de 2003, debido a que a los 6 años y medio de edad sufría de cáncer de pulmón causado por un virus (*Nature*) o una enfermedad pulmonar progresiva que se presenta sólo en ovejas más viejas (*El Universal*).⁹

Wilmut ha narrado que desde temprana edad, *Dolly* tuvo sobrepeso, al cual se atribuyó su posterior artritis; en 1999 se detectó el problema del acortamiento de sus telómeros (extremos de los cromosomas), que en su caso eran 20% más cortos que los de una oveja de su edad. Estos síntomas y su corta vida, considerando que una oveja de la raza Finn Dorset puede vivir entre 11 y 12 años, generaron la especulación de su envejecimiento prematuro, por comportarse como una oveja de la misma edad que la de su madre biológica. El defecto del envejecimiento en *Dolly*, así como otros presentados en diversos ejemplares clónicos, son obstáculos técnicos que impiden la aprobación científica y ética de esta técnica en humanos.

Su muerte es un hecho relevante por tratarse no sólo de un icono de la ciencia y de los medios de comunicación, sino también porque coincidió con la muerte de Matilda (6 de febrero de 2003), la primera oveja clonada fuera del Instituto Roslin, nacida en el año 2000 en el Centro de Investigación Turretfield de Adelaida, Australia del Sur. A diferencia de *Dolly*, se desconocen las causas de su muerte: no puede atribuirse a su origen clónico ya que su cuerpo fue encontrado en estado de descomposición, parece que fue cremada sin resultados esclarecedores de su autopsia.¹⁰

Exactamente un año después de la muerte de *Dolly*, el tema de la clonación volvía a posicionarse en los medios de comunicación, sólo

⁹ Whitfield, John, “Obituary: *Dolly* the Sheep”, página electrónica de la revista *Nature*, <http://www.nature.com/nsu/030217/030217-6.htm>, Inglaterra, 18 de febrero de 2003.

“Autorizan a creador de *Dolly* clonar embrión humano”, página electrónica de *El Universal*, http://www.el-universal.com.mx/pls/impreso/noticia_supl.html?id_articulo=18834&tabla=articulos, México, martes 8 de febrero de 2005.

¹⁰ “Muere repentinamente la primera oveja clónica australiana”, página del servidor Terra, <http://cultura.terra.es/cac/articulo/html/cac1275.htm>. España, lunes 10 de febrero de 2003.

que esta vez la conmoción fue mayor por tratarse, no de ovejas, sino de humanos, y no de una secta sino de un grupo de científicos. El 13 de febrero de 2004, investigadores de la Universidad Nacional de Seúl, Corea del Sur, habían clonado por "primera vez en el mundo" (*Milenio/Clarín*) embriones humanos para extraer células troncales.¹¹ Esta afirmación resultaría inexacta si nos remitimos al informativo electrónico *The Journal of Regenerative Medicine* del 25 de noviembre de 2001, en el cual se anunció que en la empresa de biotecnología Advanced Cell Technology de Worcester, Massachusetts, se habían clonado los primeros embriones humanos con el fin de desarrollar células de repuesto para medicina regenerativa.¹² Aunque sí podría ser la primera vez que hubo éxito en la obtención de células troncales, ya que los embriones de Advanced Cell Technology no sobrevivieron más allá del tercer día de desarrollo.

Para el estudio los doctores Shin Yong Moon y Woo Suk Hwang recolectaron 242 óvulos donados por 16 voluntarias, de los que se usaron 176 para las investigaciones; obteniendo al final, la formación de 30 embriones; atribuyeron este alto rendimiento de la técnica de trasplante nuclear al uso de óvulos frescos donados por voluntarias.¹³

¹¹ Agencias Seoul y Washington, "Logran clonar embriones con fines terapéuticos", *Milenio Diario*, México, viernes 13 de febrero de 2004, Sección Tendencias, p. 41.

"Avance histórico en la clonación terapéutica", página electrónica del periódico *Clarín*, <http://www.clarin.com/diario/2005/05/20/sociedad/s-04015.htm>, Argentina, viernes 20 de mayo de 2005, Sección Sociedad.

POLLACK, Andrew *et al.*, "Cloning and Stem Cells: The Research: Medical and Ethical Issues Cloud Cloning for Therapy" (Resumen), página electrónica de *The New York Times*, http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F30717F93A5E0EC708DDAAB0894DC404482&fta=y&archive:article_related, viernes 13 de febrero de 2004, Sección A, p. 22, columna I [Archivo].

Notimex, "Clonan embrión humano en Corea del Sur", página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=30627&tabla=Internacional, México, jueves 12 de febrero de 2004, Sección Internacional, p. 2.

¹² Cfr. WEISS, Rick, "La revolución que está esperando", *National Geographic* (en español). National Geographic Society, vol. 17, núm. 1, julio de 2005, p. 23.

"Clonación: de las promesas terapéuticas al dilema ético", página electrónica del periódico *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=35242&tabla=notas, México, lunes 26 de noviembre de 2001.

¹³ El bajo rendimiento de la técnica de transferencia nuclear ha sido uno de los argumentos para oponerse a la clonación: en el caso *Dolly*, de los 277 óvulos fertilizados, únicamente se obtuvieron 29 embriones viables y un solo nacimiento.

En el artículo publicado en la revista *Science*, se aclara que no se trata de clonación con fines reproductivos.

La técnica de trasplante nuclear¹⁴ se llevó a cabo implantando el núcleo de una célula somática, en este caso, células cúmulo que se hallan en los ovarios, en un óvulo previamente desnucleado; ambas células aportadas por la misma mujer. El cigoto resultante fue activado usando un proceso químico y se le permitió crecer hasta la fase de blastocisto, estadio en el que el embrión cuenta con aproximadamente 100 células. Los científicos extrajeron de la masa celular de los embriones, las células troncales para fines terapéuticos.

Ante la reciente clonación coreana, era de esperarse la aparición de noticias similares en otros lugares, pero aun así, no dejó de sorprender que los creadores de la oveja *Dolly* dieran a conocer al poco tiempo (abril de 2004), su intención de presentar la solicitud de licencia para realizar el procedimiento de clonación terapéutica ante la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (*Human Fertilisation and Embryology Authority*, en lo sucesivo, HFEA),¹⁵ y más cuando el propio Ian Wilmut se había pronunciado contra la clonación humana; claro, ahora en retrospectiva inferimos que aludía a la reproductiva.

Aunque en el Reino Unido la clonación terapéutica está regulada desde que se reformó la Ley sobre Fertilización y Embriología Huma-

¹⁴ Al hablar indistintamente de "clonación", ésta se puede enmarcar en cualquiera de las tres técnicas siguientes, aunque desde *Dolly*, es probable que cualquier documento o instrumento se refiera al tercer tipo de clonación:

a) *Por partición de un embrión en los primeros estadios (embryo splitting)*: un solo cigoto selecto que cuenta con dos células es dividido artificialmente para obtener dos embriones que sean individuos genéticamente idénticos.

b) *Por trasplante nuclear de células embrionarias a un ovocito*: se fusionan células de un embrión con ovocitos adultos, resultando un cigoto reconstituido con el material genético del embrión clonado.

c) *Por trasplante nuclear o transferencia de núcleo (nuclear-transfer) de células somáticas de un adulto*: el método consiste en extirpar de un óvulo el núcleo haploide y sustituirlo por el núcleo diploide proveniente de una célula somática del individuo adulto que se quiere clonar.

Cfr. TARASCO Michel, Martha *et al.*, "La clonación", en KUTHY PORTER, José, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Óscar (coords.), *Temas actuales de bioética*, México, Universidad Anáhuac-Porrúa, 1999, pp. 181-182.

¹⁵ "Buscan clonar embrión humano", página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_búsqueda.html?id_nota=31358&tabla=internacional_html, México, jueves 22 de abril de 2004, Sección Internacional, p. 7.

nas (*Human Fertilisation and Embryology Act*),¹⁶ en el sentido de facultar a la HFEA para otorgar licencias a las investigaciones que utilicen preembriones humanos,¹⁷ con el objetivo de obtener y cultivar células troncales,¹⁸ para esta fecha nadie había hecho la solicitud.

Estas licencias dejaron de ser una mera especulación cuando la HFEA concedió, en el mes de agosto de 2004, la primera autorización para clonación humana al equipo de especialistas de la Universidad de Newcastle y, en febrero de 2005, al equipo de Wilmot y sus colegas, conformado por el Instituto Roslin de Edimburgo (Paul de Sousa), y el Departamento de Psiquiatría del King's College de Londres (Christopher Shaw).¹⁹ Mientras que el equipo de Newcastle intenta estudiar la obtención de células troncales para aplicarlas a diversas enfermedades, el trabajo de Wilmot está enfocado a investigar la llamada enfermedad motoneuronal.

Como las causas de las enfermedades de las neuronas motoras se conocen poco, debido a que los nervios son inaccesibles dentro del cerebro, Wilmot no planea clonar células sanas trasplantables, ni igualadas genéticamente entre donador-receptor, sino que clonará células de pacientes que sufren de distrofia muscular, para obtener células troncales "enfermas", inducir las a que se conviertan en células nerviosas y comparar su desarrollo con las células nerviosas tomadas de embriones saludables.²⁰

¹⁶ La Ley sobre Fertilización y Embriología Humanas (*Human Fertilisation and Embryology Act*), está vigente desde el 1o. de noviembre de 1990, fue reformada por el parlamento inglés el 24 de enero de 2001, en el sentido de autorizar explícitamente la clonación terapéutica como el Reglamento 2001 para Fines de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas (*The Human Fertilisation and Embryology for Research Purposes Regulations 2001*), estableciendo su entrada en vigor el día 31 del mismo mes y año. Con esto el Reino Unido se convirtió en el primer país en autorizar explícitamente la clonación terapéutica.

Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos M., "Investigación y terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico para Europa", revista *Inter Criminos*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Segunda Época, núm. 2, marzo de 2002, p. 106.

¹⁷ Se considera *preembrion* al producto de la concepción desde la singamia (unión de los pronúcleos de los gametos) hasta los 14 días después de la fecundación (en condiciones *in vivo*, sería hasta antes de la implantación en el útero).

¹⁸ Cfr. RIERA, Jaime, "El Ejecutivo británico se compromete a regular por ley la prohibición de la clonación humana", página electrónica: http://v2.vlex.com/vlex2/front/asp/noticias_detalle.asp?Articulo=100526, España, enero de 2001.

¹⁹ "Autorizan a creador de *Dolly* clonar embrión humano" (*El Universal*).

²⁰ Se prevé que el cultivo de las neuronas motoras o motrices será bastante complicado debido a que estas células son muy grandes y deben extender sus partes externas o

De esta forma podrá ver cómo progresan las enfermedades degenerativas y buscar los genes que las originan.²¹

Por la posibilidad de quedar rezagados en la investigación, otros países han seguido el ejemplo de Inglaterra. En España fue emitido el Real Decreto²² para utilizar células troncales embrionarias en la investigación. Para el final del primer semestre de 2005, la Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, dependiente del Ministerio de Sanidad, ha autorizado cinco proyectos que involucran el empleo de células troncales de origen embrionario: tres de los proyectos están orientados al cultivo y la caracterización de células troncales, otro protocolo se dirige hacia la creación de células pancreáticas productoras de insulina y el quinto estudio tiene como objetivo la creación de células nerviosas productoras de dopamina para tratar el Parkinson.

Las nuevas medidas sobre investigación con células troncales tienen lugar después de otras reformas liberales del gobierno del Partido Socialista Obrero Español, como la legalización del matrimonio homosexual y la adopción de niños por parejas homosexuales.²³ A dife-

nervios, similares a cables, las cuales les permiten conectarse con los músculos para transmitir los mensajes eléctricos del cerebro y de la médula espinal.

²¹ Reuters, "Creador de la oveja '*Dolly*' clonará embrión humano", página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_busqueda.html?id_nota=40274&tabla=cultura, México, miércoles 9 de febrero 2005, Sección Cultura, p. 2.

"Autorizan a creador de *Dolly* a clonar embriones humanos", *Milenio Diario*, México, miércoles 9 de febrero 2005, año 6, núm. 1867, Sección Tendencias, p. 38.

"El creador de *Dolly* pidió permiso para clonar embriones humanos", página electrónica de *Clarín*, <http://www.clarin.com/diario/2004/09/29/sociedad/s-03501.htm>, Argentina, miércoles 29 de septiembre de 2004, Sección Sociedad.

²² El 29 de octubre de 2004, el rey Juan Carlos firmó el Real Decreto 2132/2004, "Por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes", Ministerio de la Presidencia, página electrónica del *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/boe/dias/2004-10-30/pdfs/A35905-35907.pdf>, España, sábado 30 de octubre de 2004, núm. 262, pp. 35905-35907.

²³ "Autorizan proyecto con células madre en España", *La Jornada*, México, sábado 25 de junio de 2005.

"Aprueba España el uso de células madre", página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_busqueda.html?id_nota=33465&tabla=internacional_html, México, sábado 30 de octubre de 2004, Sección Internacional, p. 7.

rencia de Inglaterra, que no firmó el Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina,²⁴ el caso de España llama la atención debido a que ahora parece adoptar una política de salud muy diferente a la que sostenía cuando firmó este documento. En cumplimiento al Convenio, España puede aducir que estas autorizaciones no se dan sobre la base de crear deliberadamente embriones con fines de experimentación [artículo 18], sino que mediante consentimiento informado, los progenitores pueden donar a la ciencia los preembriones sobrantes de sus procesos de fertilización.

Y en tanto al *Protocolo del Convenio de Oviedo*, que explícitamente prohíbe crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, puede esgrimir el razonamiento de que no se están clonando embriones. Desde luego que la interpretación del texto más el hecho de tratarse de un instrumento jurídicamente vinculante, es el punto donde se suscita la controversia de si España continúa respetando o contradice el espíritu de este tratado.

En mayo de 2005 se reactiva la polémica sobre la clonación por lo sucedido en Corea, Inglaterra y Estados Unidos.

Se había mencionado previamente que el equipo del Centro de Ciencias de la Vida de la Universidad de Newcastle, Inglaterra (a cargo de los científicos Miodrag Stojkovic y Alison Murdoch) obtuvo en el año 2004 autorización por parte de la HFEA para clonar embriones para investigación y tratamiento de enfermedades degenerativas, hecho que llevó a cabo en este mes y se dio a conocer en la revista *Reproductive & BioMedicine Online*. Para la técnica de transferencia nuclear se utilizaron óvulos donados por 11 mujeres, tres de los clones obtenidos sobrevivieron en el laboratorio por tres días y otro, cinco días.²⁵

²⁴ El Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, es conocido como "Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina" o "Convenio de Oviedo". Fue abierto a las firmas de los Estados el 4 de abril de 1997, y entró en vigor hasta el 10 de diciembre de 1999.

²⁵ Agencias Londres/Seúl, "Clonan en Gran Bretaña embriones humanos", página electrónica de *El Universal*: http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_busqueda.html?id_notas=35745&tabla=internacional_html, México, sábado 21 de mayo de 2005, Sección Internacional, p. 7.

La revista *Science*, en el número de mayo de 2005, vuelve a ser el aparador en el que los equipos de Woo Suk Hwang²⁶ (profesor de Citología en la Universidad de Seúl, Corea del Sur) y de Gerald Schatten (profesor y vice-jefe del Departamento de Obstetricia, Ginecología y Ciencias Reproductivas de la Escuela de Medicina de la Universidad de Pittsburgh, Estados Unidos) dan cuenta de la creación del primer sistema de células troncales humanas con la capacidad de adaptarse genéticamente a cada paciente.

En el estudio publicado en febrero del año anterior, las células troncales clonadas reprodujeron la información genética de las mujeres donantes de las células somáticas (que también donaron los óvulos), y que en todos los casos fueron saludables, las cuales al ser trasplantadas a otros receptores podrían ser rechazadas. La novedad presentada este año es que los científicos clonaron células con el genoma específico de cada paciente al que están destinadas.²⁷

Para esta investigación reciente, llevada a cabo en el Hospital de la Universidad Hanyang de Seúl, 18 mujeres donaron 185 óvulos, de este total, 125 pertenecían a 10 mujeres menores de 30 años. Para conseguir células somáticas reclutaron a 11 donantes, varones y mujeres de 2 a 56 años: entre los donantes hay quienes sufren diabetes juvenil tipo I hereditaria, lesiones en la médula espinal y una inmunodeficiencia genética llamada hipogamaglobulinemia congénita.²⁸

²⁶ Apodado por los medios de comunicación como "Doctor Clon" o "el Rey de la Clonación".

²⁷ En el trabajo previo de Hwang, los núcleos se obtenían de la misma mujer que donaba los óvulos (lo que tiene gran importancia, además de biológica, desde un punto de vista sociocultural y filosófico), pero no se sabía si podían derivarse nuevas líneas celulares cuando los donantes fueran mujeres diferentes, o si éstas podían ser prepúberes, encontrarse en edad reproductiva o en la etapa posmenopáusica; también se ignoraba qué ocurría si el donador era hombre, ya fuera niño o adulto. En el trabajo del 2005 se obtuvieron resultados exitosos en todas estas condiciones, lo que revela que este procedimiento terapéutico podría ser usado en personas, independientemente de su sexo o edad.

FLORES, Javier, "Clonación terapéutica: ¿dónde estamos?", *La Jornada*, México, martes 24 de mayo de 2005, Sección Ciencias, p. 3A.

²⁸ Los óvulos donados por mujeres jóvenes mostraron una tasa de éxito mayor que los provenientes de mujeres de más edad. Hwang y el ginecólogo Shin Yong Moon atribuyeron sus avances a que no estuvieron utilizando mayormente óvulos viejos, que sobran de tratamientos de fertilización asistida y algunos de ellos congelados durante años.

"Avance histórico en la clonación terapéutica", *Clarín*.

El proceso fue similar al probado por el mismo equipo en su estudio anterior: se utilizó el material genético de las células cutáneas de los donantes, el cual fue introducido en los óvulos enucleados y así formaron embriones; al alcanzar el estadio de blastocisto, se obtuvieron de ellos células, con las que se formaron líneas celulares para los pacientes, 11 líneas celulares en total.²⁹ Se cree que las células troncales obtenidas poseen probablemente los mismos defectos genéticos que los pacientes con enfermedades hereditarias, por lo que la intención del estudio no es trasplantarlas directamente al paciente, sino estudiarlas y trabajar en ellas.

También en mayo de 2005, la Cámara de Representantes de Estados Unidos, conocida como "Cámara Baja", aprobó un proyecto de ley en el que se autoriza el uso de recursos públicos para la investigación con células troncales. Esta aprobación se contrapone a la restricción que en 2001, George Bush impuso a la utilización de fondos federales para la investigación con células troncales, limitándola sólo a las 72 líneas celulares embrionarias existentes a esa fecha.³⁰

La llamada "Ley Castle-DeGette" (propuesta por los senadores Diana de Gette y Michael N. Castle) pretende ampliar dicha restricción, exigiendo al secretario de Salud y Servicios Humanos que apoye la investigación con células troncales embrionarias humanas sin importar la fecha en que estas células fueron derivadas de un embrión humano. Esta ley, en realidad, sería una reforma al Acta de los Servicios de Salud Pública que comprendería la adición de la sec-

²⁹ "Clonan células madre a la medida del paciente", página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_busqueda.html?id_nota=42286&tabla=cultura_html, México, viernes 20 de mayo de 2005, Sección Cultura, p. 2.

²⁹ Se aíslan las células troncales para cultivarlas *in vitro*, cuando proliferan sin diferenciarse son replantadas en nuevos platos de cultivo hasta que se obtiene una línea celular formada por células con características idénticas y estables; esto permite contar con grandes cantidades de ellas.

³⁰ El 9 de agosto de 2001, el presidente George Bush dirigió un mensaje televisado a toda la nación en relación con la utilización de fondos federales para investigar con células troncales y anunció su decisión de no subvencionar tales trabajos, ni siquiera para aquellos que pudieran utilizar células troncales obtenidas en el sector privado. Restringió los fondos federales exclusivamente para las líneas celulares embrionarias existentes en el mundo hasta esa fecha; fijándose como fecha límite el 27 de noviembre de 2001, para que los investigadores pudieran hacer sus solicitudes.

Cfr. LACADENA, Juan Ramón, *Bioética y genética*, España, Universidad Pontificia Comillas-Ed. Desclée De Brouwer, 2002, p. 77.

ción 498D. Un total de 238 legisladores votó a favor del proyecto de ley, mientras que 194 se opusieron.³¹

El apoyo federal, en los términos de esta propuesta, no será irrestricto, sólo se podrán usar fondos gubernamentales en investigaciones de células troncales embrionarias humanas si se cumplen tres requisitos: 1) que los embriones sean donados por las clínicas de fertilidad, siendo sobrantes del proceso de FIV, encaminado a ayudar parejas con problemas de esterilidad; 2) que las parejas que buscaron el tratamiento de fertilidad hayan previamente estipulado que los embriones sobrantes no se donarían a otra mujer; en tal caso, la clínica tendría que destruirlos; 3) que las parejas que se sometieron al tratamiento de fertilidad accedieron, plenamente informados y por escrito, a donar los embriones sobrantes, sin alicientes financieros ni de otro tipo.

Los líderes republicanos ofrecieron una medida alterna que asigna fondos a estudios con células troncales derivadas de adultos y de la sangre del cordón umbilical, lo cual hizo que se adoptara casi por unanimidad una segunda ley que se dirige al establecimiento de una red nacional del cordón umbilical de los recién nacidos.³²

III. PRECEDENTES EN NACIONES UNIDAS

1. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana

Como inmediata reacción a la clonación de *Dolly*, en lo concerniente a instrumentos jurídicos internacionales, el primer paso lo dio la

³¹ Previo a la votación, Bush declaró que de ser aprobada por el Senado, ejercería el veto a dicha ley (recurso que todavía no ha utilizado en ningún caso); pero de todas formas, la votación quedó muy por debajo de la mayoría de dos tercios que se habría necesitado para hacer a un lado el veto presidencial.

³² KELLMAN, Laurie, "El Congreso de EU da el sí a células madre embrionarias", *Milenio Diario*, México, miércoles 25 de mayo de 2005, Sección Tendencias, p. 37.

"Aprueban usar recursos públicos en EU para estudios con células madre", periódico *La Jornada*, México, miércoles 25 de mayo de 2005, Sección Ciencias, p. 2.

GAY STOLBERG, Sheryl, "House Approves a Stem Cell Research Bill Opposed by Bush", página electrónica de *The New York Times*, <http://www.nytimes.com/2005/05/25/politics/25stem.html?>, Estados Unidos, miércoles 25 de mayo de 2005.

GAY STOLBERG, Sheryl, "Sponsor of Stem Cell Bill says Senate could override a veto", página electrónica de *The New York Times*, <http://www.nytimes.com/2005/05/26/politics/26stem.html?>, Estados Unidos, miércoles 25 de mayo de 2005.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), que emitió la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana.³³ Su trascendencia radicó en abordar el, en aquel entonces, nuevo tema del genoma humano y declararlo, Patrimonio común de la Humanidad. En lo referente al aspecto que nos ocupa, se estipuló en el artículo 11, la prohibición de prácticas contrarias a la dignidad humana, ejemplificándolas con la clonación humana.

Un año más tarde, esta Declaración adquirió mayor fuerza cuando la Asamblea General de Naciones Unidas (en lo sucesivo "AGNU"), mediante la Resolución A/RES/53/152 sobre El Genoma Humano y los Derechos Humanos, la adoptó como propia.³⁴

2. Convención Internacional contra la Clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción

El antecedente directo de esta propuesta fue la iniciativa presentada por Francia y Alemania de crear un tratado universal obligatorio que prohibiera la clonación reproductiva de seres humanos. La AGNU aprobó la Resolución A/RES/56/93 sobre la Convención Internacional contra la Clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción,³⁵ cuyo resultado principal fue el establecimiento de un Comité Especial [Comité *Ad Hoc*] abierto a todos los Estados Miembros,

³³ La Conferencia General de la Unesco, en su 29 reunión, aprobó esta Declaración el 11 de noviembre de 1997. Actas de la Conferencia General, 29 reunión, vol. I, Resoluciones: Resolución 16.

³⁴ Resolución 53/152. El genoma humano y los derechos humanos. Emitida en la sesión celebrada el 9 de diciembre de 1998, discutida como Tema 110 (b) del Programa en la 85 sesión plenaria, durante el Quincuagésimo Tercer periodo de sesiones de la AGNU; publicada el 10 de marzo de 1999. Asamblea General, "53 periodo de sesiones: Resoluciones", página electrónica de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/53/ares53152.pdf>.

³⁵ Resolución 56/93. Convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción. Emitida en la sesión celebrada el 12 de diciembre de 2001, discutida como Tema 174 del Programa en la 85 sesión plenaria durante el Quincuagésimo Sexto periodo de Sesiones de la AGNU; publicada el 28 de enero de 2002. Asamblea General, "56 periodo de sesiones: Resoluciones", en la página electrónica de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/law/cloning>.

cuyo objetivo era examinar la posibilidad de elaborar esta Convención (en lo sucesivo "la Convención").³⁶

El 6 de noviembre de 2003, el *Comité Ad Hoc* difirió el debate sobre la elaboración de la Convención para dentro de dos años. Una de las mociones de la discusión fue presentada por Irán, como representante del patrocinio de la Conferencia Islámica.³⁷ Así el tema de la Convención quedó incluido dentro del programa provisional del Quincuagésimo Noveno Periodo de Sesiones de la AGNU (en cumplimiento de la decisión 58/523 de fecha 9 de diciembre de 2003).

Aunque con la moratoria para discutir el tema de la Convención, parecería que el debate quedaría suspendido, mínimo en lo que se refiere al año siguiente; la AGNU, el 17 de septiembre de 2004 (a menos de un año del diferimiento), asignó el tema a su Sexta Comisión o Comisión Legal, la cual lo examinó en las siguientes sesiones:

- En las sesiones 11a. y 12a., celebradas el 21 y 22 de octubre de 2004, los representantes de Costa Rica³⁸ y de Bélgica,³⁹ presentaron cada uno, ante la Comisión Legal, los proyectos de resolución titulados, el primero, "Convención Internacional

³⁶ La primera reunión del Comité *Ad Hoc* se llevó a cabo el 25 febrero de 2002 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, para escuchar a expertos en la materia.

³⁷ En una apretada decisión de 80 votos a favor, 79 en contra y 15 abstenciones. "Asamblea General pospone dos años el debate sobre clonación humana", en el *Resumen de Noticias de Naciones Unidas*, página electrónica del Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana, <http://www.cinu.org.mx/prensa/resumen/sem0346.htm>. Semana del 3 al 7 de noviembre de 2003.

³⁸ En nombre de Albania, Angola, Antigua y Barbuda, Australia, Benin, Burundi, Chad, Chile, Costa Rica, Comoras, Côte d'Ivoire, Eritrea, Estados Unidos, Etiopía, Fiji, Filipinas, Gambia, Georgia, Granada, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Honduras, Irlanda, Islas Marshall, Islas Salomón, Italia, Kazajstán, Kenya, Kirguistán, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Micronesia (Estados Federados de), Nauru, Nicaragua, Noruega, Palau, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Portugal, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Unida de Tanzania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, San Vicente y las Granadinas, Sierra Leona, Suriname, Tayikistán, Timor-Leste, Tuvalu, Uganda, Uzbekistán, Vanuatu y Zambia. [Angola, Chile y Malawi posteriormente se retiraron de la lista de patrocinadores].

³⁹ En nombre de Belarús, Bélgica, Camboya, China, Cuba, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Japón, Letonia, Lituania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

contra la Clonación Humana" (A/C.6/59/L.2), y el segundo, "Convención Internacional contra la Clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción" (A/C.6/59/L.8).

- En la 27 sesión, celebrada el 19 de noviembre 2004: el representante de Italia presentó un proyecto de resolución titulado "Convención Internacional contra la Clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción" (A/C.6/59/L.26).⁴⁰

Por su parte, la Quinta Comisión de la AGNU incluyó, dentro del Presupuesto por Programas para el Bienio 2004-2005, al tema de la Convención.⁴¹

3. Hacia la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana

La propuesta de una Convención contra la Clonación Humana con Fines Reproductivos, que inicialmente tenía un unánime respaldo internacional, con el planteamiento de Costa Rica de incluir en la prohibición también a la clonación terapéutica, fue motivo de amplias discusiones; así, el Comité Legal de elaboración de tratados de la AGNU, abandonó la idea de preparar un tratado y optó por buscar una declaración no obligatoria.⁴²

⁴⁰ Decisión A/59/516. Convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción. Emitida con fecha 19 de noviembre de 2004, discutida como Tema 150 del Programa en la 27 sesión, durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la AGNU, página electrónica de las Naciones Unidas, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/620/87/PDF/N0462087.pdf?OpenElement>.

⁴¹ Resolución A/59/638. Emitida con fecha 22 de diciembre de 2004, como Temas 108 y 150 del Programa en la 33 sesión, durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la Quinta Comisión de la AGNU. La relatora Denisa Hutánová (Eslovaquia) elaboró el informe "Consecuencias para el presupuesto por programas resultantes de la decisión de la Sexta Comisión en su 27 sesión celebrada el 19 de noviembre de 2004", en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/662/43/PDF/N0466243.pdf?OpenElement>.

⁴² "La ONU urge a prohibir todo tipo de clonación humana", *La Jornada*, México, miércoles 9 de marzo 2005, Sección Ciencias, p. 2A.

"La ONU pide a gobiernos prohibir todo tipo de clonación humana", *Milenio Diario*, México, miércoles 9 de marzo de 2005, Sección Tendencias, p. 37.

La Sexta Comisión propuso a la AGNU que se creara un Grupo de Trabajo⁴³ para ultimar el texto, ya no de la Convención, sino de una Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, sobre la base del proyecto de resolución propuesto por Italia (el A/C.6/59/L.26); para lo cual también se formuló una Declaración sobre las consecuencias administrativas y financieras del Grupo.⁴⁴

En la sesión del 14 de enero de 2005 de la Sexta Comisión, el proyecto de resolución cambió de "Convención Internacional contra la Clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción" a "Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres Humanos".⁴⁵

En la sesión del 18 del febrero de 2005, la Sexta Comisión revisó el Informe del Grupo de Trabajo, el cual figura en el documento A/C.6/59/L.27/Rev.1, éste contiene los dos proyectos de resolución como Anexos I y II y, como Anexo III un proyecto de enmienda al Anexo II:⁴⁶

- El Anexo I (del documento A/C.6/59/L.27/Rev.1) fue propuesto por Honduras.
Honduras propuso invertir el orden de examen de las propuestas que tenía ante sí la Comisión, a fin de examinar primero el

⁴³ En la 27 sesión de la Sexta Comisión, celebrada el 19 de noviembre 2004 durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la AGNU. Podrán formar parte del Grupo todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica. El Grupo presentará un informe a la Sexta Comisión.

⁴⁴ Decisión 59/547. Emitida con fecha 23 de diciembre de 2004 en la 76 sesión plenaria, celebrada por la AGNU. En esta fecha, la AGNU crea el Grupo de Trabajo.

⁴⁵ Resolución A/59/516/Corr.1. Emitida con fecha 14 de enero de 2005, revisada como Tema 150 del Programa, durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la AGNU. La relatora del Informe es Anna Sotaniemi (Finlandia):

Se hacen las siguientes correcciones:

(1.) En el párrafo 7, la referencia al título del proyecto de resolución *debe ser* "Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres Humanos".

(2.) En el párrafo 11 del proyecto de decisión, las palabras "sobre la base del proyecto de resolución relativo a una Convención Internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción" *deben sustituirse por* "sobre la base del proyecto de resolución titulado 'Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres Humanos'." <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/210/20/PDF/N0521020.pdf?OpenElement>.

⁴⁶ El Grupo de Trabajo se reunió los días 14, 15 y 18 de febrero de 2005. La Sexta Comisión reanudó el examen del tema en su 28 sesión, celebrada el 18 de febrero de 2005. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/249/43/PDF/N0524943.pdf?OpenElement>.

Anexo I y en segundo lugar la propuesta del Anexo II; la moción fue aprobada. Bélgica propuso tres enmiendas a este Anexo I, que más adelante mostraremos.

- El Anexo II (del documento A/C.6/59/L.27/Rev.1) es el documento que previamente comentamos, había sido propuesto por Italia [inicialmente fue publicado con la signatura A/C.6/59/L.26].
- El Anexo III (del documento A/C.6/59/L.27/Rev.1) o proyecto de enmienda al proyecto de resolución que figura como Anexo II.

En vista de la enmienda y subsecuente aprobación del proyecto del Anexo I, la Comisión decidió no adoptar medidas respecto del proyecto de resolución del Anexo II, ni de la enmienda del Anexo III.

La Sexta Comisión recomendó a la AGNU la aprobación del proyecto del Anexo I,⁴⁷ en vista de que, en votación registrada, fue aprobado con 71 votos a favor, 35 en contra y 43 abstenciones.⁴⁸ Así, el 8 de marzo de 2005,⁴⁹ la AGNU aprobó la Resolución 59/280 de la Declaración sobre la Clonación Humana (en lo sucesivo “la Declaración-Clonación”),⁵⁰ con 84 votos a favor,⁵¹ 34 en contra⁵² y 37 abstenciones.⁵³

⁴⁷ Este proyecto de resolución quedó como documento A/59/516/Add.1 o Resolución 59/280.

⁴⁸ Tras su aprobación en el Comité *Ad Hoc*, la medida será ahora sometida al pleno de la AGNU, donde los 191 Estados Miembros de las Naciones Unidas deberán pronunciarse de nuevo. Aunque las decisiones de la AGNU no son vinculantes, reflejan el sentir de la comunidad internacional.

“Comité de la ONU dice no a clonación”, en la página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=34763&tabla=internacional, México, sábado 19 de febrero de 2005, Sección Internacional, p. 7.

⁴⁹ “La ONU urge a prohibir todo tipo de clonación humana”, *La Jornada*, p. 2A.

“La ONU pide a gobiernos prohibir todo tipo de clonación humana”, *Milenio Diario*, p. 37.

“Asamblea General adopta declaración sobre clonación humana”, en Centro de Noticias ONU, página electrónica: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=4153&criteria1=Asamblea>, miércoles 9 de marzo de 2005.

⁵⁰ Resolución 59/280. Aprobada en la sesión celebrada el 8 de marzo de 2005, discutida como Tema 150 del Programa en la 82 sesión plenaria, durante el quincuagésimo noveno período de sesiones de la AGNU. Documento A/59/PV.82 en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/260/38PDF/N0526038.pdf?OpenElement>.

⁵¹ Votos a favor: Afganistán, Albania, Alemania, Andorra, Arabia Saudita, Australia, Austria, Bahrein, Bangladesh, Belice, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brunei

IV. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CLONACIÓN HUMANA: ANÁLISIS

Cuadro comparativo de las cuatro propuestas: Declaración-Clonación o Propuesta-Honduras, Costa Rica, Bélgica e Italia.*

Darussalam, Burundi, Chile, Comoras, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Djibouti, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Etiopía, Ex República Yugoslava de Macedonia, Georgia, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, Iraq, Irlanda, Islas Salomón, Italia, Kazajstán, Kenya, Kuwait, Lesotho, Liberia, Liechtenstein, Madagascar, Malta, Islas Marshall, Marruecos, Mauricio, México, Micronesia (Estados Federados de), Mónaco, Nicaragua, Palau, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Qatar, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Unida de Tanzania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Sierra Leona, Sudán, Suriname, Suiza, Tayikistán, Timor-Leste, Trinidad y Tobago, Uganda, Uzbekistán, Zambia. [Posteriormente, las delegaciones de Antigua y Barbuda, Gambia, Kirguistán, la Jamahiriya Árabe Libia, Nigeria, la Federación de Rusia y Perú informaron a la Secretaría de la Asamblea General que habían tenido la intención de votar a favor].

⁵² Votos en contra:

Belarús, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Camboya, Canadá, China, Chipre, Cuba, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, India, Islandia, Jamaica, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Popular Democrática de Corea, República Democrática Popular Lao, Singapur, Suecia, Tailandia, Tonga. [Más tarde, la delegación de Grecia informó a la Secretaría que tenía la intención de votar en contra].

China, como otros países, afirmó que continuará la investigación sobre la clonación de células madre a pesar de la declaración de la ONU, informó el diario oficial, *China Daily*. “China clonará células madre pese a prohibición”, en la página electrónica de *El Universal*, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_busqueda.html?id_nota=40528&tabla=cultura_html, México, martes 22 de febrero de 2005, Sección Cultura, p. 2.

⁵³ Abstenciones:

Argelia, Angola, Argentina, Azerbaiyán, Bahamas, Barbados, Botswana, Burkina Faso, Camerún, Cabo Verde, Colombia, Egipto, Indonesia, Irán (República Islámica del), Israel, Jordania, Líbano, Malasia, Maldivas, Mongolia, Myanmar, Namibia, Nepal, Omán, Pakistán, República Árabe Siria, República de Moldova, Rumania, Serbia y Montenegro, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Yemen, Zimbabue. [Muchos países islámicos se abstuvieron bajo el argumento de que no había consenso sobre el asunto de si la investigación de células madre es una pesquisa médica válida o la destrucción de vida humana]. | -Redacción Monterrey, “La ONU pide a gobiernos prohibir todo tipo de clonación humana”, *Milenio Diario*, p. 37.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana [Propuesta Honduras ⁵⁴]	Propuesta Costa Rica	Propuesta Bélgica	Propuesta Italia ⁵⁵
"La Asamblea General,	"La Asamblea General,	"La Asamblea General,	"La Asamblea General, [2.P] <i>Aprueba</i> la Declaración sobre Clonación de Seres Humanos, que figura en el anexo de la presente resolución. Anexo Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres Humanos La Asamblea General,
[1.P] Guiándose por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas,			[3.P] Guiándose por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas,
[2.P] Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997 [y en particular su artículo 11, según el cual no de-	[1.P] Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, en particular, el artículo 11 de la Declaración, que establece que no esta-	[1.P] Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, en particular el artículo 11, que establece que no estarán permitidas	[4.P] Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, y, en particular, su artículo 11 según el cual no de-

⁵⁴ Anexo I del proyecto de resolución A/C.6/59/L.27/Rev.1.

⁵⁵ Documento A/C.6/59/L.26 ó Anexo II del proyecto de resolución A/C.6/59/L.27/Rev.1.

<i>ben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos]⁵⁶</i>	rán permitidas las prácticas contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación humana con fines de reproducción.	las prácticas contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación humana con fines de reproducción,	ben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos,
[3.P] <i>Recordando también</i> su resolución 53/152 de 9 de diciembre de 1998, en la que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,	[2.P] <i>Recordando también</i> su resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998, en que se hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,	[2.P] <i>Recordando también</i> su resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998, en que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,	[1.P] y [5.P] <i>Recordando</i> su resolución 53/152 de 9 de diciembre de 1998, en la que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,
[4.P] <i>Consciente</i> de los problemas éticos que algunas aplicaciones de las ciencias biológicas en rápida evolución pueden plantear con respecto a la dignidad del género humano, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,	[5.P] <i>Consciente</i> de la rápida evolución de las ciencias biológicas y de las cuestiones éticas que algunas de las aplicaciones plantean con respecto a la dignidad del género humano y los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,	[4.P] <i>Consciente</i> de que la importancia de la evolución de las ciencias biológicas para el bien de la humanidad, con pleno respeto de la integridad y la dignidad de la persona,	[6.P] <i>Consciente</i> de las cuestiones éticas que algunas aplicaciones de la rápida evolución de las ciencias biológicas plantean con respecto a la dignidad del género humano, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,
[5.P] <i>Reafirmando</i> que la aplicación de las ciencias biológicas debe tratar de mitigar los sufrimientos y mejorar la salud de la persona y la especie humana en general,		[5.P] <i>Consciente</i> de que la rápida evolución de las ciencias biológicas abre enormes perspectivas de mejorar la salud de seres humanos y de la humanidad en general, pero también de que ciertas prácticas plantean peligros potenciales a la integridad y la dignidad de la persona,	[7.P] <i>Reafirmando</i> que las aplicaciones de las ciencias biológicas deberían tratar de mitigar los sufrimientos y mejorar la salud de la persona y la especie humana en general;

⁵⁶ Conforme a la primera enmienda propuesta por Bélgica, se añadió esta frase al final del segundo párrafo del Preámbulo del proyecto. [La enmienda fue aceptada por 59 votos a favor, 47 en contra y 41 abstenciones].

[6.P] <i>Haciendo hincapié</i> en que el avance científico y técnico de las ciencias biológicas debe promoverse salvaguardando el respeto de los derechos humanos y el beneficio de todos,	[9.P] <i>Deseando</i> promover el progreso científico y técnico en los campos de la biología y la genética respetando los derechos humanos y en beneficio de todos,		[8.P] <i>Haciendo hincapié</i> en que el avance científico y técnico de las ciencias biológicas debería promoverse salvaguardando el respeto de los derechos humanos y el beneficio de todos,
[7.P] <i>Consciente</i> de los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que la clonación humana puede entrañar para quienes participan en ella, y consciente también de la necesidad de impedir la explotación de la mujer,	[10.P] <i>Preocupada</i> por los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que de la clonación humana pueden derivarse para quienes participan en ella y alarmada por la posibilidad de que sea causa de la explotación de mujeres,		[9.P] <i>Consciente</i> de los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que la clonación humana puede entrañar para quienes participan en ella y consciente también de la necesidad de asegurar que la clonación de seres humanos no dé lugar a la explotación de la mujer,
[8.P] <i>Convencida</i> de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación humana para la dignidad humana,	[12.P] <i>Decidida</i> a impedir con carácter urgente ese ataque a la dignidad humana de la persona,	[8.P] <i>Decidida</i> a prevenir con carácter urgente esos atentados contra la dignidad humana,	[10.P] <i>Convencida</i> de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación de seres humanos para la dignidad humana,
<i>Declara solemnemente</i> lo siguiente:			<i>Declara solemnemente</i> lo siguiente:
[9.D] a) Los Estados Miembros habrán de adoptar todas las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas; ⁵⁷			

⁵⁷ Bélgica propuso suprimir el párrafo a) de la Parte Dispositiva del Proyecto. [La enmienda fue rechazada por 48 votos a favor, 57 en contra y 42 abstenciones].

[10.D] b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana; ⁵⁸	[15.D] 3. <i>Insta</i> a los Estados a que, en tanto no se apruebe una convención internacional contra la clonación humana, prohíban toda actividad de investigación, experimentación, desarrollo o aplicación en sus territorios o zonas bajo su jurisdicción y control de cualquier técnica destinada a la clonación humana;	[12.D] 2. <i>Pide</i> al Comité Especial que, al elaborar el proyecto de convención, incluya lo siguiente:	[11.D] a) Los Estados Miembros habrán de prohibir todo intento de crear vida humana mediante procesos de clonación y toda investigación realizada con el fin de lograr este objetivo;
		[13.D] a) La obligación de todas las partes contratantes de prohibir la clonación humana con fines de reproducción, sin la posibilidad de hacer reserva alguna;	
		[14.D] b) La obligación de todas las partes contratantes de tomar medidas para controlar otras formas de clonación humana	
		imponiendo una prohibición permanente o temporal o	
		regulándolas por medio de la legislación nacional,	
		en particular con estrictos controles para asegurar, entre otras cosas, que los resultados de la clonación con fines terapéuticos no se usen para avanzar hacia la clonación con fines de reproducción:	

⁵⁸ Conforme a la tercera enmienda belga, se sustituiría el párrafo b) de la parte dispositiva del proyecto de declaración por el texto siguiente: "Los Estados Miembros habrán de prohibir la clonación con fines de reproducción de seres humanos; también habrán de prohibir otras formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana" [La enmienda fue rechazada por 52 votos a favor, 55 en contra y 42 abstenciones].

		<p>[16.D] 4. <i>Exhorta</i> a los Estados que aún no lo hayan hecho a que, en espera de que se apruebe y entre en vigor una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción y de hacerse partes en ella, impongan a nivel nacional una prohibición de la clonación humana con fines de reproducción;</p> <p>[17.D] 5. <i>Exhorta</i> a los Estados que aún no lo hayan hecho a que, en espera de que se apruebe y entre en vigor una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción y de hacerse partes en ella, tomen medidas para controlar otras formas de clonación humana</p> <p>----- imponiendo una prohibición permanente o temporal o</p> <p>----- regulándolas por medio de la legislación nacional;</p>	
[11.D] c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana;	[16.D] 4. <i>Pide</i> a los Estados que adopten las medidas necesarias para prohibir las técnicas de ingeniería genética que puedan redundar en desmedro del respeto de la dignidad humana;	[10.P] <i>Decidida</i> en espera de que se apruebe y entre en vigor una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción, a adoptar a nivel nacional medidas provisionales	[14.D] d) Los Estados Miembros habrán además de aportar las medidas necesarias a fin de prohibir las aplicaciones de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana.

		destinadas a prevenir posibles peligros para la dignidad humana de la persona,	
[12.D] d) Los Estados Miembros habrán de adoptar medidas para impedir la explotación de la mujer en la aplicación de las ciencias biológicas;	Ver: [10.P]		[12.D] b) Los Estados Miembros habrán de asegurar que, al aplicar las ciencias biológicas, se respete en todo momento la dignidad humana y, en particular, no se explote a la mujer;
[13.D] e) Los Estados Miembros habrán también de promulgar y aplicar sin demora legislación nacional para poner en práctica los apartados a) a d);		Ver: tercera parte del [14.D]. y tercera parte del [17.D].	[13.D] c) Los Estados Miembros habrán también de promulgar y aplicar legislación nacional para poner en práctica los apartados que anteceden;
[14.D] f) Los Estados Miembros habrán además de tener en cuenta, en su financiación de la investigación médica, incluidas las ciencias biológicas, cuestiones acuciantes de alcance mundial como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria, que afectan particularmente a los países en desarrollo.	[17.D] 5. <i>Alienta firmemente</i> a los Estados y otras entidades a que destinen los fondos que podrían haberse utilizado en las tecnologías de clonación humana a hacer frente a los urgentes problemas que afectan a los países en desarrollo en todo el mundo, como el hambre, la desertificación, la mortalidad infantil y las enfermedades, en particular el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA);		
*[A partir de este corte, aparecen en la parte inferior, los párrafos de las propuestas que son diferentes a los de la Declaración-Clonación]			

	[3.P] <i>Teniendo presente</i> la resolución 2003/69, de 25 de abril de 2003, titulada "Los derechos humanos y la bioética", aprobada por la Comisión de Derechos Humanos en su 59 periodo de sesiones,	[3.P] <i>Teniendo presente</i> la resolución 2003/69 de la Comisión de Derechos Humanos, de 25 de abril de 2003, titulada "Los derechos humanos y la bioética", aprobada por la Comisión en su 59 periodo de sesiones,	
	[4.P] <i>Teniendo presente también</i> la resolución 2001/39 del Consejo Económico y Social, de 26 de julio de 2001, titulada "Privacidad genética y no discriminación",		
	[6.P] <i>Preocupada</i> por la información divulgada recientemente sobre las investigaciones relativas a la clonación de seres humanos y los intentos de hacerlo,	[7.P] <i>Especialmente preocupada</i> , en el contexto de las prácticas contrarias a la dignidad humana, por la información divulgada recientemente sobre las investigaciones relativas a la clonación humana con fines de reproducción y los intentos de hacerlo,	
	[7.P] <i>Convencida</i> de que la clonación humana, sea cual fuere su finalidad, es contraria a la ética, moralmente censurable e incompatible con el debido respeto a la persona humana y no puede justificarse ni aceptarse,	[6.P] <i>Preocupada</i> por la gravedad de los problemas que plantea el desarrollo de las técnicas de clonación humana con fines de reproducción aplicadas a la humanidad, que puedan tener consecuencias para el respeto de la dignidad humana,	
	[8.P] <i>Recordando</i> que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se		

	basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales inalienables de la familia humana, conforme se declara en la Declaración Universal de Derechos Humanos,		
	[11.P] <i>Recordando</i> su resolución 56/93, de 12 de diciembre de 2001, por la que decidió establecer un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de sus organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica,	[9.P] <i>Recordando</i> su resolución 56/93, de 12 de diciembre de 2001, por la que decidió establecer un Comité Especial, abierto a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de los organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica,	
		a fin de que examinara la posibilidad de elaborar una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción,	
	[13.D] 1. <i>Pide</i> al Comité Especial que vuelva a reunirse del ___ de ___ al ___ de 2005 para preparar, con carácter urgente, un proyecto de texto de una convención internacional contra la clonación humana,	[11.D] 1. <i>Decide</i> que el Comité Especial se vuelva a reunir del ___ al ___ de 2005 a fin de preparar, con carácter urgente y de ser posible a más tardar a fines de 2005, un proyecto de convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción;	
	teniendo presente que no prohibirá el uso de la transferencia de núcleos ni otras técnicas de clonación para producir moléculas de áci-		

	do desoxirribonucleico, órganos, plantas, tejidos, células que no sean embriones humanos o animales que no sean seres humanos, y recomienda que continúe la labor durante el sexagésimo periodo de sesiones de la Asamblea General, del ___ de ___ al ___ de ___ de 2005, en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión;		
	[14.D] 2. <i>Pide también</i> al Comité Especial que, a efectos de la elaboración del proyecto de convención, examine las propuestas formuladas en el quincuagésimo octavo periodo de sesiones de la Asamblea General;		
		[15.D] 3. <i>Pide también</i> al Comité Especial que tome en consideración los instrumentos internacionales vigentes en la materia;	
	[18.D] 6. <i>Pide</i> al Secretario General que proporcione al Comité Especial los servicios necesarios para el desempeño de su labor;	[18.D] 6. <i>Pide</i> al Secretario General que proporcione al Comité Especial los servicios necesarios para el desempeño de su labor;	
	[19.D] 7. <i>Invita</i> al Comité Especial a que, en el proceso de negociación, tenga en cuenta las contribuciones de los organismos de las	[19.D] 7. <i>Invita</i> al Comité Especial a que tenga en cuenta las contribuciones de órganos de las Naciones Unidas y	

	Naciones Unidas y las organizaciones internacionales competentes;	haga participar activamente a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en el proceso de negociación;	
	[20.D] 8. <i>Pide</i> al Comité Especial que le presente, en su sexagésimo periodo de sesiones, un informe sobre sus trabajos;	[20.D]. <i>Pide</i> al Comité Especial que le presente en su sexagésimo periodo de sesiones un informe sobre sus trabajos;	
	[21.D] 9. <i>Decide</i> incluir en el programa provisional de su sexagésimo periodo de sesiones un tema titulado 'Convención internacional contra la clonación humana'."	[21.D] 9. <i>Decide</i> incluir en el programa provisional de su sexagésimo periodo de sesiones el tema titulado 'Convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción'."	

* [Para facilitar el cotejo y análisis de los documentos:

i) Se transcribe la Declaración-Clonación en la primera columna, las demás propuestas fueron acomodadas (no textualmente) de tal forma que sus párrafos coincidan con los de la propuesta-Honduras; al inicio de cada párrafo aparece, entre corchetes, el numeral que indica el orden que guarda cada uno de los párrafos dentro de la redacción original de cada proyecto, junto al número aparecen las letras "P" o "D" para aclarar si se trata, ya sea de un párrafo *Preambular* o de un párrafo *Dispositivo*.

ii) Al final de este artículo, como Anexo, se encuentran los textos íntegros de las propuestas, excepto la Declaración-Clonación, la cual se explica en el próximo apartado].

1. Aspectos comunes entre las cuatro propuestas

Las cuatro propuestas contienen un Preámbulo en el que se habla de los documentos ya existentes en materia de clonación o genética, como la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano* y los *Derechos Humanos* y las *Resoluciones 2003/69 sobre los Derechos Humanos* y la *Bioética* y *2001/39 sobre la Privacidad Genética* y *No Discriminación*. En estos documentos la preocupación principal gira en torno al respeto a la integridad, a las libertades fundamentales y a la dignidad de la persona; para lograrlo, la aplicación de la ciencia y el progreso técnico deben encaminarse al beneficio de todos, ya sea mejorando la salud de la especie humana o mitigando sus sufrimientos. Las propuestas de Costa Rica y Bélgica ponen de manifiesto la intranquilidad causada en la comunidad internacional por la información divulgada sobre nacimientos de clones, siendo una reacción directa a los anuncios efectuados por los Raelianos y por Severino Antinori (a finales de 2002), que mencionamos al principio.

Tres de los documentos (excepto Bélgica) son enfáticos en lo que respecta a evitar la explotación de la mujer; lo que constituye un argumento de peso para fundamentar el rechazo a la clonación humana debido a los riesgos médicos, físicos, psicológicos y sociales que se prevé ésta puede provocar a los participantes, entre los que por razones técnicas, siempre estará involucrada una mujer [ya sea como aportadora del óvulo o de la célula somática, o como madre directa o subrogada] y no necesariamente un hombre.

Los cuatro proyectos instan a los Estados a implementar medidas provisionales destinadas a salvaguardar la dignidad (Bélgica) o vida (Honduras) humana frente a los peligros de la clonación, para lo cual, aunque en este punto los proyectos difieren, se solicita la prohibición de toda investigación o experimentación destinada a la clonación humana; cabe resaltar que mientras Costa Rica, Italia y Honduras aluden a la clonación humana en general, Bélgica se refiere exclusivamente a la prohibición de la clonación con fines reproductivos. Bélgica, Italia y Honduras sugieren que la prohibición de la clonación en cada país sea estipulada por la legislación nacional.

Costa Rica, Italia y Honduras especifican que las medidas que deben tomar los Estados, también deben dirigirse a prohibir las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana (como técnicas genéticas se incluyen: la manipulación de genes, la terapia génica, los métodos de diagnóstico preventivo, el cribado genético y la huella génica, entre otros).

2. Propuesta: Costa Rica

El proyecto consta de 12 párrafos preambulares y nueve numerales. Sobre los numerales es preciso destacar que, de origen, la propuesta estuvo encaminada hacia la adopción de una convención internacional contra la clonación humana, por lo que varios de los puntos son peticiones para la negociación, las "contribuciones" (o más bien *aportaciones*, ya que parece no referirse a cuotas monetarias) de los organismos de Naciones Unidas y organizaciones internacionales y los servicios necesarios para el desempeño del Comité Especial encargado de elaborar, en el futuro, la convención.

Cabe apuntar que Costa Rica, a través de su vicepresidenta,⁵⁹ ya se había pronunciado en contra de la clonación. En vez de identificar a la clonación como un ataque directo al derecho individual de libertad, igualdad o integridad física [derecho humano de Primera Gene-

⁵⁹ La Misión Permanente de Costa Rica ante las Naciones Unidas publicó la intervención de Linnette Saborio, vicepresidenta de Costa Rica, quien en la Sesión de fecha 24 de septiembre de 2003 del quincuagésimo octavo periodo de Sesiones, dio la bienvenida al recién electo Presidente de la AGNU. Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana, en la página electrónica: http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/ag58/discursos/costa_rica.htm.

ración],⁶⁰ la visualiza como un atentado al Derecho Humano a la Paz [derecho humano de Tercera Generación],⁶¹ el cual “informa, alimenta y justifica todos los demás derechos fundamentales”. Para Costa Rica existen varios rubros a discutir para poder lograrlo, entre los que se encuentran la protección al ambiente, el desarme, el combate al terrorismo, la democracia y la correcta aplicación de los desarrollos recientes en el campo de la biotecnología: “[...] Indudablemente, los avances en las ciencias médicas y en la investigación genética facilitan el desarrollo y descubrimiento de nuevas terapéuticas y técnicas médicas. Sin embargo, esas mismas tecnologías crean nuevos desafíos éticos ya que pueden prestarse para violar los derechos humanos y violentar la dignidad intrínseca de las personas”.

Consideramos relevante que el proyecto de Costa Rica subraya que la prohibición de la clonación no incluya al uso de la transferencia de núcleos ni de otras técnicas de clonación para producir moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN), órganos, plantas, tejidos, células que no sean embriones humanos o animales que no sean seres humanos; si este punto es retomado por alguna legislación nacional, tendría que precisarlo para evitar que un enunciado general deje resquicio a la hibridación o la formación de quimeras⁶² con ADN humano.

3. Propuesta: Bélgica

Tiene diez párrafos preambulares y nueve numerales. Lo mismo que en el caso de Costa Rica, este proyecto tuvo el propósito de estipular

⁶⁰ Los Derechos Humanos de Primera Generación o Libertades Clásicas comprenden a los derechos individuales o legales, derechos civiles y derechos políticos de los ciudadanos; exigen del Estado fundamentalmente una actividad de No Hacer y de respeto frente a ellos. FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2001, p. 415.

⁶¹ Los Derechos Humanos de Tercera Generación también son llamados Derechos de Solidaridad, porque establecen un catálogo orientado a los intereses que pueden guardar las colectividades, o sea, abarcan los “intereses difusos” que se inspiran en principios generales o universales cuyo respeto reclama la humanidad. *Ibidem*, pp. 415 y 416.

Costa Rica amplía el ejercicio del derecho de los pueblos a la Paz más allá de lo contemplado por la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la paz, aprobada en 1984 por las Naciones Unidas.

⁶² Hibridación = unión entre dos individuos con fenotipos o genotipos distintos, o bien, procedentes de dos poblaciones o especies diferentes.

Quimeras = individuo compuesto por líneas celulares genéticamente distintas, que proceden de cigotos diferentes.

las bases, para en el futuro consolidar una convención internacional, rumbo que como apuntamos anteriormente, fue desviado hacia la Declaración-Clonación.

Al referirnos a la propuesta belga, no sólo contemplamos al proyecto de resolución, sino incluimos también, a la serie de enmiendas que propuso Bélgica al texto base o borrador de la declaración presentada por Honduras. En ambos documentos (resolución y tercera enmienda), Bélgica explícitamente solicita a los Estados, la prohibición sólo de la clonación reproductiva, con la intención de que la terapéutica sea regulada por cada país.

Bélgica critica la Declaración-Clonación por prohibir “todas las formas de clonación humana” (Inciso b), cuando en su propuesta [Numeral 5] exhorta a los Estados a tomar medidas para prohibir permanente o temporalmente “otras formas de clonación humana”, que suponemos no son la reproductiva (de la cual ya habla en el Numeral 4); lo diferente entonces es que “otras” permite un margen más amplio de permisibilidad, y que estipula que las formas que sean aceptadas, se regulen mediante la legislación nacional.

4. Propuesta: Italia

La propuesta italiana contiene ocho párrafos preambulares y uno dispositivo que consta de cuatro subpárrafos o incisos. Desde su presentación, este proyecto fue concebido como un instrumento declarativo y no como un tratado o convenio vinculante para los Estados Parte, idea que varió el curso del proceso de discusión.

Aunque los medios de comunicación no afirmaron que la intención de este documento, tal como lo hicieron de la propuesta costarricense, era prohibir la clonación en general, el párrafo a) de la parte Dispositiva podría ser interpretado en dicho sentido: cuando se refiere a “prohibir todo intento de crear vida humana mediante procesos de clonación”, podemos inferir que el embrión, tanto para implantación como para experimentación, se trata de *vida humana*, aun sin conceder que el estatuto del embrión quede dentro de la categoría de persona o de ser humano.

5. Texto final de la Declaración (Propuesta: Honduras)

Retoma casi en su totalidad la redacción de la propuesta italiana. Desde el texto original, figuran ocho párrafos preambulares y un

párrafo dispositivo que consta de seis subpárrafos o incisos,⁶³ con la enmienda belga únicamente se agregó la parte final del segundo párrafo preambular: “Recordando [...] y en particular su artículo 11, según el cual no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos.”

A continuación presentamos un análisis desglosado de los subsiguientes párrafos:⁶⁴

- Recordando también su resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998, en la que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (en lo sucesivo “DUGH”).

Actualmente hay escasos instrumentos internacionales que contengan disposiciones relativas a la clonación, al genoma o en sí, a la bioética. Esta DUGH, por tratarse precisamente de un documento declarativo, carece de verdadera fuerza jurídica vinculante, sin embargo puede llegar a tener el mismo valor que otros documentos de derechos humanos que con el tiempo han afianzado su influencia y se han convertido en fuente del derecho internacional.

- Consciente de los problemas éticos que algunas aplicaciones de las ciencias biológicas en rápida evolución pueden plantear con respecto a la dignidad del género humano, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona.

El texto que originalmente fue emitido en inglés expresa “*human dignity*”,⁶⁵ locución que fue traducida al español, no como “digni-

⁶³ Acta de la 82 sesión plenaria, celebrada el 8 de marzo de 2005, durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la AGNU. Tema 150 del Programa en la página electrónica de las Naciones Unidas: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/260/38/PDF/N0526038.pdf?OpenElement>. p. 2

⁶⁴ Para este apartado, véanse. SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe, “Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana: marco regulatorio internacional y nacional”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2003, año 27, núm. 27.

TALÍA PEDROZA DE LA LLAVE, Susana y GARCÍA HUANTE, Omar, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: firmados y ratificados por México*, México, CNDH, 2003, ts. I y II.

⁶⁵ Resolución 59/280, en la página electrónica: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf?OpenElement>. 82 sesión plenaria de la AGNU, 8 de marzo de 2005.

dad humana” (como aparece en otros instrumentos), sino como “dignidad del género humano”; esto es relevante en tanto que aporta un concepto diverso a los expuestos en los demás instrumentos: ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras (en lo sucesivo “DDHGF”)⁶⁶ y la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (en lo sucesivo “DRGAGF”)⁶⁷ habían estipulado en los artículos 3 y 6, respectivamente, la preservación de la “especie humana”. En el articulado de la DDHGF, por ser previo a *Dolly*, no encontramos referencia explícita a la clonación, pero hoy en día la protección al genoma de la que habla, va íntimamente unida a las técnicas de clonación y a las de terapia génica.

La DUGH de manera más simbólica, indica por su parte, que el genoma es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la “familia humana”.

Aunque biológicamente, “género” tiene una connotación más amplia que la de “especie” y “familia”, creemos que en el caso de las declaraciones citadas, estas palabras son sinónimos que designan al conjunto de seres humanos o “Humanidad”, término utilizado con mayor frecuencia.⁶⁸

⁶⁶ Adoptada el 26 de febrero de 1994 por los participantes en la reunión de expertos Unesco-Equipo Cousteau, organizada por el Instituto Tricontinental de la Democracia Parlamentaria y los Derechos Humanos de la Universidad de La Laguna en Tenerife, España.

Artículo 3 DDHGF: Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño de cualquier manera que sea a la forma humana de la vida, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la *especie humana*, así como el genoma y la herencia genética de la humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Cfr. FLORES TREJO, Fernando *Bioderecho*, México, Porrúa, 2004, pp. 252-253: El autor denomina el derecho de preservación como principio biojurídico de exclusividad de la especie humana.

⁶⁷ Adoptada por la Conferencia General de la Unesco, en su 29 reunión de fecha 12 de noviembre de 1997.

⁶⁸ Artículo 3 DRGAGF: las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la *Humanidad*, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana.

Con motivo de la aprobación de la Declaración-Clonación y en relación con la "dignidad", encontramos en la prensa mexicana el siguiente comentario: "La Declaración adolece de varios problemas; el primordial es que incumplió un procedimiento mínimo de acuerdo, dado que no hubo consenso sobre el significado del concepto de 'dignidad humana' pues en efecto, éste puede ser interpretado de diversas maneras".⁶⁹ Si bien, es cierto que la "dignidad" es uno de esos conceptos complejos que usamos comúnmente, dando por sentado su significado, y que por el uso reiterado, con frecuencia lo dejamos vacío de contenido; este hecho no puede aducirse para descalificar a la Declaración-Clonación, porque tendríamos que criticar entonces, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y a los demás instrumentos jurídicos de Naciones Unidas que desde 1948, han consagrado a la "dignidad" como la base del respeto a los derechos fundamentales.

Aunque el autor del artículo, así como muchos otros, señala que "la Declaración se sustenta en una determinada interpretación sustancialista de la "dignidad humana" que equipara toda forma de existencia humana (en sentido meramente biológico), sin hacer distinciones entre los diversos grados de su desarrollo",⁷⁰ más bien, consideramos que la crítica debería enfocarse no hacia el concepto de "dignidad" sino al término de "vida humana" (que aparece en la Declaración-Clonación más adelante), y al debate pendiente sobre a quiénes debe o no atribuirse la dignidad humana, discusión que por la naturaleza del tema, nos remite inmediata y forzosamente al estatuto del embrión.

No abundaremos en el tema del embrión porque amerita un estudio por separado, sólo dejaremos planteada una pregunta: confrontando el contenido de la Declaración-Clonación con el artículo 1o. de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales,⁷¹ que establece que "todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo *origen*; nacen iguales en dignidad y derechos y for-

⁶⁹ LINARES, Jorge Enrique, "Clonación y dignidad humana", *Milenio Diario*, México, 13 de marzo de 2005, Sección Contextos, p. 23.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Aprobada por la Conferencia General de la Unesco, el 27 de noviembre de 1978.

man parte integrante de la humanidad", cabe preguntarse si el ADN es el *origen* biológico de la igualdad entre los seres humanos, por ser el sustrato material mínimo que todos compartimos, porque si esto es así, qué consideración se debe tener con cada embrión que posee un genoma único e irrepetible (sin tomar en cuenta el caso de los clones). ¿Los embriones pueden ser considerados seres humanos por contar con su propio ADN o son sólo células con información genética?

- Reafirmando que la aplicación de las ciencias biológicas debe tratar de mitigar los sufrimientos y mejorar la salud de la persona y la especie humana en general.

En este caso podemos identificar a dos sujetos o beneficiarios de la ciencia: la persona [*"individuals"*, en la versión en inglés] y la especie humana [*"humankind"*]. No retomaremos el comentario del párrafo anterior en cuanto a "especie".

Como todo derecho humano de segunda generación,⁷² en el derecho a la salud, el obligado de proveer las condiciones para ejercerlo es el Estado, mientras que los destinatarios de programas y estrategias son los gobernados. El introducir a la "especie humana" como otro tipo de sujeto de la relación, resulta sociológicamente novedoso en tanto que "especie" se torna en un concepto incluyente de las generaciones actuales y de las futuras. Jurídicamente, no lo es tanto, porque el derecho siempre ha previsto hechos o actos de realización futura cierta o incierta con sujetos acreedores o deudores de la acción; lo complejo será lograr, en un contexto globalizado, la efectividad de este tipo de derechos: la exigibilidad que de los beneficios pueda hacer la especie humana actual y futura, y los linderos de la responsabilidad estatal y de la comunidad internacional.

- Haciendo hincapié en que el avance científico y técnico de las ciencias biológicas debe promoverse salvaguardando el respeto de los derechos humanos y el beneficio de todos.

⁷² Los Derechos Humanos de Segunda Generación o Derechos de Igualdad comprenden los derechos económicos, sociales y culturales; corresponden al Estado las obligaciones de Dar o Hacer, dado que tales derechos se materializan a través o por medio de los programas o acciones que promueva el Estado como el garante del bienestar social. *Cfr.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, op. cit., p. 415.

La expresión “beneficio de todos”, se traduce como un derecho humano de solidaridad o de tercera generación, en el que el sujeto humanidad, más allá que el Estado tiene una corresponsabilidad con éste para lograr el mayor bien para el mayor número de personas. Cada individuo (médico, científico, político, gobernado, organización no gubernamental) tiene que velar por los derechos humanos de los otros; el tránsito de sociedades con dinámica de Estado-de-Bienestar, social o hasta paternalista a sociedades coparticipativas es bastante más complicado, ya que implica cambios sociales y culturales, que incluyen temas como la participación democrática-ciudadana, la educación, el trabajo, el sentido de responsabilidad y el civismo.

El propósito de la Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad⁷³ es que los Estados eviten que los logros científicos se utilicen en detrimento de los derechos humanos y la dignidad de la persona humana; la utilización de la palabra “persona” nos da la idea de primacía del individuo sobre el colectivo, la cual también es recalçada en el Convenio de Oviedo.⁷⁴

Es muy importante considerar que los promotores de la clonación terapéutica argumentan que el avance científico sólo puede suceder mediante la experimentación y, que si ésta queda prohibida, no sólo se coarta la libertad de investigación y de información, sino que no se podrán extender los beneficios a la población; consideran que los países que prohiban la investigación quedarán rezagados comparándose con aquellos que sí la aceptan y regulan.

Aunque parezca trillado, no está de más recordar que el espíritu de los instrumentos de derechos humanos, sobre todo de aquellos nacidos a raíz de la Segunda Guerra Mundial, es evitar que se cometan atrocidades similares a las que fueron evidenciadas en el Tribunal de Núremberg. Hubo un momento histórico, no muy lejano, en el que el discurso del avance tecnológico y científico enmudeció a los derechos fundamentales, por eso, la comunidad internacional y las legislaturas nacionales tienen una gran responsabilidad de prudencia y

⁷³ Proclamada por la AGNU, mediante Resolución 3384 (XXX), el 11 de noviembre de 1975.

⁷⁴ Artículo 2 Convenio de Oviedo: el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia.

precaución, en lo concerniente a las novedosas aplicaciones de la tecnología o hallazgos de la ciencia.

- Consciente de los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que la clonación humana puede entrañar para quienes participan en ella, y consciente también de la necesidad de impedir la explotación de la mujer: [Ver más adelante, comentario al Inciso d)].
- Convencida de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación humana para la dignidad humana, declara solemnemente lo siguiente:
 - a) Los Estados Miembros habrán de adoptar todas las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas.

Mientras que los artículos 11 de la DUGH y 1o. de la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina hablan sobre la protección de la dignidad humana, la Declaración-Clonación retoma la idea de “vida humana” estipulada en el proyecto de Italia (inciso a) y en la DRGAGF (artículo 3).

Con respecto a la adopción de la Declaración-Clonación, el Representante alterno de México ante Naciones Unidas, Manuel Gómez Robledo, explicó: “La utilización de los conceptos ‘dignidad humana’ y ‘protección de la vida humana’ en esta declaración no prejuzga la definición de los mismos, sino que permite a las legislaciones nacionales precisarlos de conformidad con los criterios culturales, filosóficos y religiosos que predominen en cada sociedad y el respeto de los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional”.⁷⁵

En el tenor de que culturalmente existen diferentes cosmovisiones filosóficas/religiosas, y “vida humana” [*human life*], es un término que nos es presentado como lo suficientemente dúctil para darle la interpretación que cada país considere pertinente, en este punto diferimos con la explicación del Representante de México: cuando a escala mundial se negocian tratados o declaraciones y más, tratándose de derechos humanos, debería haber entendimientos básicos sobre ciertos conceptos: igualdad, democracia, libertad, ser humano y vida.

⁷⁵ Explicación del voto a favor por parte del Representante de México [señor Gómez Robledo] en el Acta de la 82 sesión plenaria, celebrada el 8 de marzo de 2005, durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la AGNU, *op. cit.*, p. 3.

La Declaración-Clonación, en lo que puede ser su fortaleza o su debilidad, a diferencia de la DUGH, no señala en ninguno de sus apartados la palabra “seres humanos”, puesto que ese uso puede llevar a equipararlos con la “persona”, como lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.2.).⁷⁶ En cambio “vida humana”, de acuerdo con la interpretación que cada uno le dé, puede ser convenientemente, más flexible o restrictivo.

b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana.

A nuestro parecer esta oración contiene dos partes fundamentales, que aunque indisolubles, pueden observarse por separado: la clonación y la vida humana.

Dependiendo tanto del contexto cultural y social, como de intereses económicos, científicos o políticos, la Declaración-Clonación puede ser mirada desde varios ángulos: para algunos, la Declaración-Clonación es un retroceso con respecto a la DUGH y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁷⁷ ya que al condenar la primera, “todas las formas de clonación” se cierran las puertas a la investigación con células troncales de origen embrionario; condena que, la segunda y tercera, sólo constriñeron hacia la clonación reproductora.

Empero, la DUGH, al leerse de manera conjunta al Convenio de Oviedo, puede en otro sentido, traducirse en protección al embrión, debido a que la DUGH contempla a las prácticas contrarias a la dignidad humana, dando como ejemplo enunciativo mas no exhaustivo, a la clonación reproductiva,⁷⁸ y el Convenio de Oviedo, prohíbe por

⁷⁶ Conocida también como “Pacto de San José”, aprobada por la Organización de Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969.

⁷⁷ Aprobada por la Unión Europea el 14 de octubre de 2000.

Artículo 3.2. Carta Europea: en el marco de la medicina y la biología se respetará el derecho a la integridad de la persona, para lo cual queda prohibida la clonación reproductora de seres humanos.

⁷⁸ Los ejemplos que la DUGH señala como prácticas contrarias a la dignidad humana son: la clonación reproductiva (artículo 11) y las intervenciones en línea germinal (artículo 24). Numerales 42 y 59 del Informe Explicativo de la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, en la página electrónica: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/310/40>. España.

otro lado, sin mencionar siquiera a la clonación, la creación de embriones para fines de experimentación (artículo 18.2). Por su parte, el Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo,⁷⁹ prohíbe la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro, sin especificar el destino final que se le asigne; el Informe Explicativo al Protocolo aclara que esta prohibición abarca tanto las técnicas de división embrionaria como la de transferencia nuclear.⁸⁰

Cabe aclarar que, no obstante pareciera que estas disposiciones protegen sólo al “nuclóvulo” o “embrión somático”,⁸¹ [cigoto constituido por un óvulo desnucleado y por una célula somática a través de la técnica de transferencia nuclear] y no al embrión creado mediante Fecundación *In Vitro* (FIV) [con un óvulo y un espermatozoide], que ya se encuentra congelado y es sobrante de una técnica de reproducción asistida, el Convenio de Oviedo es claro al señalar que la experimentación con embriones *in vitro* debe garantizar la adecuada protección de los mismos; suponemos que esta protección equivale a su no destrucción.

La interpretación *lato sensu* o laxa de la Declaración-Clonación puede, por otro lado, ajustarse a las necesidades y contextos de las diferentes naciones; el “*inasmuch as*” de la versión en inglés, que se tradujo como “en la medida en” quedó cómodamente ambiguo⁸² para

⁷⁹ Para los efectos del artículo 1o. del Protocolo, la expresión “ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano”, significa compartir la misma carga nuclear genética. El Protocolo se abrió a la firma de los países el 12 de enero de 1998 en París, entrando en vigor el 1o. de marzo de 2001.

⁸⁰ Numeral 5 del Informe Explicativo al Protocolo Adicional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Hombre en Relación con la Aplicación de la Biología y la Medicina sobre la Prohibición de Clonar Seres Humanos, en la página electrónica: <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/ConvUniDDHHBiomed.html>. España.

⁸¹ Mientras Juan Ramón Lacadena plantea el término de *embrión somático*, Marcelo Palacios el de *nuclóvulo*, ambos para referirse tanto a los clones de la clonación reproductiva, como a los de la clonación no reproductiva. Cfr. LACADENA, Juan Ramón, “Experimentación con embriones: el dilema ético de los embriones sobrantes, los embriones somáticos y los embriones partenogénicos”; en MARTÍNEZ, Julio Luis (director editorial), *Células troncales humanas*, España, Universidad Pontificia Comillas, Ed. Desclee De Brouwer, 2003, pp. 97 y 98.

⁸² Cfr. Explicación del voto de abstención por parte del Representante de Sudáfrica [señor Maqungu], en el Acta de la 82 sesión plenaria, celebrada el 8 de marzo de 2005, durante el quincuagésimo noveno periodo de sesiones de la AGNU, *op.cit.*, p. 8.

permitir que cada legislación determine hasta qué punto la clonación violenta o no, la dignidad o los derechos fundamentales.

En lo concerniente a la segunda parte de este inciso b), al hablar sobre el rechazo que la DUGH hace de la clonación de seres humanos, resalta Andorno que así pareciera claro que se refiere exclusivamente a la clonación reproductiva, la noción de "seres humanos" es mucho más amplia que la de 'persona', por lo que este rechazo pudiera extenderse también al de toda producción de un individuo o embrión de la especie humana por clonación, independientemente de la finalidad.⁸³ Así, trasladando el comentario de Andorno a la "vida humana" de la Declaración-Clonación, podría inferirse que la noción de "vida humana" es todavía más amplia, ya no digamos que la de "persona", sino también que la de "seres humanos". Claro que no podemos soslayar que la interpretación de "vida humana" puede, absurdamente, ser ampliada a tal grado que incluya dentro de la esfera de protección a cualquier célula viva que contenga el ADN humano (entiéndase de un órgano, tejido o producto), equiparándola a sujetos y no a objetos de protección.

c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana.

El artículo 10 de la DUGH establece la supremacía de la dignidad humana y de las libertades fundamentales sobre cualquier investigación relativa al genoma humano, lo que se complementa con el derecho de la especie a la preservación de la herencia genética, estipulado en la DDHGF. La Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina abunda en el tema del genoma humano, prohibiendo la discriminación fundada en el patrimonio genético, y precisando que el consejo genético y la terapia génica⁸⁴ o modificación de los

⁸³ Cfr. ANDORNO, Roberto, "El debate en torno a la clonación humana con fines reproductivos y terapéuticos"; en BLANCO, Luis Guillermo (comp.), *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*, Argentina, Ed. Universidad, 2002, p. 289.

⁸⁴ Consejo Genético = el proceso por el cual los pacientes o sus parientes con riesgo de una enfermedad de carácter hereditario son advertidos de las consecuencias de la enfermedad, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y los métodos posibles para evitarlas o mejorarlas.

genes solamente pueden efectuarse con finalidad preventiva o curativa del paciente, mas no afectando el genoma de su descendencia (Capítulo IV).

d) Los Estados Miembros habrán de adoptar medidas para impedir la explotación de la mujer en la aplicación de las ciencias biológicas.

Aunque los documentos mencionados previamente no hacen referencia a la participación de la mujer dentro del ámbito biomédico, existen varios instrumentos de ámbito internacional o regional que la protegen contra la explotación, sólo que se refieren expresamente a la sexual.⁸⁵ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o "Convención de Belém Do Pará",⁸⁶ es menos específica en el punto concreto de la explotación pero más amplia y esquemática al desplegar un catálogo general de derechos de la mujer, entre los que destaca el respeto a su integridad física, psíquica y moral.

Consideramos que este inciso está pensado en un sentido similar al que Koichiro Matsuura, el director general de la Unesco, aludía cuando se opuso a la clonación (11 de septiembre de 2003), en tanto existe "el riesgo de que las mujeres pobres del planeta acaben facilitando los óvulos para la clonación".⁸⁷ Esto es particularmente grave, cuando pensamos que de la clonación reproductiva o terapéutica pueden desprenderse más actos con finalidad de lucro, que no se limitan a la venta de óvulos, como lo son: la subrogación de útero; la

Terapia Génica = aquella técnica de ingeniería genética mediante la cual se introduce deliberadamente material genético exógeno en células humanas con la intención de corregir deficiencias en el material cromosómico y proporcionar así alguna ventaja terapéutica o prevenir alguna condición patológica. OSSET HERNÁNDEZ, Miquel, *Ingeniería genética y derechos humanos*. España, Icaria Antrazyt, pp. 93 y 101.

⁸⁵ Véanse: Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (artículo 8); Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (artículo 1); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 6).

⁸⁶ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, por la Organización de los Estados Americanos; aprobada por el Senado mexicano el 26 de noviembre de 1996, ratificada por México el 12 de noviembre de 1998 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.

⁸⁷ "Escepticismo ante anuncios de clonación humana" (Noticias Naciones Unidas).

venta de embriones, de tejidos, de órganos; las prácticas eugenésicas. Así podemos caer en el absurdo, de alimentar una industria y un sistema que genere una sanidad para ricos que puedan pagar por la salud, y otra para pobres, que lucren con su cuerpo para costear sus necesidades o que no reciban la atención médica adecuada y oportuna.

El punto concreto de la explotación, más que el de la clonación, es abordado por la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social,⁸⁸ cuyo artículo 12, inciso b), convoca a los Estados a eliminar todas las formas de discriminación y explotación, sin especificar el género o sexo, contrarias a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

e) Los Estados Miembros habrán también de promulgar y aplicar sin demora legislación nacional para poner en práctica los apartados a) a d).

La propuesta de Honduras tomó la sugerencia hecha por Bélgica e Italia en sus diversos proyectos, sólo que el sentido de la Declaración-Clonación es que la legislación nacional de cada Estado, además de proteger a la mujer, prohíba la aplicación de técnicas de ingeniería genética y las formas de clonación contrarias a la dignidad humana, mientras que la idea belga se limitaba a la prohibición de la clonación reproductiva y a la regulación de la clonación con fines terapéuticos.

El ex presidente del Proyecto Latinoamericano del Genoma Humano señaló que si no se logra consenso mundial y un país opta por hacer una restricción total y otros no, se pueden crear paraísos de clonación.⁸⁹ En reflexión de este aspecto particular, las legislaturas nacionales deberían estar alertas y ser lo suficientemente cuidadosas en actualizar constantemente las leyes de conformidad a los cambios sociales, políticos, culturales y tecnológicos.

f) Los Estados Miembros habrán además de tener en cuenta, en su financiación de la investigación médica, incluidas las ciencias biológicas, cuestio-

⁸⁸ Aprobada mediante Resolución 2542 (XXIV) por la AGNU, con fecha 11 de diciembre de 1969.

⁸⁹ Redacción *Reforma*: "Debatén en la Unesco sobre clonación", *Reforma*, op. cit. Por el Proyecto Latinoamericano del Genoma Humano, habló su ex presidente, el doctor José María Cantú.

nes acuciantes de alcance mundial como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria, que afectan particularmente a los países en desarrollo.

La propuesta costarricense fue la única que hacía hincapié en que los fondos que podrían utilizarse en el desarrollo de la técnica de clonación, fueran mejor destinados a la investigación de enfermedades como el VIH/SIDA y esta idea fue retomada por la Declaración-Clonación; pero Costa Rica fue más allá que el texto de Honduras, proponiendo que se combatiera la hambruna, la desertificación y la mortalidad infantil. Ambos textos señalan como destinatarios de esta financiación a los países en desarrollo, anhelo que claramente se configura como el derecho a la cooperación internacional y regional⁹⁰ de los multicitados Derechos Humanos de Tercera Generación o de Intereses Difusos. Resulta aplicable a este derecho a la cooperación, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, en particular, su artículo 13.

Estos derechos de solidaridad son de muy difícil exigibilidad por la plurititularidad del derecho; la confusa identificación de los sujetos por ausencia de una estructura organizacional; la delimitación territorial ambigua; y la desvinculación del ámbito y jurisdicción a un perímetro o territorio definido [porque su contorno es supraindividual y hasta supranacional], lo que lleva a la falta de legitimación procesal del colectivo para hacer valer el interés difuso.⁹¹ Para ilustrar la complejidad que encierran estos intereses difusos, citamos el inciso b) del artículo 13 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, el cual expresa más que como una obligación concreta, como deseo de buena voluntad, que se "establezca un equilibrio armonioso entre el progreso científico, tecnológico y material y el adelanto intelectual, espiritual, cultural y moral de la humanidad".

V. MÉXICO: DERECHO POSITIVO Y POLÍTICA EXTERIOR

En estos últimos tres años la postura de México ante la clonación ha sido variable:

⁹⁰ DUGH, Capítulo E: artículos 17-19.

⁹¹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 190.

Se estipularon como delitos a nivel local, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal,⁹² las conductas de fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana y de crear seres humanos por clonación o realización de procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos; dando a entender que tanto la clonación reproductiva (“crear seres humanos”) como la terapéutica (“fecundar óvulos”), quedaban comprendidas dentro de este artículo 154.

Claro que la redacción no fue lo suficientemente precisa en cuanto a la ilicitud rotunda o no de la clonación reproductiva, dado que podría argumentarse que la procreación es un fin lícito; sólo con una interpretación integral de este artículo junto con el 155 podemos afirmar que la clonación reproductiva está prohibida en el Distrito Federal.⁹³ Asimismo, nos llama la atención que tampoco se esclareció si “los fines ilícitos” (de la fracción III) se refieren a todas las conductas señaladas en el artículo, con lo cual se interpretaría que existe rechazo hacia la clonación, o aludían exclusivamente a la ingeniería genética, quedando un espacio de permisibilidad para la clonación terapéutica, ya que puede esgrimirse el argumento de que en estricto sentido no se trata de fecundación (fracción II) gamética de óvulos (es decir, con espermatozoides) y, que el fin curativo o de investigación es lícito y deseable.

Por si esta ambigüedad no fuera suficiente, el debate suscitado por la creación del Instituto Nacional de Medicina Genómica (Inmegen) aumentó las expectativas y especulaciones sobre el tema de la investigación terapéutica. De hecho, en los periódicos se anunciaba que con la aprobación del Inmegen, la Cámara de Diputados había permitido la investigación con células troncales, afirmación no muy exacta.⁹⁴

⁹² El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal fue publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de julio de 2002, entrando en vigor el 12 de noviembre de 2002. Dentro del Libro Segundo se encuentra el Título Segundo, cuyo Capítulo II se refiere expresamente a la manipulación genética: artículos 154 y 155.

⁹³ Artículo 155, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal: Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

⁹⁴ HERRERA, J. (et al.), “Aprueban diputados investigaciones con las células de embriones vivos” y “Apoyan la investigación con células de embrión vivo” en la página

En la Minuta del Proyecto de Decreto para reformar la Ley de los Institutos Nacionales de Salud (LINS), enviada por la Cámara de Senadores a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, LIX Legislatura, se aclara que los senadores “coincidieron en que la medicina genómica no tiene que ver con la clonación humana, con la manipulación de embriones, ni con la manipulación de células madre, ni con la reproducción asistida”, es por ello que consideraron eliminar del proyecto original de la Minuta (que había sido turnada por la Cámara de Diputados a la de Senadores), la última parte de la fracción I del artículo 7 bis, que a la letra decía sobre el Inmegen: “I. Realizar estudios e investigaciones clínicas, epidemiológicas, experimentales, de desarrollo tecnológico y básicas en las áreas de su especialidad, para la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, rehabilitación de los afectados, así como para promover medidas de salud, y en ningún caso podrán ser sujetos de investigación las células troncales humanas de embriones vivos, o aquellas obtenidas por trasplante nuclear”.⁹⁵

Más tarde, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 20 de julio de 2004, la reforma a la LINS mediante la cual se adicionaron al Capítulo I del Título II: la fracción V bis al artículo 5 y el artículo 7 bis. En estas adiciones se contempla, como otro más de los organismos descentralizados que se consideran institutos federales del Sector Salud, al Inmegen, cuya función es la regulación, promoción, fomento y práctica de la investigación y aplicación médica del conocimiento sobre el genoma humano.⁹⁶

electrónica de *El Universal (El Universal Online)*: http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia_busqueda.html?id_nota=20318&tabla=grafico_html. México, 29 de abril de 2004, Primera Sección y Sección Nación, pp. 9 y 15.

CRUZ, Antimio, “Freno a la ciencia: prohíbe ONU todo tipo de clonación” en la página electrónica de *El Universal (El Universal Online)*: http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/version_imprimir?id_nota=40825&tabla=cultura, México, 9 de marzo de 2005, Sección Cultura, p. 1.

⁹⁵ Dictamen aprobado por la Cámara de Diputados con 239 votos a favor, 140 en contra y 31 abstenciones, el 29 de abril de 2004 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el martes 20 de julio de 2004, en *Dictámenes*, de la página electrónica de la Cámara de Diputados: <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Gaceta Parlamentaria, jueves 29 de abril de 2004, núm. 1486-II.

⁹⁶ Artículo 7 bis, LINS: El Inmegen tendrá las siguientes atribuciones:
I. Realizar estudios e investigaciones clínicas, epidemiológicas, experimentales, de desarrollo tecnológico y básicas en las áreas de su especialidad, para la comprensión,

Dentro de las atribuciones específicas, no se especifica que el Inmegen pueda llevar a cabo investigación con células troncales (ni de origen embrionario ni de origen adulto); el que esté facultado para realizar proyectos de investigación y desarrollo de tecnología en terapia génica, no significa necesariamente que se lleve a cabo la transferencia nuclear. Criticamos que en lo que concierne a la terapia génica, no se hace la distinción entre terapia de la línea somática (efectuada sobre cualquier célula del cuerpo, excepto las reproductivas) y terapia de la línea germinal (en gametos).

Por supuesto que, como ocurre con cualquier enunciado general, la fracción I del artículo 7 bis [y más con la eliminación de la parte final] puede interpretarse en ambos sentidos: las investigaciones que lleve a cabo el Inmegen, pueden involucrar o no, el uso de células troncales y por consiguiente, puede llevarse a cabo o no, la clonación terapéutica. Aún no se conoce el Estatuto Orgánico, previsto en el artículo Tercero Transitorio de la LINS,⁹⁷ pero según lo expuesto por el actual director general del Inmegen, el doctor Gerardo Jiménez Sánchez, la medicina genómica está deslindada de la clonación humana y de la manipulación de células madre.⁹⁸

prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, rehabilitación de los afectados, así como para promover medidas de salud;

II. Realizar las actividades a que se refieren las fracciones II, III, IV, V, VI, IX, X, XI, XII, XIII y XIV del artículo 6 del presente ordenamiento;

III. Las actividades a que se refieren las fracciones VII y VIII del artículo 6 de esta Ley se realizarán a través de otras instituciones de salud;

IV. Impulsar en forma decidida la vinculación con instituciones nacionales para conformar una red de investigación y desarrollo en el campo de la medicina genómica y disciplinas afines, con la participación de instituciones internacionales; de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley;

V. Fomentar la realización de proyectos de desarrollo de tecnología especializada, obteniendo con ello protocolos de innovación tecnológica en cuanto a la elaboración de medios de diagnóstico, fármaco-genómica y terapia génica, y

VI. Ser el Centro Nacional de Referencia para asuntos relacionados con estudios sobre el genoma humano y sus aplicaciones.

⁹⁷ Véanse las siguientes páginas electrónicas (consultadas hasta el 31 de julio de 2005): Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión: <http://www.camaradediputados.gob.mx/leyinfo>;

Secretaría de Salud: <http://www.salud.gob.mx>; Instituto Nacional de Medicina Genómica: <http://www.inmegen.gob.mx>;

⁹⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Gerardo, "¿Qué es la medicina genómica?", rubro del portal del Inmegen: <http://www.inmegen.gob.mx>, México.

Para los que temen o esperan que el Inmegen pueda clonar, cabe recordarles que el principio general de derecho que reza *Todo lo que no está expresamente prohibido está permitido*, es el principio de autonomía para los gobernados; mientras que el Inmegen, al ser una entidad estatal, debe sujetarse al principio de legalidad de que *Todo lo que no le está expresamente permitido al poder público, está prohibido*.

Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores manifestó (21 de octubre de 2004) su respaldo al proyecto de convención presentado por Bélgica ante Naciones Unidas, para la prohibición exclusivamente de la clonación reproductiva. Lo cual, más allá del impacto social, fue jurídicamente desconcertante, en el sentido de que México tiene firmada y ratificada la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹⁹ que explícitamente señala que el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción (artículo 4.1). Por tratarse de un instrumento vinculante y actualmente vigente en México, la legislación y las políticas públicas, deben encaminarse a respetarlo junto a otros instrumentos complementarios en el tema: la declaración interpretativa del gobierno mexicano al Pacto de San José, la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo y artículo 1), el Código Civil Federal (artículo 22), el Código Penal Federal (artículo 329) y los códigos civiles y penales locales.

Meses después (18 de febrero de 2005), México cambió de orientación, al anunciar su apoyo a una declaración no vinculatoria que prohíbe la clonación sin distinguir entre la reproductiva y la terapéutica; lo cual fue confirmado con su voto a favor de la Declaración-Clonación.

Desde la creación del Inmegen no se ha formulado ninguna reforma a la Ley General de Salud, sobre genómica ni clonación, ni al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, sobre células troncales (adultas o embrionarias).

⁹⁹ El Pacto de San José fue ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

VI. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, exponemos una tabla que ilustra las posturas de los países frente al tema de la clonación, reproductiva o terapéutica:¹⁰⁰

- I. No investigación en embriones humanos: Austria, Irlanda, Italia, Noruega, México [Costa Rica, Nigeria].
- II. Líneas ya establecidas de células troncales embrionarias: Alemania, Italia, Portugal, Estados Unidos [con restricción].
- III. Embriones sobrantes [o supernumerarios] de reproducción asistida [o provenientes de abortos espontáneos o provocados¹⁰¹]: República Checa, Finlandia, Hungría, Rusia, Francia, Suiza, Canadá [España, Polonia].
- IV. Embriones creados por FIV específicamente o *ex profeso* para investigación [en el proceso de FIV, el embrión puede dividirse artificialmente en dos, lo cual sería clonación por gemelación o vivisección]: Dinamarca, Grecia, Holanda, Irán.
- V. Embriones creados por trasplante nuclear [embriones somáticos o nucléulos] *ex profeso* para investigación: Gran Bretaña, Bélgica, Suecia, Israel [China, Corea del Sur, Singapur].
- [VI. Embriones creados por trasplante nuclear para reproducción: ningún país.]
- VII. Embriones creados por trasplante de células somáticas humanas en oocitos de animales no humanos o quimeras: ningún país.
- VIII. Embriones creados por el trasplante de núcleos de células somáticas que han sido genéticamente modificados porque tenían defectos genéticos o [formación de embriones partenogénéticos; uso de embriones anómalos o inviábiles]: ningún país.

¹⁰⁰ Esta información fue tomada del cuadro sinóptico presentado por el doctor Guillermo Soberón, Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Bioética de México, en la ponencia "Diversos ángulos del debate en torno a la clonación", dentro del Seminario organizado conjuntamente con la Academia Mexicana de Cirugía titulado "Alcances y limitaciones de la bioética. El caso de México". Ciudad de México, 20 de mayo de 2005, en el Instituto Nacional de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán [lo escrito entre corchetes es propio, además de otras modificaciones].

¹⁰¹ La utilización de embriones provenientes de abortos provocados dependerá de la permisividad que cada legislación tenga prevista en cuanto al tema del aborto.

Hemos visto que con respecto a la clonación existen los más diversos criterios: desde la postura abierta a la clonación terapéutica con embriones humanos por representar una esperanza para curación de enfermedades, hasta la postura que la condena por implicar el asesinato de un embrión. Y también, la postura hipócrita de países como Estados Unidos, en donde la clonación terapéutica está semi-permitida.

Nos atrevemos a llamarle así, puesto que por un lado se restringen los fondos federales para creación de nuevos embriones y George Bush (24 de mayo de 2005) invita a las parejas a adoptar embriones congelados, cuando por otro, el aborto está permitido en numerosas entidades federativas; en este caso, el principio general de derecho: "El que puede lo más, puede lo menos", debería abrir el paso al uso de embriones. O bien, es posible sospechar que los embriones *in vitro* tienen un estatus superior que el de los embriones *in vivo*.

Asimismo, tampoco se proponen soluciones a futuro para evitar la excesiva producción de embriones sobrantes de los métodos de reproducción asistida; Alemania, a modo de ejemplo, reglamentó que se fecunden únicamente los óvulos que se van a transferir al útero y no los que se van a crioconservar para futuros intentos.

La comunidad internacional parece rechazar unánimemente la clonación con fines reproductivos, así que los retos actuales en cuanto al tema de la clonación giran en torno a la terapéutica. Para los países que la aprueban, estas metas son meramente técnicas y se resumen en: (i) perfeccionar la técnica en cuanto a rendimiento y efectividad; (ii) estudiar mediante exhaustivas investigaciones el comportamiento de las células troncales, el curso de las enfermedades, las aplicaciones terapéuticas; (iii) establecer una regulación apropiada sobre donación de gametos o embriones, controles estrictos, políticas de salud y tener cautela en cuanto a las patentes y confidencialidad.

Para los países que rechazan la clonación no reproductiva o terapéutica, más allá de la técnica y el cálculo útil de los posibles múltiples beneficios, existe el reto de la reflexión filosófica sobre el estatuto del embrión; la gran problemática se encierra en la pregunta: ¿es persona el embrión? Dependiendo de la respuesta, sabremos si el embrión cuenta o no con derechos civiles y garantías individuales, pero sobre todo, si su dignidad humana ostensible *erga omnes*, es o no la base del reconocimiento y protección de sus derechos humanos.

Para el derecho, el desafío es más que complejo, ya que entraña la aspiración de encontrar verdades, lograr consensos, buscar justicia y velar por el bien común: todo esto en una sociedad heterógena con multiplicidad de culturas y cosmovisiones. La tendencia universalizante de los derechos humanos y la globalización no logran, aun, respuestas contundentes para todos, ni el bienestar de los individuos ni de la humanidad.

VII. ANEXO

1. Propuesta: Costa Rica

La Asamblea General,

Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, en particular, el artículo 11 de la Declaración, que establece que no estarán permitidas las prácticas contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación humana con fines de reproducción.

Recordando también su resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998, en que se hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,

Teniendo presente la resolución 2003/69, de 25 de abril de 2003, titulada "Los derechos humanos y la bioética", aprobada por la Comisión de Derechos Humanos en su 59 periodo de sesiones,

Teniendo presente también la resolución 2001/39 del Consejo Económico y Social, de 26 de julio de 2001, titulada "Privacidad genética y no discriminación",

Consciente de la rápida evolución de las ciencias biológicas y de las cuestiones éticas que algunas de las aplicaciones plantean con respecto a la dignidad del género humano y los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,

Preocupada por la información divulgada recientemente sobre las investigaciones relativas a la clonación de seres humanos y los intentos de hacerlo,

Convencida de que la clonación humana, sea cual fuere su finalidad, es contraria a la ética, moralmente censurable e incompatible con el debido respeto a la persona humana y no puede justificarse ni aceptarse,

Recordando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales inalienables de la familia humana, conforme se declara en la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Deseando promover el progreso científico y técnico en los campos de la biología y la genética respetando los derechos humanos y en beneficio de todos,

Preocupada por los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que de la clonación humana pueden derivarse para quienes participan en ella y alarmada por la posibilidad de que sea causa de la explotación de mujeres,

Recordando su resolución 56/93, de 12 de diciembre de 2001, por la que decidió establecer un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de sus organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica,

Decidida a impedir con carácter urgente ese ataque a la dignidad humana de la persona,

1. *Pide* al Comité Especial que vuelva a reunirse del ___ de ___ al ___ de ___ de 2005 para preparar, con carácter urgente, un proyecto de texto de una convención internacional contra la clonación humana, teniendo presente que no prohibirá el uso de la transferencia de núcleos ni otras técnicas de clonación para producir moléculas de ácido desoxirribonucleico, órganos, plantas, tejidos, células que no sean embriones humanos o animales que no sean seres humanos, y recomienda que continúe la labor durante el sexagésimo periodo de sesiones de la Asamblea General, del ___ de ___ al ___ de ___ de 2005, en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión;

2. *Pide también* al Comité Especial que, a efectos de la elaboración del proyecto de convención, examine las propuestas formuladas en el quincuagésimo octavo periodo de sesiones de la Asamblea General;

3. *Insta* a los Estados a que, en tanto no se apruebe una convención internacional contra la clonación humana, prohíban toda activi-

dad de investigación, experimentación, desarrollo o aplicación en sus territorios o zonas bajo su jurisdicción y control de cualquier técnica destinada a la clonación humana;

4. *Pide* a los Estados que adopten las medidas necesarias para prohibir las técnicas de ingeniería genética que puedan redundar en desmedro del respeto de la dignidad humana;

5. *Alienta firmemente* a los Estados y otras entidades a que destinen los fondos que podrían haberse utilizado en las tecnologías de clonación humana a hacer frente a los urgentes problemas que afectan a los países en desarrollo en todo el mundo, como el hambre, la desertificación, la mortalidad infantil y las enfermedades, en particular el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA);

6. *Pide* al Secretario General que proporcione al Comité Especial los servicios necesarios para el desempeño de su labor;

7. *Invita* al Comité Especial a que, en el proceso de negociación, tenga en cuenta las contribuciones de los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales competentes;

8. *Pide* al Comité Especial que le presente, en su sexagésimo periodo de sesiones, un informe sobre sus trabajos;

9. *Decide* incluir en el programa provisional de su sexagésimo periodo de sesiones un tema titulado "Convención internacional contra la clonación humana".

2. Propuesta: Bélgica

La Asamblea General,

Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, en particular el artículo 11, que establece que no estarán permitidas las prácticas contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación humana con fines de reproducción,

Recordando también su resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998, en que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,

Teniendo presente la resolución 2003/69 de la Comisión de Derechos Humanos, de 25 de abril de 2003, titulada "Los derechos humanos y la bioética", aprobada por la Comisión en su 59 periodo de sesiones,

Consciente de que la importancia de la evolución de las ciencias biológicas para el bien de la humanidad, con pleno respeto de la integridad y la dignidad de la persona,

Consciente de que la rápida evolución de las ciencias biológicas abre enormes perspectivas de mejorar la salud de seres humanos y de la humanidad en general, pero también de que ciertas prácticas plantean peligros potenciales a la integridad y la dignidad de la persona,

Preocupada por la gravedad de los problemas que plantea el desarrollo de las técnicas de clonación humana con fines de reproducción aplicadas a la humanidad, que puedan tener consecuencias para el respeto de la dignidad humana,

Especialmente preocupada, en el contexto de las prácticas contrarias a la dignidad humana, por la información divulgada recientemente sobre las investigaciones relativas a la clonación humana con fines de reproducción y los intentos de hacerlo,

Decidida a prevenir con carácter urgente esos atentados contra la dignidad humana,

Recordando su resolución 56/93, de 12 de diciembre de 2001, por la que decidió establecer un Comité Especial, abierto a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de los organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica, a fin de que examinara la posibilidad de elaborar una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción,

Decidida en espera de que se apruebe y entre en vigor una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción, a adoptar a nivel nacional medidas provisionales destinadas a prevenir posibles peligros para la dignidad humana de la persona,

1. *Decide* que el Comité Especial se vuelva a reunir del ___ al ___ de 2005 a fin de preparar, con carácter urgente y de ser posible a más tardar a fines de 2005, un proyecto de convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción;

2. *Pide* al Comité Especial que, al elaborar el proyecto de convención, incluya lo siguiente:

- a) La obligación de todas las partes contratantes de prohibir la clonación humana con fines de reproducción, sin la posibilidad de hacer reserva alguna;
- b) La obligación de todas las partes contratantes de tomar medidas para controlar otras formas de clonación humana imponiendo una prohibición permanente o temporal o regulándolas por medio de la legislación nacional, en particular con estrictos controles para asegurar, entre otras cosas, que los resultados de la clonación con fines terapéuticos no se usen para avanzar hacia la clonación con fines de reproducción:

3. *Pide también* al Comité Especial que tome en consideración los instrumentos internacionales vigentes en la materia.

4. *Exhorta* a los Estados que aún no lo hayan hecho a que, en espera de que se apruebe y entre en vigor una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción y de hacerse partes en ella, impongan a nivel nacional una prohibición de la clonación humana con fines de reproducción;

5. *Exhorta* a los Estados que aún no lo hayan hecho a que, en espera de que se apruebe y entre en vigor una convención internacional contra la clonación humana con fines de reproducción y de hacerse partes en ella, tomen medidas para controlar otras formas de clonación humana imponiendo una prohibición permanente o temporal o regulándolas por medio de la legislación nacional;

6. *Pide* al Secretario General que proporcione al Comité Especial los servicios necesarios para el desempeño de su labor;

7. *Invita* al Comité Especial a que tenga en cuenta las contribuciones de órganos de las Naciones Unidas y haga participar activamente a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en el proceso de negociación;

8. *Pide* al Comité Especial que le presente en su sexagésimo período de sesiones un informe sobre sus trabajos;

9. *Decide* incluir en el programa provisional de su sexagésimo período de sesiones el tema titulado "Convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción".

3. Propuesta: Italia

La Asamblea General,

Recordando su resolución 53/152 de 9 de diciembre de 1998, en la que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,

Aprueba la Declaración sobre Clonación de Seres Humanos, que figura en el anexo de la presente resolución.

Anexo: Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres Humanos

La Asamblea General,

Guiándose por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas,

Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, y, en particular, su artículo 11 según el cual no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos,

Recordando también su resolución 53/152 de 9 de diciembre de 1998, en la que hizo suya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,

Consciente de las cuestiones éticas que algunas aplicaciones de la rápida evolución de las ciencias biológicas plantean con respecto a la dignidad del género humano, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,

Reafirmando que las aplicaciones de las ciencias biológicas deberían tratar de mitigar los sufrimientos y mejorar la salud de la persona y la especie humana en general;

Haciendo hincapié en que el avance científico y técnico de las ciencias biológicas debería promoverse salvaguardando el respeto de los derechos humanos y el beneficio de todos,

Consciente de los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que la clonación humana puede entrañar para quienes participen en ella y consciente también de la necesidad de asegurar que la clonación de seres humanos no dé lugar a la explotación de la mujer,

Convencida, de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación de seres humanos para la dignidad humana;

Declara solemnemente lo siguiente:

- a) Los Estados Miembros habrán de prohibir todo intento de crear vida humana mediante procesos de clonación y toda investigación realizada con el fin de lograr este objetivo;
- b) Los Estados Miembros habrán de asegurar que, al aplicar las ciencias biológicas, se respete en todo momento la dignidad humana y, en particular, no se explote a la mujer;
- c) Los Estados Miembros habrán también de promulgar y aplicar legislación nacional para poner en práctica los apartados que anteceden;
- d) Los Estados Miembros habrán además de aportar las medidas necesarias a fin de prohibir las aplicaciones de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana.

LA CRÍTICA DE HANS Kelsen A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL¹

José Antonio SENDÍN MATEOS

SUMARIO: I. *Introducción. El lugar de la crítica a la doctrina del derecho natural en el pensamiento de Hans Kelsen.* 1. *El lugar de Kelsen en el contexto del positivismo jurídico.* A. *Iusnaturalismo: breve repaso sobre una larga tradición.* B. *Positivismo: una caracterización elemental.* C. *La posición de Kelsen.* 2. *La crítica a la doctrina del derecho natural como contribución a la teoría kelseniana del derecho.* 3. *Breve indicación bibliográfica.* 4. *Camino a seguir.* II. *La caracterización kelseniana de la doctrina del derecho natural.* 1. *El derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos.* A. *El distinto origen del derecho natural y el derecho positivo.* B. *Las diferentes técnicas de motivación empleadas por el derecho natural y el derecho positivo.* C. *La naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo: justicia absoluta y justicia relativa.* D. *Sistemas estáticos y sistemas dinámicos: el derecho*

¹ Ésta es la primera parte de un trabajo de investigación más amplio destinado a la obtención del título de grado de la Universidad de Salamanca. Con tal objeto fue defendido públicamente el 17 de septiembre de 2004. Su elaboración tuvo lugar dentro del proyecto de investigación BJU2002-01494, que financia la Dirección General de Investigación del Ministerio Español de Ciencia y Tecnología. Quiero dar mi agradecimiento más sincero a la directora del trabajo, la profesora D^a M^a del Carmen Paredes Martín. Asimismo, quiero agradecer los útiles consejos y observaciones de mis compañeros del área de Filosofía del derecho de la Universidad de Salamanca, José Antonio Ramos Pascua, José María Garrán Martínez, Juan Manuel Pérez Bermejo, Lourdes Santos Pérez y Pablo Rodríguez Díaz, así como al profesor José María García Gómez-Heras y a Raúl Fernández Martín, ambos del área de Filosofía moral. No puedo dejar de mencionar al profesor Delgado Pinto, siempre dispuesto a discutir e intercambiar opiniones sobre el contenido del trabajo, y, en especial, a Miguel Ángel Rodilla González, sin cuya orientación y consejo mi investigación no habría sido posible. Finalmente, quiero agradecer a la Escuela Libre de Derecho de México su gentileza y amabilidad al ofrecerme publicar mi investigación.

natural como sistema estático frente al derecho positivo. E. La relación entre el derecho natural y el derecho positivo: el significado político de la doctrina iusnaturalista. 2. El derecho natural como ideología. A. El dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo como un caso especial de dualismo religioso-metafísico. B. La función conservadora de la doctrina del derecho natural. III. Resumen.

RELACIÓN DE ABREVIATURAS²

- BTDN: "Bases de la teoría del derecho natural", *Ius Canonicum*, 2, 1962.
- DNPJ: "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- DTNL: "A "Dynamic" Theory of Natural Law", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957.
- GTLS: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945.
- IDN: "La idea de derecho natural", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1946.
- JDN: "Justicia y derecho natural", *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966.
- LSST: "The Law as a Specific Social Technique" *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957.
- MIJ: "The Metamorphoses of the Idea of Justice", *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford University Press, 1947.
- NLLP: "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", *General Theory of Law and State* (append.), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945.

² Aquí se incluyen las obras de Kelsen más frecuentemente citadas en la primera parte del trabajo. No hay mención alguna a las traducciones empleadas ni a los números de página de los artículos.

- PCTJE: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Porrúa, México, 1987.
- QJ: *¿Qué es la justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 3a. ed., 1966.
- QTPD: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Fontamara, México, 3a. ed., 1993.
- TGN: *Teoria generale delle norme*, Giulio Einaudi, Torino, 1985.
- TPD1: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México, 2a. ed., 1981.
- TPD2: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 3a. ed., 1963.
- TPD3: *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 9a. ed., 1997.
- TS: "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays. University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957.

I. INTRODUCCIÓN. EL LUGAR DE LA CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN

1. El lugar de Kelsen en el contexto del positivismo jurídico

En este trabajo de investigación me ocuparé de un segmento temático de gran significación dentro del pensamiento de Kelsen. Hans Kelsen ha sido considerado por muchos el filósofo del derecho más relevante del pasado siglo. Los temas abordados por él a lo largo de su amplísima producción fueron muchos y variados, ocupándose tanto de teoría del derecho como de filosofía moral y política. En concreto, en teoría del derecho la importancia de su obra es tal, que prácticamente no hay un sector relevante de la misma en el que Kelsen no haya realizado una contribución significativa, ofreciendo un sistema prácticamente completo.³ La obra más importante de Kelsen, la *Teo-*

³ Algunos ejemplos son la teoría sobre la norma jurídica y el sistema jurídico, la consideración del orden jurídico como un orden coactivo, la teoría de los conceptos jurídicos

ría pura del derecho, es la prueba de su pretensión sistematizadora. Esta obra, que Kelsen somete a continua reelaboración durante décadas,⁴ pretende abarcar la mayor parte de los problemas que afectan a la teoría jurídica. Pero también la filosofía moral fue uno de los aspectos tratados con verdadera profusión por el autor austriaco, que dedicó gran cantidad de páginas a la crítica a la idea de la justicia y al tema que ahora nos ocupa: la crítica a la doctrina del derecho natural. Que Kelsen haya dedicado una atención persistente a la doctrina del derecho natural no debería sorprender a nadie. Con independencia de que la idea de derecho natural haya dado cobertura a una determinada concepción de la teoría del derecho, no hay duda de que también ha constituido un intento muy loable de dar respuesta a la eterna cuestión de la justicia, omnipresente en la historia de la filosofía del derecho desde el pensamiento helénico del siglo V a. C. hasta el momento presente, con la única interrupción del apogeo del positivismo, que tuvo lugar en Europa desde finales del siglo XVIII hasta bien entrado el siglo XX.

El volumen de escritos que Kelsen dedicó a la crítica de la doctrina del derecho natural fue, como de costumbre en él, igualmente cuantioso. Dada la gran significación del autor, este hecho, unido a la inexplicable y prolongada desatención por parte de los estudiosos y críticos de Kelsen hacia esta materia, me parece sobrada razón para que el trabajo que ahora comienzo a desarrollar esté, a mi juicio, suficientemente justificado.

Una razón adicional del interés de la crítica de Kelsen deriva del lugar en que se sitúa la doctrina del derecho natural. El hecho de que la doctrina del derecho natural se mantenga en la intersección entre la teoría del derecho y la teoría de la justicia hace que la crítica de

fundamentales, la teoría de la interpretación, la teoría de la constitución, la relación entre derecho y Estado y la relación entre derecho estatal y derecho internacional.

⁴ Por su pretensión sistemática, la *Teoría pura del derecho* presenta tres diferentes versiones: la primera edición alemana, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Leipzig und Wien, 1934; la edición francesa, *Théorie Pure du Droit. Introduction à la science du droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, que incorpora algunas modificaciones y tiene mayor amplitud que la edición alemana original; y la versión definitiva, la segunda edición alemana *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960. De las tres citaré la traducción española. Véase relación de abreviaturas.

Kelsen involucre, junto con argumentos de índole filosófico-moral (como los asociados a una posición de relativismo axiológico) otros argumentos de teoría del derecho (como los derivados de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos y la tesis de que toda norma jurídica tiene su origen en un acto de voluntad). En este sentido la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural no se sitúa exclusivamente en el campo de la teoría de la justicia, sino que ocupa más bien un lugar equidistante entre dos bloques temáticos bien diferenciados en el pensamiento del autor, como son su teoría del derecho y su filosofía moral y política.

Pero en la crítica a la teoría del derecho natural Kelsen no se encuentra en solitario. En realidad, todo el positivismo anterior, desde finales del siglo XVIII hasta el momento en que él escribe, se caracterizó por su oposición frontal a la tradición jurídica precedente, que había estado dominada por las teorías iusnaturalistas. El punto débil de estas críticas —y desde luego también de la crítica de Kelsen— es su excesiva tendencia a la simplificación, que con frecuencia conduce a pasar por alto la complejidad de una tradición muy arraigada. Con frecuencia los críticos incurren en el error de tratar las teorías iusnaturalistas como si conformaran un bloque unitario y relativamente homogéneo de doctrina, cuando en realidad la idea misma de derecho natural ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de su amplísima historia, que abarca más de dos mil años de antigüedad.⁵

A continuación efectuaré un breve repaso a la historia de la doctrina del derecho natural, desde su origen vinculado a la filosofía griega hasta comienzos del siglo XIX, momento en que tiene lugar la crisis que significó su abandono y su sustitución por el positivismo jurídico. En un segundo apartado ofreceré una caracterización del

⁵ Existe un gran número de estudios sobre la historia de la doctrina del derecho natural. Los más tempranos pertenecen a los propios autores iusnaturalistas, entre los que cabría citar a THOMASIIUS, C., *Historia Iuris Naturalis*, Halle-Magdeburg, 1719. Hay traducción castellana de M. A. Sánchez y S. Rus: *Historia algo más extensa del derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1998. Entre los más modernos destacamos los de WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, trad. de F. González Vicen, 2a. ed., Aguilar, Madrid, 1979; BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 1980; GALÁN, E., *Ius Naturae*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid (2 vols.), 1961; CARPINTERO BENÍTEZ, F. *Historia breve del derecho natural*, Colex, Madrid, 2000.

positivismo jurídico haciendo uso de algunos criterios generales que permiten distinguir las variantes fundamentales. Finalmente, trataré de identificar la posición de Kelsen sobre la base de esas distinciones.

A. Iusnaturalismo: breve repaso sobre una larga tradición

El origen del iusnaturalismo se ha situado en la filosofía griega clásica, más concretamente en la filosofía platónico-aristotélica, y posteriormente en el estoicismo. Gracias a las influencias que San Pablo recibe de los estoicos el iusnaturalismo logra penetrar en el pensamiento cristiano, convirtiéndose, tras una reelaboración de siglos, en una doctrina de carácter teológico, que tiene en la figura de Santo Tomás de Aquino a su principal exponente. Se ha considerado que el pensamiento de Santo Tomás representa la exposición canónica del llamado "iusnaturalismo clásico", cuyo dominio se extiende en Europa hasta finales del siglo XVI. *Grosso modo*, el iusnaturalismo clásico es fruto de la asimilación y reelaboración por el pensamiento cristiano de ciertos elementos importados de la filosofía antigua: a) la doctrina estoica de la ley, con su distinción entre *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana*; b) la metafísica aristotélica, que hace uso de un concepto teleológico (entelético) de naturaleza, que se vincula a una concepción también teleológica de la ética; y c) la concepción aristotélica del saber práctico como un saber prudencial. Permítaseme una brevísimas aclaración de estos tres puntos.

a) La corriente del iusnaturalismo clásico se caracteriza, en *primer lugar*, por una concepción de la ley que en buena medida procede de los estoicos. De raíz estoica es su visión intelectualista de la ley como *ordinatio rationis*; de origen estoico es también la conocida distinción de *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana* característica del iusnaturalismo clásico. La ley eterna es la ley que gobierna el acontecer del universo y determina el destino final de todos los seres.⁶ Esta ley afecta a las criaturas racionales por medio de la ley natural, que establece las pautas del comportamiento humano en or-

⁶ Como bien señala Welzel, la noción estoica de la "ley eterna" está imbuida de una fuerte dosis de determinismo teológico. Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 35.

den a cumplir las determinaciones de la ley eterna. Sólo aquellos que cumplen voluntariamente lo que ordena la ley natural obran rectamente.⁷ Finalmente está la ley humana, que sólo posee carácter de verdadera ley en tanto sus mandatos coinciden con lo que ordena la ley natural, o al menos no entran en contradicción con ella.

b) En segundo lugar, cuando el iusnaturalismo clásico afirma que las normas morales se encuentran inscritas en la naturaleza del hombre, hace uso de un concepto de naturaleza que procede de la metafísica teleológica de Aristóteles: la "naturaleza" de un ser está cifrada en su "estado de perfección", aquel al que tiende el pleno desarrollo de sus potencialidades, o, en palabras de Welzel, "el mejor estado de una cosa".⁸ A este concepto entelético de naturaleza el iusnaturalismo clásico vincula una concepción teleológica de la ética, que considera que lo "bueno" o "justo" es aquello que conduce a los hombres a su estado de perfección.

c) Finalmente, desde Aristóteles en adelante la teoría clásica del derecho natural distingue entre el saber teórico o *epistémico* (propio de las matemáticas, la física y la astronomía) y el saber práctico o *fronético* (propio de la moral, la política, y la jurisprudencia).⁹ El saber teórico es un saber contemplativo y desinteresado, que aspira a lograr verdades universales e incontrovertibles, procediendo de forma rigurosamente demostrativa. El saber práctico, en cambio, no aspira tanto a lograr verdades, como más bien verosimilitudes. Es un tipo de saber orientado a educar a los hombres en las virtudes cívicas, para lo cual prefiere hacer uso de la persuasión antes que de la demostración.

La teoría clásica del derecho natural combina estos tres elementos de la filosofía antigua en la configuración del orden de derecho natural, que aparece como un orden de conducta trascendente, universalmente válido y accesible al conocimiento de todos los seres humanos mediante el uso natural de la razón.

⁷ Así lo señala, por ejemplo, Crisipo, *Ibidem*.

⁸ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 25.

⁹ Sobre este tema hay una amplia literatura. Véase, por ejemplo, el primer capítulo de HABERMAS, J., *Theorie un Praxis*, Luchterland, Darmstadt und Neuwied, 1963. Hay traducción castellana de S. Mas Torres y C. Moya Espí, *Teoría y praxis*, Madrid, Tecnos, 1987.

Antes de proseguir este recorrido a través de la historia de la doctrina iusnaturalista, habría que hacer hincapié en que la teoría clásica del derecho natural, como teoría del derecho, sitúa entre sus principales preocupaciones el problema de la fundamentación del derecho positivo. Dicha fundamentación tan sólo puede ser de carácter metafísico: la validez de las normas jurídico-positivas depende, en último término, de su concordancia material con un orden superior, el orden de derecho natural, con el que guarda una relación de dependencia jerárquica.

Este orden es trascendente y no puede ser discernido empíricamente. Por lo demás, es absolutamente justo. Y el derecho positivo se fundamenta en él, y, en la medida en que coincide con él, participa de esa justicia: en esa medida *es* tal como *debe ser*. Por esta razón, la teoría clásica del derecho natural afirma la existencia de una conexión esencial entre el derecho y la moral.

Con la llegada de la Edad Moderna, la teoría iusnaturalista experimenta importantes cambios en relación con la tradición anterior. Desde finales del siglo XVI y a lo largo del siglo XVII se desarrolla un proceso de abandono de la filosofía escolástica, en el curso del cual el derecho natural se va separando progresivamente de la teología.¹⁰ Ello significó un desplazamiento del centro de gravedad de la especulación iusfilosófica hacia un entorno laico. Es importante insistir en que este proceso avanza de forma gradual y sin que se pueda hablar de ruptura, sino más bien de una evolución. Buen ejemplo de ello es el jurista y filósofo holandés Hugo Grocio, a quien algunos han considerado un “epígono de la escolástica española”,¹¹ y otros el iniciador del iusnaturalismo moderno. Aun a pesar de que en Grocio y en otros iusnaturalistas modernos todavía se pueden observar algunas reminiscencias escolásticas, la moderna doctrina del derecho natural se caracteriza por su oposición deliberada frente esa tradición (gracias, sobre todo, a autores como Hobbes y Pufendorf). En cualquier caso, lo relevante es que en ese momento, a finales del siglo XVII, la especulación filosófica en torno al derecho y al Estado

¹⁰ Para Welzel, esta separación se perfila claramente en Grocio y en la Escolástica española (Vitoria, Molina, Vázquez). Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 95 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 111.

pasa de las manos de los teólogos a las de los “filósofos politizantes y juristas filosofantes”.¹²

La transición del iusnaturalismo tradicional al iusnaturalismo moderno se explica como parte de un amplio proceso de cambio que afecta de forma general al pensamiento de la modernidad. Fruto de este proceso es la implantación de un nuevo racionalismo, que surge a raíz del auge de la moderna ciencia natural y del triunfo del pensamiento metódico cartesiano. Como resultado de ello, el concepto de razón sufre un drástico cambio de significado: la nueva *ratio* no es ya un elemento de una metafísica teleológica cuyo fin es conducir al hombre a su perfección, sino que es una capacidad humana, la *clara et distinta perceptio* en la que Descartes veía el fundamento de toda certeza.¹³

Ahora bien, la razón no actúa por capricho, sino que opera siguiendo un método específico, consistente en la descomposición de los objetos en sus distintas partes. Posteriormente, una vez comprendida su mecánica, son reconstruidos basándose en ese conocimiento. Este método analítico-sintético (Galileo, Descartes), que tan buenos frutos da en el terreno de la ciencia natural, se convierte en el modelo a seguir por la moderna teoría iusnaturalista, que lo aplica al conocimiento de la sociedad y del Estado.¹⁴ Siguiendo el método analítico-sintético, autores como Hobbes y Pufendorf tratan de pergeñar una ciencia de la sociedad y del Estado que posea un rigor comparable al de las ciencias de la naturaleza. Es más, frente a la distinción aristotélico-tomista entre saber teórico (epistémico) y saber práctico (fronético), Hobbes defiende que todas las ciencias se hallan unificadas bajo un único método, que sirve para todas las ramas del saber.

Es tal vez en torno a la noción de *ratio practica* donde las diferencias entre el iusnaturalismo moderno y la tradición anterior son más acusadas. Para Santo Tomás de Aquino, el papel que juega la razón es meramente declarativo de lo que ordena la ley natural en orden a alcanzar el objetivo de la perfección. Además, la razón humana no es una razón práctica por sí misma, sino tan sólo en la medida en que participa de la razón divina que gobierna el universo. En la moderni-

¹² *Ibidem*, p. 112.

¹³ *Ibidem*, p. 114.

¹⁴ *Ibidem*, p. 115.

dad esta concepción cambia radicalmente: la razón asume un papel constitutivo de la ley natural, convirtiéndose en fuente autónoma de recomendaciones prácticas para los individuos.

Al mismo tiempo el avance del nuevo pensamiento científico contribuyó decisivamente al desmantelamiento de la vieja metafísica aristotélica-tomista, dando lugar a un nuevo concepto de naturaleza humana de carácter ya no metafísico sino empírico: la naturaleza humana entendida como el conjunto de los rasgos invariantes de la especie humana obtenidos mediante la observación. El rechazo de la metafísica no merma, empero, el interés persistente de la teoría del derecho natural por la fundamentación del orden jurídico-político, aunque la estrategia que ahora se sigue es bien distinta. El iusnaturalismo moderno (Hobbes, Locke, Pufendorf, etcétera) recurre al mecanismo teórico del contrato social para sentar las bases de la convivencia en sociedad. Lo más novedoso de este enfoque es que pretende fundamentar el orden social sobre los intereses individuales de ciertos sujetos racionales que, hallándose en un entorno de anarquía denominado “estado de naturaleza”, deciden libremente suscribir un pacto por el que se constituyen la sociedad civil y el Estado. El pacto permite abandonar la situación anterior, además de crear el marco necesario para la cooperación entre individuos.

El racionalismo de Descartes y Galileo, del que se nutre la corriente del iusnaturalismo moderno, tiene su continuidad en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII. La influencia iusnaturalista es patente sobre todo en el proceso de gestación de los movimientos revolucionarios de Inglaterra, Estados Unidos y Francia y en los movimientos constitucionales y codificadores de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. El intento ilustrado de realizar el “programa de la razón” a través de la legislación se evidencia, por ejemplo, en el Código General Prusiano de 1794, que recibe una notable influencia de Pufendorf y Wolff, y, sobre todo, en el *Code civil des Français* de 1804, al que incluso se llegó a considerar “razón positivada”.

Posteriormente, una vez desplegada toda su potencialidad práctica en constituciones y códigos, y una vez se produce el triunfo de la revolución burguesa, la doctrina iusnaturalista entra en una crisis de la que ya no volverá a recuperarse. Un factor decisivo que contribuyó a esta crisis fue la creciente desconfianza que, desde Hume, se comenzó a tener en la capacidad de la razón para fundamentar prin-

cipios prácticos de validez universal. También hicieron mella las críticas que desde el historicismo —con antecedentes en Vico y Montesquieu— se vertían en contra de la razón abstracta del iusnaturalismo moderno, negándole todo papel productor de normas y reconociendo a la facticidad histórica, manifestada en el espíritu popular o *Volksgeist*, como la única fuente creadora de derecho.¹⁵

La desconfianza del historicismo respecto de la razón abstracta, unida al desarrollo posterior de la ciencia jurídica (sobre todo en Francia y Alemania) y a la influencia que tuvo el positivismo filosófico de Comte, por entonces en alza, son tres factores clave en la implantación del positivismo jurídico en Europa a comienzos del siglo XIX.¹⁶ Ahora no es momento de detenerse en la forma concreta en que el positivismo jurídico penetró en cada país. Tan sólo me limitaré a señalar el que quizás sea el rasgo común a los distintos enfoques positivistas: su tendencia formalista.¹⁷ Según González Vicen, el positivismo jurídico decimonónico se caracteriza por un formalismo metódico en virtud del cual sólo la forma del derecho es susceptible de conocimiento por la ciencia jurídica, quedando al margen toda consideración acerca de los condicionantes históricos y sociológicos de la realidad en la que surge el derecho.¹⁸ Estas consideraciones quedan excluidas también del proceso de aplicación de las normas, que consiste en una operación puramente intelectual, cerrada sobre una consideración exclusiva de las fuentes formales del derecho. Teniendo presentes estas razones, no debe sorprender

¹⁵ Véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1998, p. 68; GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, pp. 179 y ss.

¹⁶ Es preciso señalar que la penetración del positivismo jurídico en Inglaterra se produce de forma prematura en comparación al resto de Europa. Ya a finales del siglo XVIII se puede hablar con propiedad de una verdadera corriente positivista en Inglaterra, lo cual se debe, principalmente, a Bentham y sus discípulos. Véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., pp. 105 y ss.

¹⁷ Véase GONZÁLEZ VICEN, F., “El positivismo jurídico en la filosofía del derecho contemporánea”, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, p. 129; y en especial “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, pp. 141 y ss.

¹⁸ GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo...”, cit., pp. 148-149.

que para el positivismo el principal interés de la ciencia jurídica sea el de discernir cuál es el derecho vigente, con independencia tanto del entorno social e histórico en el que surge, como de la valoración que podamos hacer sobre el mismo y de las consideraciones sobre si el derecho vigente es o no como *debiera ser*. Por tanto, la forma del derecho y no la justicia o injusticia de su contenido es lo único que preocupa al positivismo jurídico, que rehúsa pronunciarse sobre los problemas axiológicos relativos al derecho.¹⁹ Por este motivo, el derecho positivo se reconoce como el único derecho verdadero y posible, cuya validez no depende, en ningún caso, de su valor o disvalor moral.

El positivismo jurídico acapara el mayor protagonismo en el panorama iusfilosófico decimonónico y de comienzos del siglo XX. Pero, no obstante, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial tendría lugar un resurgimiento del iusnaturalismo, que atribuyó al positivismo dominante, con su insistencia en definir el derecho al margen de la justicia, gran parte de responsabilidad por la desastrosa experiencia de los regímenes totalitarios. Con todo, a pesar del llamado “eterno retorno” al derecho natural, a pesar de la pervivencia del iusnaturalismo en sectores doctrinales vinculados a la Iglesia católica, y de una cierta recuperación de enfoques iusnaturalistas clásicos derivados de un renacimiento del pensamiento aristotélico-tomista (Mac Intyre, Finnis), lo cierto es que parece que la mentalidad iuspositivista se instaló de forma dominante a lo largo del siglo XX, y aunque el positivismo está ahora en crisis, no parece que pueda esperarse un nuevo reflorecimiento de la vieja doctrina iusnaturalista, al menos en ninguna de las versiones históricas conocidas.

B. Positivismo: una caracterización elemental

A tenor de esta breve caracterización de la teoría iusnaturalista parece impensable que ésta pudiera sobrevivir durante más de dos mil años sin sufrir modificaciones. Muy al contrario, esta teoría se ha visto sometida desde el principio a un proceso de revisión constante,

¹⁹ GONZÁLEZ VICEN, F., “El positivismo jurídico...”, *cit.*, p. 54.

lo cual no ha impedido que se conserve un núcleo doctrinal común a los distintos enfoques. Precisando un poco más, el punto de encuentro lo constituyen, a mi modo de ver, dos tesis que, en opinión de Nino, todo teórico del derecho natural estaría dispuesto a aceptar. La primera es una tesis de naturaleza filosófico-moral, en virtud de la cual se reconoce la existencia de una serie de principios de justicia dotados de una validez universal y que son accesibles al conocimiento humano por las solas fuerzas de la razón natural. La segunda es una tesis relativa a la definición del derecho, y establece que una norma o sistema de normas no se puede considerar “jurídico” si contradice los principios de justicia material a los que se refiere la primera tesis.²⁰

Estas tesis al menos proporcionan una cierta sensación de uniformidad dentro de la doctrina iusnaturalista; uniformidad que, como advierte González Vicen, no se aprecia en el positivismo jurídico, pues no existe un criterio que permita definir este concepto inequívocamente y con una cierta precisión.²¹ Las dificultades que plantea esta definición son básicamente dos: el carácter ambiguo del término “positivismo”,²² y el hecho de que, a diferencia de lo que sucede

²⁰ Véase NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 8a. ed., 1997, p. 28. Aunque en este momento me sirvo de la caracterización de Nino sobre la teoría iusnaturalista, es preciso llamar la atención sobre el carácter altamente discutible de sus tesis. La segunda tesis, en concreto, resulta muy controvertida, y es rechazada por algunos iusnaturalistas, entre ellos recientemente John Finnis.

²¹ GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, *cit.*, p. 171.

²² En opinión de González Vicen, esta ambigüedad se debe principalmente a tres razones: en primer lugar a razones terminológicas: los contornos del término “*ius positivum*”, de origen medieval, siempre fueron imprecisos; en segundo lugar, razones históricas: el positivismo jurídico no tiene tras de sí una única corriente de pensamiento, sino que se pueden apreciar diversas variantes o direcciones, dando lugar a distintas nociones de “positivismo jurídico”; finalmente, y más importante, señala que el positivismo jurídico nunca fue ni una teoría ni un cuerpo de doctrina articulado, sino más bien un *hecho histórico*, un nuevo modo de considerar al derecho que sustituyó al racionalismo abstracto de los sistemas de derecho natural y que significó un viraje hacia lo concreto e individual. Esta última afirmación de González Vicen no me parece muy acertada. El positivismo jurídico constituye una doctrina condicionada por ciertos hechos históricos: la aparición de una nueva forma de legislar, un cambio en los procedimientos que emplea la ciencia jurídica, una nueva concepción de la función jurisdiccional, etcétera. Pero el positivismo no es esos hechos, sino la doctrina que se consolida a partir de los nuevos hábitos adquiridos por el legislador y los profesionales del derecho. La formulación de González Vicen es deficiente porquien induce a confundir el positivismo jurídico con los hechos que determinaron su aparición. Véase GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, *cit.*, pp. 175 y ss.

en el iusnaturalismo, dentro del positivismo jurídico no es posible constatar la existencia de un bloque de doctrina unitario y homogéneo, dado que comprende posiciones muy distintas, que a menudo poco tienen que ver entre sí. Tal vez el único punto de acuerdo que vincula a las diversas teorías positivistas es el rechazo del iusnaturalismo, aunque no siempre se coincida en los motivos de ese rechazo.

No obstante, si hemos de ofrecer una caracterización muy elemental del positivismo jurídico, aunque sólo sea para situar a Kelsen, hemos de partir de una triple distinción: a) la que se produce entre el positivismo ideológico y el positivismo conceptual; b) la que enfrenta normativismo y empirismo; y c) la que tiene lugar entre teorías cognitivistas y no cognitivistas acerca de cómo *debe ser* el derecho.

a) Dentro del positivismo jurídico se han distinguido, al menos, dos posiciones, que Nino ha denominado “positivismo ideológico” y “positivismo conceptual”.²³ El positivismo ideológico es una teoría sobre el valor moral del derecho: atribuye al derecho positivo, con independencia de cuál sea su contenido, una validez y una fuerza obligatoria propias, en cuya virtud se admite un deber absoluto e incondicionado de obediencia al derecho. Este deber, en la medida en que posee carácter absoluto, no puede consistir únicamente en un deber jurídico, sino que ha de ser además un deber moral. Bobbio ha llamado a esta posición “positivismo ético”.²⁴

Frente a ello, el llamado “positivismo metodológico o conceptual”, no es tanto una teoría sobre el valor moral del derecho como una teoría sobre la validez jurídica. Esta posición se enfrenta a la segunda tesis del iusnaturalismo (la relativa a la definición del derecho) al negar que la validez de las normas jurídico-positivas dependa de su correspondencia con ningún principio de justicia: la justicia no es

²³ Véase NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, cit., pp. 30 y ss. Me sirvo nuevamente de una distinción de Nino, aun cuando resulte tan discutible como su caracterización del iusnaturalismo. Es muy dudoso que se pueda hablar con propiedad de un positivismo “ideológico”. De hecho, la gran mayoría de los autores positivistas son “conceptuales”. Sólo a unos pocos se les podría calificar de “ideológicos”. Por otra parte, no hay positivistas ideológicos que no sean a su vez positivistas conceptuales. Todos coinciden en señalar que el derecho *debe ser* obedecido, pero sólo unos pocos consideran que además es justo. A mi juicio, Nino incurre en una gran simplificación.

²⁴ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 229.

una cualidad a tener en cuenta en la definición del derecho, ni forma parte de las condiciones de validez de las normas jurídicas; en consecuencia, la ciencia del derecho debe limitarse a exponer el contenido de las normas positivas sin someterlo a valoración.²⁵ Esta posición expresa la tesis positivista que, según la expresión de Hart, se conoce como la “tesis de la separación del derecho y la moral”.²⁶

b) La oposición entre iusnaturalismo y positivismo conceptual aparece entonces como un problema relativo a la definición del derecho; problema que, por otra parte, alcanza internamente al positivismo. Hay positivistas que contemplan al derecho como una realidad normativa; otros, en cambio, creen que se trata de una realidad empírica. Esto ha ocasionado una distinción entre dos tendencias en el seno del positivismo: una *normativista* y otra *empirista*. Mientras que la tendencia normativista, que tiene en Kelsen su representante más destacado, pone el acento en el aspecto de la normatividad del derecho, y lo define como un conjunto de normas válidas que imponen deberes, la tendencia empirista se caracteriza por su “escepticismo ante las normas”,²⁷ considerando al derecho como un fenómeno

²⁵ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 37.

²⁶ Hart enuncia tres tesis sobre el positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales del derecho, que establece como requisito para la existencia del derecho (es decir, para su validez) la presencia de alguna práctica social que disponga cuáles son los criterios de validez jurídica (como por ejemplo el hábito de obediencia a los mandatos del soberano, que caracterizaba al imperativismo de Bentham y Austin); en segundo lugar, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual en todo orden jurídico hay casos no regulados (los llamados “casos difíciles”, en terminología de Dworkin), haciendo que el derecho aparezca siempre como parcialmente indeterminado o incompleto. La solución, para Hart, requería de la utilización por parte del juez de su poder creador de derecho. Finalmente, la última de las tesis, y la que ahora más nos importa, es la tesis de la separación conceptual del derecho y la moral, separación que, para Hart, no se producía en las teorías jurídicas de signo iusnaturalista, que establecían una vinculación necesaria entre ambos sistemas de normas. Frente a esto, Hart sostenía que, aunque a menudo existe una conexión *de facto* entre el derecho y la moral, ésta no es necesaria ni lógica ni conceptualmente, sino que posee, a lo sumo, un carácter contingente. Señala además cómo para Bentham y Austin (y Kelsen) esta tesis se expresaba a través de la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*. Véase HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” *Sistema*, 36, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, Madrid (1980), pp. 4 y ss.

²⁷ Hart critica al realismo jurídico norteamericano, para cuyos representantes las normas no jugaban un papel protagonista en la adopción de los fallos judiciales. Para Hart, esta postura es incoherente, ya que la existencia de órganos jurisdiccionales presupone

meramente fáctico. En ese sentido, el derecho se manifiesta como un conjunto de hechos que deben ser descritos mediante proposiciones verificables empíricamente.

El ejemplo más claro de “escepticismo ante las normas” lo constituye la corriente del llamado “realismo jurídico”, que posee dos vertientes, una norteamericana (Holmes, Pound, Llewellyn), más radical, y otra escandinava (Olivecrona, Ross), más moderada. En ambos casos la importancia que se concede a las normas es muy limitada. Para los autores del realismo jurídico norteamericano las normas sólo juegan un papel en la medida en que contribuyen, en conjunción con otros factores (relativos a la formación de los jueces, a su ideología, etcétera), a la predicción del comportamiento de los órganos jurisdiccionales. Los realistas escandinavos, por su parte, aunque son también escépticos en lo que se refiere a las normas, no lo son en términos absolutos, concediéndoles una cierta relevancia. Baste citar como ejemplo a Ross, para quien el derecho consiste en un conjunto de normas que sirven como *esquema interpretativo* de la conducta judicial, permitiendo su comprensión y, dentro de ciertos límites, su predicción.²⁸ Ross reduce el papel de las normas positivas a un mero esquema interpretativo, rehusando admitir el componente normativo del derecho, que para Kelsen era esencial. Ross, en cambio, ve en la noción kelseniana de validez una idea apriorística que no tiene traducción en términos empíricos, como tampoco la tiene la idea del

normas y, más concretamente, las reglas que Hart denomina “de adjudicación”. Véase HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 170 y 120 y ss.

²⁸ Véase ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2a. ed., 1997, pp. 55 y 60 y ss. Tras una etapa inicial en la que Ross considera al derecho como un conjunto de hechos y no de normas, este autor modifica sustancialmente su concepción y pasa a considerar al derecho como un conjunto de normas coactivas que, en la medida en que se dirigen primariamente a los jueces, están fuertemente institucionalizadas, permitiendo a estos hacer uso de la fuerza social organizada. Ahora bien, lo que determina la pertenencia de estas normas al sistema no es su validez —a la que considera una cualidad supraempírica propia de planteamientos metafísicos que tienden al objetivismo moral—, sino su vigencia, como cualidad empírica verificable desde el momento en que los jueces tienen en cuenta las normas en la adopción de sus fallos. Además, lo significativo de esta cualidad no es sólo el hecho de que una norma tenga vigencia en el momento presente, sino que, en la medida en que ha sido aplicada en el pasado por los órganos jurisdiccionales en la resolución de conflictos, podemos predecir, dentro de ciertos límites, que en el futuro seguirán siendo igualmente aplicadas.

deber ser objetivo que se vincula a ella. Por esta razón, Ross considera a Kelsen un “cuasi positivista”.²⁹

c) Finalmente, la tercera de las distinciones anunciadas tiene que ver con la concepción que los distintos enfoques positivistas tienen sobre la posibilidad de una teoría de la justicia. Desde esta perspectiva, se distinguen teorías positivistas *cognitivistas* y teorías positivistas *no cognitivistas* en relación a cómo *debe ser* el derecho. Dos ejemplos de teorías cognitivistas son las de Bentham y Hart. Este último reconocía abiertamente que los problemas de la justicia pueden discutirse racionalmente. El caso de Bentham es todavía más claro. Este autor estudió por igual el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, pensaba que tanto la jurisprudencia descriptiva como la jurisprudencia censoria constituían empresas teóricas legítimas, y defendió una concepción objetivista de la ética levantada, como es sabido, sobre el principio de utilidad.³⁰ Un ejemplo de positivismo jurídico asociado a una teoría moral no cognitivista lo tenemos en Ross, que desde una posición filosófica inequívocamente empirista, considera que los enunciados sobre la justicia tienen un carácter puramente emotivo, y que “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto”.³¹

Combinando los resultados de esta triple distinción se abren las diversas posibilidades de manifestación del positivismo jurídico. De esta manera, habrá positivistas *ideológicos* (los menos) y *conceptuales*, que pueden ser *normativistas* o *empiristas* según prevalezca en sus respectivas concepciones el aspecto normativo o el aspecto fáctico del derecho. Finalmente, esos positivistas pueden ser también *cognitivistas* o *no cognitivistas* sobre la posibilidad de establecer juicios racionales a propósito de la justicia. Es discutible que esta triple distinción permita caracterizar enteramente los muy diversos puntos de vista existentes en el positivismo jurídico. No obstante, sí

²⁹ Véase ROSS, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. R. Carrió y O. Paschero, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 21 y ss.

³⁰ Véase BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 106; GONZÁLEZ VICEN, F., “Sobre el positivismo jurídico”, cit., p. 186.

³¹ Véase ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit. p. 340.

podemos servirnos de ella al menos con carácter instrumental, con el objeto de situar a Kelsen dentro del panorama iuspositivista.

C. La posición de Kelsen

¿Cómo calificar el positivismo de Kelsen? Sirviéndonos de los tres criterios clasificatorios que acabamos de esbozar, diremos que el pensamiento de Kelsen representa una variante (i) conceptual, (ii) normativista y (iii) no cognitivista del positivismo jurídico.

(i) Kelsen criticó enérgicamente el positivismo ideológico, que, en su opinión, se identificaba con toda la teoría positivista anterior, que aún seguía manteniendo un mínimo de valor moral vinculado al derecho. Por esta razón, Kelsen calificó a ese positivismo como una "forma bastarda"³² de la doctrina del derecho natural, dada su incapacidad para definir el derecho con independencia de las consideraciones a propósito de la justicia. El positivismo de Kelsen, al igual que el de Bentham, Austin o Hart, es un positivismo metodológico o conceptual, que atribuye al derecho una validez meramente formal. En el caso de Kelsen, se trata además de un positivismo normativista, que ve en las normas jurídicas una genuina fuente de deberes para los ciudadanos.

(ii) Según Kelsen, lo que caracteriza al derecho es que pertenece al mismo tiempo al mundo del *ser* (*Sein*) y al mundo del *deber ser* (*Sollen*).³³ Las normas jurídicas tienen su origen en actos de voluntad acaecidos en el mundo del *ser*. Pero las normas no pueden ser consideradas como meros hechos, pues ello significaría dejar de lado su normatividad. Con posterioridad al acto por el que son creadas,

³² TPD2, 66. En realidad, Kelsen posee un conocimiento muy limitado del positivismo jurídico que le precedió. Cuando acusa al positivismo anterior de ser una "forma bastarda" de la teoría del derecho natural, a quien critica realmente es a un grupo muy concreto de autores: los iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX y comienzos del XX, entre los que se incluyen von Gerber, Laband y Jellinek, de quienes, por otra parte, recibió gran influencia. Kelsen no parece, en cambio, tener un conocimiento preciso del pensamiento positivista inglés, v. gr. de Bentham y Austin, ni tampoco de algunos otros autores alemanes del siglo XIX. Su visión de las corrientes positivistas anteriores es, por tanto, bastante restringida.

³³ Más adelante volveremos sobre esta idea. Véase *infra*, § II. 1.3. y § III. 1.

las normas jurídicas adquieren una existencia autónoma muy peculiar. Dicha existencia no es real ni empírica, sino ideal, y se identifica con la validez de las normas.³⁴ El carácter ideal de las normas kelsenianas viene dado por la consideración de las mismas como un "sentido", el sentido objetivo de lo que *deber ser* realizado. Las normas representan, pues, un *Sollen*. Lo que distingue a las normas de otras modalidades de enunciados prescriptivos, como por ejemplo los mandatos, es que no se limitan a establecer que una conducta *debe ser* en sentido subjetivo (desde el punto de vista del sujeto ordenante), sino que establecen que algo *debe ser* desde el punto de vista objetivo. Lo que hace que ciertos actos tengan el sentido objetivo de que algo *debe ser* es que su validez se apoya siempre en una norma de rango superior, cuya validez por su parte se fundamenta en otra norma y así sucesivamente. De norma en norma al final siempre habrá una primera norma cuya validez no puede depender ya de ninguna otra norma positiva. ¿De qué depende entonces? Como normativista que es, Kelsen no puede aceptar que esa primera norma positiva se fundamente en el mero hecho de haber sido establecida. Pero como tampoco puede fundamentarse en otra norma positiva, no ve otra posibilidad que basar la validez de esa primera norma en una norma presupuesta, que no es otra que la norma fundamental (*Grundnorm*), fundamento último de la validez de todas las normas positivas que componen el sistema. Un normativismo consecuente conduce a Kelsen, pues, a establecer el fundamento último del sistema jurídico en una norma que no es positiva.

(iii) Por último, sólo resta determinar si el positivismo de Kelsen es de tipo cognitivista o no cognitivista en lo relativo a cómo *debe ser* el derecho. Sobre este tema el positivismo jurídico aglutina posiciones muy diversas. A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de comprobar con cierto detalle que en el caso concreto de Kelsen nos encontramos ante una teoría de la justicia claramente no cognitivista.

Una vez situado Kelsen dentro del positivismo jurídico, intentaremos localizar el tema que nos ocupa, su crítica a la doctrina del derecho natural, en el contexto global de la *Teoría pura del derecho*.

³⁴ TPD2, 35.

2. La crítica a la doctrina del derecho natural como contribución a la teoría kelseniana del derecho

La crítica a la doctrina del derecho natural se vincula al empeño constante de Kelsen de fundamentar una ciencia jurídica rigurosa y autónoma, susceptible de aportar un conocimiento preciso y fiable de su objeto. En la base de dicha ciencia, y como un presupuesto de la misma, Kelsen sitúa una teoría del derecho que él califica de “pura” en un doble sentido: por un lado, la teoría pura es una teoría del derecho y no una sociología jurídica ni una filosofía de la justicia.³⁵ Por otro, es una teoría “pura” porque pretende eliminar del conocimiento jurídico todos los elementos extraños,³⁶ tanto los que proceden de otras ciencias como los que involucran juicios de valor en el desarrollo de una tarea que, en la medida en que se define como “científica”, aspira a la realización de los ideales de precisión y objetividad.³⁷

Con su pretensión de ser una teoría científica, libre de presupuestos valorativos, la teoría pura del derecho se compromete con el estudio del único derecho válido y existente, el derecho que *es* —el derecho positivo— frente al derecho que *debe ser*. La teoría pura pretende conocer su objeto sin someterlo a valoración, sin justificarlo y sin criticarlo, y, en la medida en que lo consigue, se manifiesta como una teoría radicalmente realista y empírica,³⁸ que se separa de las tendencias ideológicas dominantes en la época en que Kelsen producía sus primeras obras.

Dado que la teoría pura del derecho trata de protegerse frente a las ideologías, parece evidente que el interés principal de Kelsen no está

³⁵ Kelsen, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays. University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, p. 266.

³⁶ TPD1, 25; TPD2, 15; TPD3, 15.

³⁷ Véase prefacio de la primera edición alemana: TPD1, 17; TPD2, 9; TPD3, 7; también Kelsen, H., “Science and politics”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles (1957), p. 355.

³⁸ TPD1, 43; TPD2, 63; TPD3, 121. El “realismo” y “empirismo” al que se refiere Kelsen en estos pasajes no se debe confundir con las corrientes del realismo jurídico norteamericano y escandinavo, que consideran al derecho como un conjunto de hechos. Véase *supra*, § I. 1.2.

en los problemas axiológicos propios de una teoría de la justicia, sino más bien en los problemas que plantea la teoría del derecho. Esto no significa que Kelsen no escribiera sobre la justicia; al contrario, su producción al respecto fue muy abundante. Lo que sucede es que esta cuestión se plantea en Kelsen separando sistemáticamente cuestiones sobre lo que el derecho *es* y cuestiones sobre lo que el derecho *debe ser* (cuestiones de teoría del derecho y cuestiones de teoría de la justicia). Con ello se opone a la mayor parte de la teoría jurídica anterior, que, incluso cuando declaraba distanciarse del iusnaturalismo, fue incapaz de definir el derecho al margen de un valor de justicia.³⁹

Para Kelsen, el aislamiento estricto de la teoría del derecho respecto de los juicios sobre la justicia sólo es posible bajo una exigencia de “pureza metodológica”, que permita neutralizar tanto los juicios de valor como las influencias procedentes de otras ramas del saber. Esta exigencia básica aparece formulada ya en su primera obra verdaderamente significativa, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*,⁴⁰ en cuyo prólogo a su segunda edición (1923) el autor afirma:

“Ya en esta primera obra nuestra nos esforzamos por asegurar la pureza de la teoría o —para decirlo en otros términos— la sustantividad del derecho en cuanto objeto de conocimiento científico, desde dos puntos de vista. De una parte, saliendo al paso de las pretensiones de la consideración “sociológica”, la cual trata de captar al derecho como un fragmento de la realidad *natural*, con ayuda del método científico-causal. De otra parte, enfrentándonos con la *teoría del derecho natural*, que [...] trata de arrancar la teoría del derecho del campo de las normas jurídicas positivas para llevarla al terreno de los postulados ético-políticos”.⁴¹

La exigencia de pureza metodológica conduce entonces a la apertura de dos frentes,⁴² uno dirigido contra la sociología, que aplica a los fenómenos sociales una metodología científico-causal, y otro,

³⁹ TPD1, 45-46; TPD2, 66. Véase *supra* § I. 1.3. (nota 32).

⁴⁰ Mohr, J. C. B., (Paul Siebeck), Tübingen, 1911. Hay traducción al castellano de la segunda edición alemana de 1923 (PCTJE). Véase relación de abreviaturas.

⁴¹ PCTJE, XXXIX. Cursivas del autor.

⁴² En su lucha por la “pureza” Kelsen atraviesa dos etapas. En la primera, respondiendo al enorme impacto de la sociología desde mediados del siglo XIX, combate principal-

más importante para nuestros intereses, contra la doctrina del derecho natural y el positivismo ideológico, que fueron incapaces de ofrecer una teoría puramente descriptiva del derecho positivo. No obstante, más abajo dice Kelsen:

“Sin embargo, aunque ya en esta obra se perfila claramente la actitud contraria al derecho natural y se mantiene en ella, inequívocamente y con toda energía [...] no cabe duda de que la orientación que en ella se destaca con trazos más acentuados es la que va dirigida contra la sociología científico-causal. [...] y sólo de vez en cuando, incidentalmente, se apuntan los peligros que amenazan a la ciencia del derecho por la adopción, muchas veces inconsciente, de puntos de vista ético-políticos”.⁴³

En esta primera obra la atención de Kelsen no se dirige tanto a destruir el punto de vista de la doctrina del derecho natural como el de las teorías sociológicas acerca del derecho. En cualquier caso, lo que se pretende con la exigencia de pureza metodológica es afirmar la autonomía de la ciencia del derecho respecto de las otras ciencias, tanto si se trata de ciencias naturales como de las ciencias sociales que aplican el método causal. De lo que se trata es de dejar bien claro que la ciencia del derecho se rige por leyes propias.⁴⁴ Pero la afirmación de la autonomía de la ciencia del derecho se asienta, a su vez, sobre un presupuesto teórico que se contiene también en el prólogo a la segunda edición de los *Hauptprobleme*. Se trata de la irreductibilidad lógica entre *ser* y *deber ser*, que Kelsen expresa de la siguiente manera:

“[...] la presente obra toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*, la primera que, en cierto modo, descubre Kant, en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica

mente el peligro de contaminación de la ciencia jurídica por el método sociológico. Posteriormente, a partir de una serie de artículos publicados a finales de los años veinte, concentra sus esfuerzos en combatir el peligro de contaminación ideológica de la ciencia jurídica. En el prefacio de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen reconoce que se han dado pasos importantes en el primer frente, mientras que en el segundo no sólo no se ha avanzado, sino que no parece que una teoría que pretenda combatir las ideologías desde el rigor de la ciencia pueda tener éxito en un panorama internacional —el de entreguerras— tan antagonicamente dividido. Véase TPD1, 23.

⁴³ PCTJE, XXXIX-XL.

⁴⁴ PCTJE, XL.

frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho”.⁴⁵

La irreductibilidad lógica entre *ser* y *deber ser*, que Kelsen toma de la escuela neokantiana de Baden, le sirve de base para distinguir dos formas de legalidad, una normativa y otra causal, que dan lugar a dos tipos de ciencias: ciencias normativas y ciencias explicativas (causales). Las ciencias explicativas se ocupan de lo que de hecho sucede; las ciencias normativas determinan lo que *debe* suceder con arreglo a normas.⁴⁶ El error de la sociología del derecho fue intentar superar el abismo existente entre *ser* y *deber ser*, sustituyendo la legalidad normativa por otra causal, y pretendiendo que la teoría jurídica adoptase el punto de vista explicativo característico de las ciencias naturales. El resultado es la “desnaturalización” del objeto de conocimiento de la ciencia del derecho,⁴⁷ que Kelsen se propone contrarrestar mediante la aplicación del principio de la pureza metodológica, que exige desechar todos los conceptos y procedimientos originarios de las ciencias causales. En su opinión, la ciencia jurídica de los siglos XIX y XX no aplicó este principio,⁴⁸ lo que desembocó en un sincretismo metódico.⁴⁹

La pureza metodológica y la “antinomia entre *ser* y *deber ser*” han llevado a Kelsen a afirmar la autonomía de la ciencia del derecho. En lo que sigue intentaré mostrar cómo la crítica de Kelsen a

⁴⁵ *Ibidem*. Cursivas del autor.

⁴⁶ PCTJE, 6.

⁴⁷ Véase IDN, 15; NLLP, 391.

⁴⁸ TPD1, 25; TPD2, 15; TPD3, 15.

⁴⁹ El sincretismo metódico que combate Kelsen procede de una combinación de dos fuentes. Por un lado, muy a menudo los que practican la ciencia del derecho no tienen claros los límites precisos de su objeto de conocimiento, introduciendo en su trabajo con las normas jurídicas consideraciones sobre hechos sociales, procesos psicológicos, causas económicas, etcétera. La segunda fuente es la mixtura de juicios de hecho y juicios de valor en la que muy a menudo incurrían los científicos del derecho. La superación del sincretismo requiere, pues, disciplinar el pensamiento científico-jurídico, de modo que, por un lado, mantenga clara la conciencia de la naturaleza y los límites del objeto del que se ocupa —como ciencia que versa sobre normas— frente al de las ciencias sociales que analizan hechos; y por otro, se abstenga de emitir juicios de valor. Véase LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. de J. Guerrero R., Temis, Bogotá, 1992, p. 7.

la doctrina del derecho natural obedece a un intento por parte de este autor de constituir una ciencia jurídica autónoma, caracterizada por su neutralidad respecto de los juicios de valor y por su rigor científico.

Al igual que la teoría sociológica del derecho, la doctrina del derecho natural ha intentado superar la dicotomía entre *ser* y *deber ser*, aunque los procedimientos que utiliza son muy distintos a los empleados por la sociología jurídica. Estas diferencias se explican porque la doctrina del derecho natural, a diferencia de las teorías sociológicas, es una metafísica del derecho⁵⁰ que parte de la base de que es posible descubrir un orden de conducta absolutamente justo mediante el análisis de la naturaleza humana. Esta pretensión tiene su fundamento en los dos presupuestos que Kelsen critica y que ya conocemos: a) es posible obtener normas de conducta a partir de los hechos naturales; b) los seres humanos están suficientemente capacitados para conocer aquello que es justo.

a) La deducción de normas a partir de los hechos naturales significaría, según Kelsen, la superación de la "antinomía fundamental" que sirve de base a la autonomía tanto del derecho como del mundo natural, produciéndose así la ilusión de que el valor es inmanente a la realidad.⁵¹ Para Kelsen, la inmanencia del valor en la realidad, o lo que es lo mismo, de la justicia en el derecho, sólo puede producirse como resultado de un intento de dotar a los juicios sobre lo justo de la misma objetividad de la que gozan los juicios de hecho o las leyes de la naturaleza.⁵² Sin embargo, dado el carácter irreductible de las categorías de *ser* y *deber ser*,⁵³ todo intento de inferir normas a partir de hechos naturales sólo puede consistir en una falacia lógica o, como Kelsen señala en ocasiones, en un sofisma.⁵⁴

⁵⁰ TPD2, 52; QTPD, 14.

⁵¹ TS, 141; JDN, 103.

⁵² DTNL, 174.

⁵³ PCTJE, 7-8; QTPD, 14.

⁵⁴ Este sofisma es el error lógico denunciado por Hume y que desde G. E. Moore se conoce como "falacia naturalista". Volveremos sobre ello en el § III. Véase QTPD, 14; QJ, 75.

b) En segundo lugar, Kelsen refuta el presupuesto iusnaturalista de que la razón humana es capaz de conocer lo justo en términos absolutos.⁵⁵ Esto no quiere decir necesariamente que no exista la justicia absoluta,⁵⁶ sino que, si existe, es incognoscible. La única justicia accesible es, para Kelsen, una justicia relativa,⁵⁷ sobre la que no se puede fundar ningún juicio objetivo sobre lo justo, sino únicamente juicios de valor subjetivos acerca de lo que cada individuo interprete como tal. Dado que estos juicios involucran los intereses y aspiraciones de quienes los formulan, en ningún caso se pueden considerar útiles para la ciencia. Por eso la pureza metodológica exige expulsar del campo de la ciencia jurídica las consideraciones sobre la justicia, y en particular los puntos de vista ético-políticos, ya que su pretensión ideológica los aleja del compromiso de la ciencia con la verdad.⁵⁸ Los únicos juicios útiles para el conocimiento jurídico son los juicios de hecho sobre la licitud o ilicitud de la conducta humana a la luz de las normas jurídicas que sirven como su esquema interpretativo.⁵⁹

Para Kelsen, todo lo anterior justifica que la teoría pura del derecho se dirija a destruir el punto de vista según el cual el valor es inmanente a la realidad.⁶⁰ En este sentido, y al igual que la filosofía de Kant se enfrentaba a la metafísica, la teoría pura del derecho pretende derrotar a las doctrinas del derecho natural.⁶¹ Es más, la viabilidad de la teoría jurídica de Kelsen pasa necesariamente por la destrucción del punto de vista adoptado por esas doctrinas. Ello nos da la

⁵⁵ JDN, 100; TPD3, 78.

⁵⁶ JDN, 101. El positivismo relativista de Kelsen tampoco niega el resto de los valores, sino que tan sólo rechaza que sean objetivos. Véase DTNL, 179.

⁵⁷ QJ, 77-78; DTLN, 174.

⁵⁸ TPD1, 43; TPD2, 64; TPD3, 122; QTPD, 30.

⁵⁹ TPD2, 56; TPD3, 35-36. Una conducta humana es considerada lícita cuando se corresponde con una norma que posee una validez objetiva. Por el contrario, se considera ilícita cuando contradice a dicha norma. Los "valores del derecho" son los valores implícitos en los juicios sobre la licitud o la ilicitud de la conducta humana, distinguiéndose de los "valores de la justicia", que son los implícitos en los juicios que afirman que algo es justo o injusto. Véase KELSEN, H., "Value Judgements in the Science of Law", *op. cit.*, pp. 209 y ss.

⁶⁰ KELSEN, H., "Science and politics", *cit.*, pp. 357-358.

⁶¹ KELSEN, H., "The Pure Theory of Law, "Labandism", and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves", *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 172.

idea de la importancia que tiene la crítica kelseniana a la doctrina del derecho natural en el esquema general de la teoría pura del derecho.

3. Breve indicación bibliográfica

En mi exposición he insistido en el gran número de escritos en los que Kelsen critica tanto la doctrina del derecho natural como la posibilidad de una concepción racional de la justicia. Muy a menudo estas obras son de teoría del derecho (algunas ya han sido citadas), aunque no sólo. En lo que se refiere, en concreto, a la crítica a la doctrina del derecho natural, el número de ensayos existentes es copiosísimo, apareciendo algunos de ellos, muy significativos, en una fase relativamente temprana de la producción del autor, antes incluso de publicarse la primera versión de la *Reine Rechtslehre* (1934). Las obras más importantes de este periodo son *Die Idee des Naturrechts*⁶² y *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*,⁶³ que ven la luz en 1927 y 1928 respectivamente. En ellas Kelsen analiza algunas cuestiones a las que ya no vuelve a referirse —o al menos no con la misma amplitud— en otras obras posteriores. Dos ejemplos —que desarrollaré con mayor detalle más adelante— son la tesis de la imposibilidad de un derecho natural en cuanto tal, esto es, de una idea “pura” del derecho natural, y la exposición del dualismo religioso-metafísico que Kelsen sitúa en la base de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo.

Años más tarde, una vez establece su residencia en Estados Unidos, publica el artículo *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*⁶⁴ (1949), en el que critica principalmente al iusnaturalismo moderno, insistiendo en el carácter conservador de su filosofía jurídica y tratando de desentrañar algunas de sus contradicciones. La colección de ensayos *What is Justice? Justice, Law and Politics in the*

⁶² *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7, 1927, pp. 221-271. Citamos por la traducción castellana (IDN).

⁶³ Kant-Gesellschaft, 31. Charlottenburg: Pan-Verlag Rolf Heise, 1928. Citamos por la traducción inglesa (NLLP).

⁶⁴ *The Western Political Quarterly*, 2, 1949, pp. 481-513. Citamos por la edición de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (TS).

*Mirror of Science*⁶⁵ (1957), recopila varios de sus escritos anteriores más significativos, además de incorporar alguna nueva aportación.

Estas obras, que podríamos calificar de “intermedias”, son en realidad los prolegómenos del que quizás haya sido su trabajo de mayor envergadura en este campo: *Justice et Droit naturel*⁶⁶ (1959), que es incluido un año después, como apéndice, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960).

Finalmente, en la última etapa de Kelsen se observa un cierto abandono de estas materias, debido quizás a su creciente interés hacia los problemas que plantea la lógica jurídica. Aun así surgen algunos trabajos de interés, de los que tan sólo citaremos uno: *Die Grundlage der Naturrechtslehre*⁶⁷ (1962), que presentó como conferencia en una reunión de autores cristianos celebrada en Salzburgo ese mismo año. Si merece la pena detenerse en esta obra, es únicamente porque en ella Kelsen afirma con claridad una idea que, por lo demás, ya había anticipado en obras anteriores: se trata de la idea de que el único fundamento posible del derecho natural es de carácter divino.

4. Camino a seguir

Abordaré el estudio de la crítica de Kelsen procediendo del siguiente modo: en primer lugar, trataré de esbozar la caracterización kelseniana de la teoría iusnaturalista. Anticipo ya que este autor no se ocupa nunca de ofrecer una caracterización exhaustiva y sistemática sobre dicha teoría, ni tampoco de profundizar en su evolución histórica, sino que esta caracterización ha de ser extraída al hilo de la exposición de los argumentos críticos esgrimidos, lo cual ha exigido una importante tarea de sistematización. A ello dedicaré la segunda sección del trabajo. En la tercera sección trataré de analizar y sistemati-

⁶⁵ Albert Calşamiglia ha traducido al castellano algunos de ellos en *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1992. Otra traducción parcial es la que se contiene en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1946.

⁶⁶ *Annales de Philosophie politique, III. Le droit naturel*, trad. de E. Mazingue, Institut international de philosophie politique, París, Presses Universitaires de France, 1959, pp. 1-123. Citamos por la traducción castellana (JDN).

⁶⁷ *Die neue Ordnung*, 16, Heft 5, 1962, pp. 321-327. Citamos por la traducción castellana (BTDN).

zar los argumentos de Kelsen que con propiedad se podrían calificar como "críticos".

La sección segunda se divide en dos partes. Dedicaré la primera de ellas a exponer las diferencias y similitudes que, en opinión de Kelsen, existen entre el derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos. Analizaré los temas relativos a la distinta procedencia, procedimientos de motivación empleados y naturaleza de la validez del derecho natural y el derecho positivo. Es precisamente en atención a la distinta naturaleza de su validez (material en un caso y formal en el otro) por lo que Kelsen considera al derecho natural un sistema estático y al derecho positivo un sistema dinámico. Concluiré esta primera parte haciendo una breve introducción al tema de las funciones que, en opinión de Kelsen, ha cumplido la teoría iusnaturalista, la cual, lejos de configurarse como una teoría científica del derecho, se afirma como una doctrina ideológica, alejándose sus intereses del compromiso con la verdad y el conocimiento que siempre aseguró mantener la teoría pura del derecho.

La referencia a las funciones que ha cumplido históricamente la teoría iusnaturalista abre paso a una segunda parte, en la que profundizaré en la consideración de la doctrina del derecho natural como una ideología. Trataré de mostrar cómo, según Kelsen, el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo sobre el que se fundamenta esta doctrina es en realidad un supuesto especial de otro dualismo de carácter más general que se produce en filosofía, y que guarda una estrecha relación con el dualismo platónico de realidad e idea. Analizaré en qué consiste dicho dualismo, deteniéndome en alguna de sus manifestaciones históricas. Por último, veremos cómo, para Kelsen, la función desempeñada por el dualismo religioso-metafísico ha sido, salvo contadas excepciones, una función predominantemente conservadora y justificadora del orden social y jurídico-político existente.

Tras esta reconstrucción de la visión de Kelsen sobre la doctrina del derecho natural, en la tercera sección (que no se incluye en este número) me ocuparé de exponer los argumentos críticos esgrimidos en contra de la misma, comenzando por los dos principales y más frecuentemente invocados, los relativos a la irreductibilidad lógica entre *ser* y *deber ser* y al rechazo de Kelsen a la idea de una razón práctica. Estos argumentos justifican la consideración de la teoría

del derecho natural como una doctrina religiosa. Retomando el hilo de la exposición de Kelsen, expondré los restantes argumentos: los resultados contradictorios a los que llega la teoría del derecho natural a lo largo de su amplia tradición, la crítica a lo que Kelsen llama "teorías del derecho natural variable" y la necesidad que tiene el derecho natural de "desnaturalizarse" y de transformarse en derecho positivo para ser aplicado. Para concluir, expondré la alternativa que Kelsen propone frente a la teoría del derecho natural, que no es otra que su propia teoría jurídica, esto es, la teoría pura del derecho, que se basa en una concepción relativista de los valores y en un monismo jurídico en oposición al dualismo iusnaturalista.

Concluiré el trabajo con una reconsideración de la crítica de Kelsen que en alguna medida pretende ser retrospectiva. En ella señalaré cuáles son, a mi juicio, los principales logros de su argumentación, tratando, a su vez, de poner al descubierto algunos de los errores y simplificaciones en los que incurre.

II. LA CARACTERIZACIÓN KELSENIANA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

En lo que sigue trataré de exponer cuál es la visión de Kelsen sobre la doctrina del derecho natural. Mi pretensión no es, en absoluto, la de realizar una caracterización exhaustiva de la historia de la doctrina iusnaturalista —ello carecería de sentido—, sino que me limitaré únicamente a informar acerca de la visión de Kelsen al respecto. En un primer término, trataré de exponer las diferencias y analogías que, según este autor, existen entre el derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos, tanto en lo relativo al origen y procedencia de sus normas, como a la manera de influir en el comportamiento individual y a la naturaleza divergente de su validez, lo que conduce, en última instancia, a distinguir los dos principios de validez que operan en la base de ambos sistemas. Ahora bien, en su caracterización de la doctrina iusnaturalista, Kelsen no se limita al aspecto puramente estructural, sino que esboza además una caracterización funcional, mostrando cuáles han sido, a su modo de ver, las funciones ideológicas de diverso signo (tanto conservador como reformista o revolucionario) que ha cumplido la doctrina del derecho natural a lo largo de su historia.

Al inicio de *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, Kelsen se refiere a la doctrina del derecho natural como un intento de “aportar una solución definitiva al eterno problema de la justicia y de responder a la cuestión de qué es bueno y qué malo en las relaciones mutuas entre los hombres”.⁶⁸ Parece, pues, que lo que hay en el fondo de dicha doctrina es una pretensión de ordenar, de manera justa, la conducta del hombre en relación con sus semejantes. En ello consiste la “esencia” de la teoría iusnaturalista, que presupone que hay un orden de las relaciones humanas absolutamente válido y justo, distinto del derecho positivo y superior a éste, que procede de la naturaleza, de Dios o de la razón.⁶⁹ No se puede decir que la teoría del derecho natural ignore la existencia del derecho positivo; lo que sucede es que este orden se subordina al derecho natural, estableciéndose entre ambos lo que Kelsen interpreta como una relación de delegación. La doctrina iusnaturalista se encuentra entonces bajo un dualismo fundamental: junto al derecho natural como orden de conducta perfecto, admite la existencia de un derecho positivo que, en la medida en que es un derecho artificial, fruto de la voluntad humana, se reconoce como imperfecto.⁷⁰

Al admitir esta dualidad entre el derecho natural y el derecho positivo, la teoría del derecho natural cierra toda posibilidad a un “monismo jurídico de tipo iusnaturalista”, que supondría reconocer al derecho natural como el único derecho existente, con exclusión del derecho positivo. Esto sólo sería posible si se admite una idea “pura” del derecho natural, es decir, si el derecho natural se concibe como un principio abstracto de justicia que se mantenga siempre sin necesidad de completarse con normas de derecho positivo.⁷¹ No obstante, para Kelsen ningún iusnaturalista importante ha admitido nunca un monismo de este tipo; muy al contrario, todos han reconocido la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural.⁷² Esto es coherente con la función ideológica que con mayor frecuen-

⁶⁸ TS, 137.

⁶⁹ GTLS, 8; MIJ, 395.

⁷⁰ GTLS, 12; MIJ, 396.

⁷¹ Véase IDN, 29 y ss.

⁷² NLLP, 415; TS, 142; JDN, 151.

cia ha cumplido esta doctrina, y que, como veremos, consiste en ofrecer una justificación acrítica del derecho positivo.⁷³

El orden que seguiré a lo largo de mi exposición me llevará a ocuparme, en primer lugar, de las diferencias que separan al derecho natural y al derecho positivo en lo que se refiere al origen de sus normas, al modo de operar en la ordenación de la conducta humana y a la distinta naturaleza de su validez. A continuación, explicaré la forma en que, según Kelsen, se relacionan estos dos órdenes de conducta, y cómo a partir del sentido dado a esa relación la teoría del derecho natural ha asumido diferentes funciones ideológicas a lo largo de su historia. Finalmente, se verá cómo para este autor la función conservadora que ha cumplido la teoría iusnaturalista aparece como predominante, de forma que el derecho natural aparece como un elemento de justificación del derecho positivo. Concluiré esta exposición refiriéndome a los procedimientos que ha empleado la teoría iusnaturalista para alcanzar este fin.

1. El derecho natural y el derecho positivo como órdenes normativos

He señalado que la teoría del derecho natural admite la coexistencia del derecho natural y del derecho positivo, el uno perfecto y el otro imperfecto, actuando simultáneamente sobre un mismo objeto: la conducta humana. Sin embargo, a pesar de esta coincidencia, en ningún caso el derecho natural y el derecho positivo operan del mismo modo, sino que, por el contrario, estos dos órdenes no pueden ser más distintos.

Las diferencias existentes entre el derecho natural y el derecho positivo pueden resumirse en atención a tres aspectos básicos: su procedencia, su *modus operandi* y la fuente de su validez. El derecho natural se deduce de la naturaleza mediante un mero ejercicio intelectual, vinculándose, en último término, a una voluntad trascendente; el derecho positivo, en cambio, es el producto de una voluntad humana que posee autoridad para dictar normas. En lo que se refiere a su *modus operandi*, ambos sistemas emplean una técnica

⁷³ NLLP, 417; TS, 142; JDN, 150 y ss.

de motivación distinta para conducir la conducta humana. El derecho natural reclama ser obedecido en virtud de una necesidad interior; el derecho positivo es un orden coactivo, que pretende inducir la conducta debida mediante la amenaza de sanciones. La tercera de las diferencias, que es además la más importante, es la que se refiere a la diferente naturaleza de la validez de ambos tipos de derecho. El derecho natural posee una validez absoluta de carácter material; la validez del derecho positivo, por el contrario, sólo puede ser relativa y formal.

A continuación expondré estas diferencias, insistiendo en la relevancia especial que tiene la tercera de ellas, pues es ahí precisamente donde se origina la distinción de los dos principios de validez que Kelsen denomina “principio estático” y “principio dinámico”. Estos principios se sitúan respectivamente en la base de los órdenes natural y positivo, determinando el modo específico de su validez. Finalmente, me referiré a la relación necesaria que bajo la teoría del derecho natural se establece entre estos órdenes, dando lugar a lo que, según palabras de Kelsen, se conoce como “desnaturalización” del derecho natural. El fin que persigue esa “desnaturalización” es ofrecer una justificación acrítica del derecho positivo. Conectando con esta idea, daré paso a una última parte en la que me ocuparé de la cuestión de la función política e ideológica que ha cumplido la teoría del derecho natural a lo largo de su dilatadísima historia.

A. El distinto origen del derecho natural y el derecho positivo

Kelsen se ocupa del tema del origen del derecho natural y del derecho positivo ya desde sus primeros escritos, indagando cuáles son sus respectivas fuentes de procedencia. Mientras el derecho positivo es un orden de conducta artificial, cuyo origen es un acto de voluntad humano,⁷⁴ el derecho natural es:

“una ordenación no basada en la voluntad humana, [...] no creada “arbitrariamente”, sino dada “por sí misma”, y en algún modo *objetiva*, es decir,

⁷⁴ IDN, 17; NLLP, 392.

existente con independencia del querer humano subjetivo, pero no obstante susceptible [...] de ser conocida por el hombre”.⁷⁵

Un rasgo constante del pensamiento de Kelsen es su voluntarismo, que le lleva a considerar la producción de normas como una función específica de la voluntad.⁷⁶ Kelsen rechaza categóricamente que otras facultades humanas, y en especial la razón,⁷⁷ posean capacidad normativa. Por otra parte, en el pasaje anterior hemos visto cómo el derecho natural se caracterizaba como un orden de normas dado “por sí mismo” e independiente de la voluntad y del arbitrio humanos. ¿Significa esto que Kelsen piensa que dicho orden podría existir sin mediar acto de voluntad alguno? Admitir este extremo sería incompatible con su voluntarismo, y ésta es seguramente la razón por la que termina afirmando que el origen del derecho natural se localiza también, en último término, en un acto de voluntad. No obstante, esa voluntad no podría ser nunca la voluntad humana empírica, porque en ese caso el derecho natural sería una ordenación tan artificial como el derecho positivo. Si el derecho natural quiere conservar su pretensión de objetividad, la voluntad que existe detrás del mismo ha de ser necesariamente una voluntad trascendente, que no es otra que la voluntad de Dios que se oculta tras la naturaleza.⁷⁸ Pero si esto es así, y el origen último del derecho natural es una voluntad trascendente, la doctrina del derecho natural sólo puede tener carácter religioso. Así lo señala Kelsen:

⁷⁵ IDN, 17. Cursivas del autor.

⁷⁶ Para Kelsen, toda norma, al margen de cuál sea la autoridad de la que procede, tiene su origen en un acto de voluntad, ya se trate de una voluntad divina o trascendente —como sucede en el derecho natural— o de una voluntad humana, como es el caso de las normas de derecho positivo. Dado que la idea de una voluntad divina es una idea religiosa o metafísica, para Kelsen el único derecho real es el derecho positivo, que se caracteriza por pertenecer al mismo tiempo a dos mundos distintos: el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*; en esto consiste precisamente la “positividad” del derecho: las normas positivas no son otra cosa que el sentido objetivo del *deber ser* que tiene su origen en ciertos actos de voluntad procedentes de una autoridad humana. Es así como el voluntarismo de Kelsen se sitúa en la base de su concepción positivista del derecho. Véase TPD3, 18 y ss. Sobre la “positividad” del derecho, véase IDN, 26 y NLLP, 393-394.

⁷⁷ Kelsen rechaza que las normas de derecho natural se puedan obtener por mediación de otras facultades humanas, como los sentimientos o los instintos. Sobre este tema, y sobre la crítica a la posibilidad de una razón legisladora volveré en el § III.

⁷⁸ Véase JDN, 99 y 104 y ss.

“Para ser consistente, la doctrina del derecho natural debe asumir un carácter religioso. Ella puede deducir normas justas de comportamiento humano sólo en la medida en que la naturaleza se considera una revelación de la voluntad divina y, por ello, explorarla equivale a dilucidar dicha voluntad. De hecho, no se conoce ninguna doctrina del derecho natural importante que no revista un carácter religioso”.⁷⁹

Pero el modo de manifestarse la creencia en una autoridad trascendente es algo que se ha modificado históricamente. Por ejemplo, desde la mentalidad animista primitiva se pensaba que tras los objetos naturales habitaban espíritus invisibles que imponían normas a la naturaleza, la cual era interpretada en analogía a la sociedad y sobre la base de un principio de retribución.⁸⁰ Posteriormente, en un estadio religioso más desarrollado, el animismo es sustituido por el monoteísmo, y se piensa que la naturaleza ha sido creada por Dios y, por tanto, se la considera una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.⁸¹ Lo más significativo, en todo caso, es que detrás del derecho natural existe una voluntad trascendente que dicta normas a la naturaleza, y que, según palabras de Kelsen, “pensar que la naturaleza es una autoridad normativa, es decir, un ser sobrehumano dotado de la voluntad para dictar normas, es una superstición animista o bien el resultado de una interpretación teológica de la naturaleza como manifestación de la voluntad de Dios”.⁸²

⁷⁹ TS, 138.

⁸⁰ Kelsen subraya en reiteradas ocasiones que un rasgo característico del pensamiento primitivo es interpretar los fenómenos naturales en términos de retribución en lugar de hacerlo en términos de causalidad. El principio de retribución puede ser formulado como sigue: quien actúe correctamente deberá ser premiado; quien actúe mal, deberá ser castigado. El bien se paga con el bien y el mal con el mal. Las desgracias como la mala cosecha, la derrota en la guerra o la enfermedad se interpretan como castigos, mientras que los sucesos beneficiosos, como la buena cosecha, la victoria en la guerra o la longevidad se atribuyen, como premio, a quien se comporta de acuerdo con las normas del grupo social. Lo que caracteriza al animismo y a la mentalidad del hombre primitivo es, pues, una interpretación socionormativa de la naturaleza en analogía con la sociedad, sin que una y otra puedan ser disociadas. De hecho, la naturaleza se considera una parte integrante de la sociedad. Véase KELSEN, H., “Causality and Retribution”, *op. cit.*, p. 304; véase también TS, 137-138; TPD2, 21-22; TPD3, 97-98.

⁸¹ TS, 138.

⁸² KELSEN, H., “Why should the Law be obeyed?”, *op. cit.*, p. 258; véase también DNPI, 126 y BTDN, 579.

Parece claro, entonces, que la fuente última del derecho natural ha de ser una voluntad trascendente que dicte normas a la naturaleza. Pero Kelsen no siempre se manifiesta en este sentido con la claridad con que lo hace en sus escritos de madurez, sino que hay una evolución en su pensamiento. De esta manera, en una primera etapa, que comprende desde *Die Idee des Naturrechtes* y *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1927-28) hasta el momento previo a la aparición de *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* (1949), señala que para la teoría iusnaturalista el origen del derecho natural está en la naturaleza, en Dios o en la razón indistintamente.⁸³ Posteriormente, en sus obras “intermedias”, como la que acabo de señalar de 1949 y las que se contienen en la colección de ensayos *What is Justice?* (1957), parece poner el énfasis en la naturaleza como fuente del derecho natural, bien refiriéndose a ella de forma genérica, como un conjunto de hechos analizables de los que se piensa que es posible extraer una solución justa a los problemas sociales,⁸⁴ bien distinguiéndola de la naturaleza del hombre en particular.⁸⁵ Es en su etapa final, y más concretamente en *Justice et Droit naturel* (1959), donde afirma con claridad que para la teoría iusnaturalista el único origen posible del derecho natural es de carácter teológico.

Ahora bien, ¿qué noción de naturaleza humana utilizan, según Kelsen, las teorías del derecho natural? Cuando la doctrina del derecho natural deduce normas a partir de la naturaleza del hombre, ¿a qué se refiere exactamente? Lo primero que habría que decir es que la idea de naturaleza humana que Kelsen atribuye a la doctrina iusnaturalista varía con el paso del tiempo. Al principio señala que por “naturaleza humana” la teoría iusnaturalista entiende tanto la naturaleza física como la naturaleza psíquica indistintamente;⁸⁶ pero después no insiste más en ello, hasta que, finalmente, en *Justice et Droit naturel* rechaza tajantemente que la teoría iusnaturalista obtenga las normas de derecho justo a partir de la naturaleza física del hombre:

⁸³ IDN, 17-18; NLLP, 392; véase también GTLS, 8; MIJ, 395.

⁸⁴ TS, 137.

⁸⁵ DTNL, 174.

⁸⁶ IDN, 17.

“se investiga entonces la naturaleza del hombre ya en sus tendencias, inclinaciones e instintos, ya en su razón o en sus sentimientos. Esta naturaleza del hombre es esencialmente su naturaleza psíquica, es decir, su constitución “interna”, y no su naturaleza física”.⁸⁷

Este fragmento revela, además, cuál es la idea de la naturaleza humana que, según Kelsen, manejan mayoritariamente los teóricos iusnaturalistas. Se trata de la naturaleza psíquica del hombre, en cualquiera de sus dos vertientes: racional e instintiva.⁸⁸ De esta manera, la naturaleza humana, a los efectos de obtener los preceptos de derecho natural, comprende tanto los sentimientos, tendencias e instintos humanos como también la razón.

Resumiendo, frente al derecho positivo, que es un orden de conducta artificial cuyo origen está en la voluntad de un legislador humano, el derecho natural es un orden que no depende de ninguna voluntad humana, pero que es inteligible para el ser humano en la medida en que puede ser obtenido a partir de la naturaleza mediante una operación intelectual. Por “naturaleza” algunos autores iusnaturalistas entienden la naturaleza en general, como un conjunto de hechos conexos entre sí, pero la mayoría se refieren a la naturaleza del hombre, a sus instintos y su razón. Sin embargo, reconocer una capacidad normativa en la naturaleza sólo es posible en una teoría iusnaturalista de base teológica, que vea en la naturaleza la manifestación de la voluntad de Dios.

B. Las diferentes técnicas de motivación empleadas por el derecho natural y el derecho positivo

La segunda diferencia importante entre el derecho natural y el derecho positivo afecta a la distinta forma que tienen de conducir la conducta

⁸⁷ JDN, 109.

⁸⁸ En algunas obras Kelsen ofrece una caracterización más restringida de la concepción iusnaturalista de la naturaleza humana. En *Was ist Gerechtigkeit?*, por ejemplo, pone el énfasis en las doctrinas iusnaturalistas “racionalistas”, que veían en la razón humana la fuente del derecho natural. En cambio, en “A “Dynamic” Theory of Natural Law” su pretensión de criticar el ensayo de Wild, J., *Plato's Modern Enemies and the Theory of Natural Law*, que trataba de fundamentar el derecho natural sobre ciertas tendencias humanas, le lleva a considerar sobre todo el aspecto irracional (instintivo) de dicha naturaleza. Véase DTNL, 175 y ss.

humana. Ambos persiguen la misma finalidad: inducir a los individuos a comportarse de una manera determinada; pero los procedimientos empleados no pueden ser más distintos. Sus diferencias se deben, principalmente, a la distinta técnica de motivación empleada.

Kelsen distingue dos tipos de técnicas de motivación:⁸⁹ las directas y las indirectas. Comenzaré por estas últimas. La motivación indirecta consiste en dirigir la conducta humana atribuyendo ciertas ventajas a la observancia de las normas y desventajas a la inobservancia. Las ventajas consisten en premios que sirven como incentivos para cumplir las normas. Las desventajas son los castigos que se imponen a quienes las vulneran.⁹⁰ Aunque el derecho puede hacer uso de ambas técnicas, la técnica predilecta y específica de todo orden jurídico es la que se basa en el castigo, es decir, en la imposición de sanciones coactivas que privan a los individuos de ciertos bienes considerados valiosos, como la vida, la libertad, la propiedad, etcétera.⁹¹ Un orden social que emplee esta técnica de motivación es un orden coactivo.

Sin embargo, incluso sin la promesa de un premio por el cumplimiento o de un castigo por la desobediencia, es decir, sin decretar sanciones, un orden social puede exigir una conducta que considere, en sí misma, ventajosa o correcta.⁹² En ese caso, el mero hecho de que una norma ordene una conducta pretende ser motivo suficiente para que su obediencia sea considerada debida. En esto consiste precisamente la técnica de motivación directa.

El derecho natural se sirve de la técnica de motivación directa. Al ser una ordenación trascendente, que procede en último término de la voluntad divina, prescribe siempre realizar lo correcto. En ese sentido, sus normas son obedecidas en virtud de una necesidad interior⁹³ y sin recurrir a la coacción. El derecho positivo, por el contrario, utiliza la técnica de motivación indirecta, amenazando con la imposición de una sanción como acto coactivo a quienes realicen

⁸⁹ Véase LSST, 231.

⁹⁰ LSST, 231-232.

⁹¹ LSST, 234; TPD3, 46.

⁹² LSST, 232.

⁹³ IDN, 20; NLLP, 392.

una conducta prevista por el orden jurídico y no querida por él.⁹⁴ El derecho positivo es, en ese sentido, un medio técnico-social específico para la consecución de ciertos fines sociales que se consideran prioritarios.⁹⁵ Por otra parte, que la técnica específica del derecho positivo consista en tratar de lograr ciertas conductas amenazando con castigar las contrarias, no quiere decir que la obediencia al derecho se deba únicamente a la coacción; pueden influir otras causas (religiosas, morales, de conveniencia, etcétera), pero la coacción determina la técnica específica del derecho positivo.⁹⁶ No obstante, Kelsen señala que en ocasiones los órdenes jurídicos contienen normas para cuya infracción no hay prevista una sanción. En este caso, y dado que para Kelsen sólo son normas jurídicas en sentido estricto las que establecen sanciones, nos hallamos ante una simple expresión de deseos del legislador que carece de alcance jurídico.⁹⁷

Una característica del derecho positivo como orden coactivo es, pues, que establece la posibilidad de hacer uso de la fuerza si fuese necesario. Con este fin se atribuye el monopolio de la fuerza a la comunidad jurídica, que la ejerce a través de determinados individuos y agencias a los que se autoriza bajo ciertas circunstancias.⁹⁸

⁹⁴ El derecho positivo regula, al menos, la conducta de dos hombres: la de aquel contra quien se dirige el acto coactivo, que realiza una conducta indebida que la norma prevé como la condición de una sanción, y la de aquel que *debe* aplicar esa sanción. Se distinguen así dos tipos de normas, que Kelsen llama normas "primarias" y normas "secundarias". Las normas primarias se dirigen a un órgano de la comunidad estableciendo que, en caso de producirse una determinada conducta, *debe* aplicarse una sanción. Las normas secundarias prescriben a los ciudadanos la conducta que permite evitar esa sanción. Pero, en la medida en que las normas primarias permiten describir el orden jurídico por sí solas, las normas secundarias carecen de relevancia y se consideran superfluas. Hay que señalar que sobre este punto la doctrina de Kelsen sufrió modificaciones. En la segunda edición alemana de la *Reine Rechtslehre* (1960) distingue entre normas completas o independientes y normas incompletas o dependientes. Las normas completas son las que poseen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en términos de un acto de coacción. Las normas incompletas no estipulan una sanción, de modo que para tener sentido pleno han de ser ligadas a una segunda norma que enlace al supuesto de hecho una sanción. Véase IDN, 22; TPD2, 76-78. Sobre la doctrina modificada de Kelsen, véase TPD3, 67.

⁹⁵ IDN, 21; LSST, 237-238; TPD2, 73-74.

⁹⁶ TPD2, 73; TPD3, 48.

⁹⁷ TPD2, 77.

⁹⁸ LSST, 237; TPD2, 74-75; TPD3, 50.

En la medida en que la eficacia del derecho positivo requiere de la existencia de ciertas instancias que apliquen actos coactivos y, en definitiva, de una organización, el derecho positivo se identifica con el Estado. Es más, Kelsen va más lejos y asegura que el Estado encarna la "forma perfecta del derecho positivo".⁹⁹

El derecho natural, por el contrario, consiste en un orden no coactivo cuyas normas, al pretender ser obedecidas en virtud de una necesidad interior, se realizan por sí mismas, sin el concurso de la coacción ni de ningún órgano ejecutor de sanciones. El derecho natural aparece, entonces, como un orden de conducta anárquico, no en el sentido de que no exista un orden, sino en el de que hay un orden no estatal y no coactivo.¹⁰⁰ Es así como Kelsen caracteriza al anarquismo teórico: como una teoría del derecho natural que presupone la posibilidad de un orden social justo e inmanente a la naturaleza, en el que no se necesita ni del derecho positivo ni del Estado,¹⁰¹ y que, por consiguiente, es obedecido voluntariamente. La idea "pura" del derecho natural a la que antes me refería se corresponde precisamente con esta idea de orden anárquico. De esta manera, para Kelsen, detrás de todo anarquismo se esconde una teoría del derecho natural.¹⁰²

A continuación, Kelsen se pregunta por qué razón un orden social que no emplea la fuerza no ha sido nunca llevado a la práctica. Su respuesta es la misma que ofrece un amplio sector del iusnaturalismo: al no ser posible un orden social que todos los individuos reconozcan como justo y obedezcan de forma voluntaria, se requiere necesariamente de la coacción para mantener la estabilidad.¹⁰³ Por esta razón, para Kelsen, la idea de un orden social que no haga uso de la fuerza constituye una utopía irrealizable. El único orden posible es, por tanto, el orden de derecho positivo, cuya técnica específica consiste en una reglamentación del uso de la fuerza. En la medida en que el objetivo principal de todo orden social es conservar la paz, el derecho positivo sólo puede proporcionar una paz relativa, pues no se excluye el uso de la fuerza, sino que, en palabras de Kelsen, "se emplea

⁹⁹ IDN, 22; véase también NLLP, 393.

¹⁰⁰ IDN, 23.

¹⁰¹ LSST, 240.

¹⁰² IDN, 23; NLLP, 393.

¹⁰³ LSST, 240.

la fuerza para evitar el uso de la fuerza".¹⁰⁴ En ese sentido se distingue de un estado de anarquía.

C. La naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo: justicia absoluta y justicia relativa

La tercera diferencia entre el derecho natural y el derecho positivo es la que alude a la distinta naturaleza de la validez de sus normas. Kelsen se ocupa de su exposición tanto en su primera etapa como en la obra más importante de su etapa final: *Justice et Droit Naturel*. No así en la etapa "intermedia", en la que, con carácter preparatorio, anticipa algunas críticas que luego desarrolla en la obra señalada, refiriéndose a la cuestión que ahora me dispongo a abordar sólo de forma circunstancial y como excepción.

En relación con este tema, la argumentación de *Justice et Droit Naturel* no representa un giro radical respecto de los primeros artículos de Kelsen, y ello a pesar de los treinta años transcurridos. Las diferencias destacables, que por lo demás no suponen una evolución significativa en su pensamiento, tienen que ver con la estrategia que sigue en la exposición. En sus primeras obras, Kelsen explica la diferente naturaleza de la validez del derecho natural y del derecho positivo insistiendo en el distinto sentido del *deber ser* que imponen uno y otro: absoluto el derecho natural y relativo el derecho positivo. En *Justice et Droit Naturel*, en cambio, pone el énfasis en la distinción de dos tipos de teorías del derecho: las teorías "idealistas", que junto al derecho positivo "real" admiten un derecho "ideal" y justo que condiciona la validez del primero, y las teorías "realistas", que defienden un monismo jurídico en el que el derecho positivo aparece como el único derecho existente, cuya validez no depende, en ningún caso, de su correspondencia con un derecho ideal. A estas diferencias habría que añadir un matiz: en *Justice et Droit Naturel* Kelsen afirma con insistencia un relativismo ético y gnoseológico que, aunque estuvo siempre presente, en sus primeras obras se manifestaba con mayor timidez.

¹⁰⁴ LSST, 237. "Force is employed to prevent the employment of force".

Estos desarrollos no son contradictorios. Aunque quizás el segundo sea el más evolucionado, expondré el diferente carácter de la validez del derecho natural y del derecho positivo analizando las dos etapas que atraviesa Kelsen. Sin embargo, al ser la versión definitiva la de *Justice et Droit Naturel*, otorgaré a esta obra el mayor protagonismo.

A) En *Die Idee des Naturrechtes y Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen explica el diferente sentido de la validez del derecho natural y del derecho positivo insistiendo en el distinto carácter del *deber ser* que ambos imponen. De hecho, *deber ser* y validez no pueden separarse: si el derecho posee una validez absoluta e incondicionada, el *deber ser* que impone sólo puede ser absoluto. Se entiende, por tanto, que lo justo o correcto en sentido material *debe* tener lugar. La teoría iusnaturalista reconoce al derecho natural un *deber ser* de esas características: incondicionado, absoluto y en sentido material, de forma que ordena lo bueno o justo.¹⁰⁵ Que el derecho natural posea una validez absoluta significa, además, que este orden es inmutable, y que el sentido objetivo de su *deber ser* se extiende a todo lugar y época, y es invariable.¹⁰⁶ Lo que ordena el derecho natural es, por tanto, lo que vale como "justo" de forma universal. Por otra parte, la teoría iusnaturalista no ignora que junto al derecho natural existe un derecho positivo, que guarda con respecto al primero una relación de subordinación. Para esta teoría, la validez de las normas de derecho positivo depende de que su contenido no contradiga lo que ordena el derecho natural, hallándose en este orden superior la medida de su valor o disvalor,¹⁰⁷ de su corrección o incorrección. La concordancia con el derecho natural es, por consiguiente, condición necesaria de la validez de las normas del derecho positivo.

Frente a la teoría iusnaturalista, el positivismo jurídico es, para Kelsen, una teoría científica del derecho, que rehúsa buscar una justificación material y absoluta del derecho positivo,¹⁰⁸ al que recono-

¹⁰⁵ IDN, 26; NLLP, 394.

¹⁰⁶ IDN, 28; NLLP, 396-397.

¹⁰⁷ IDN, 19; véase también GTLS, 12; MIJ, 396.

¹⁰⁸ IDN, 27; NLLP, 396. Kelsen se refiere al positivismo que él mismo defiende, y no al positivismo anterior que, en su opinión, aún mantenía una vinculación entre el derecho y la justicia. Véase *supra*, § I. 1.3 (nota 32).

ce como el único derecho real y posible. Para el positivismo jurídico, el *deber ser* del derecho positivo posee un carácter hipotético-relativo y formal,¹⁰⁹ de forma que esta ordenación aparece, a diferencia del derecho natural, como infinitamente variable, ajustándose a las circunstancias cambiantes de lugar y tiempo.¹¹⁰ Ahora bien, ¿en qué consiste la validez hipotético-relativa y formal de la que habla Kelsen? Explicaré estas dos notas comenzando por la segunda de ellas.

Que el principio de validez del derecho positivo sea de carácter formal significa que sus normas son válidas cuando han sido creadas de una forma determinada, esto es, cuando han sido promulgadas por una autoridad que posee capacidad normativa, la cual le ha sido atribuida por otra norma positiva de rango superior. A la pregunta de por qué es válida esta otra norma, Kelsen responde de idéntico modo: porque procede de una autoridad que posee, a su vez, capacidad normativa, y así sucesivamente. La validez y el sentido del *deber ser* de las normas del derecho positivo descansan, por tanto, en un principio dinámico,¹¹¹ en virtud del cual cada norma otorga a una autoridad la potestad de realizar el acto que da origen a otra norma de rango inferior. Pero al final siempre habrá una primera norma creada a través de un acto cuya validez no se apoye ya en ninguna otra norma positiva. De lo que se trata, entonces, es de establecer qué determina la validez de esa norma.

Para responder a esta pregunta, se ha de tener en cuenta el segundo de los rasgos señalados por Kelsen, que aludía al carácter hipotético y relativo del *deber ser* del derecho positivo. Este *deber ser* posee dos notas: a) frente al *deber ser* del derecho natural, que poseía un carácter absoluto, el *deber ser* del derecho positivo, al no depender de ningún contenido de justicia material, sólo puede ser relativo, en el sentido que veremos a continuación; y b) este *deber ser* ha de tener necesariamente un carácter hipotético. Antes señalé que todo sistema de derecho positivo cuenta con una primera norma positiva, llámese la primera constitución histórica, cuya validez ya

¹⁰⁹ IDN, 27-28; NLLP, 394-395.

¹¹⁰ IDN, 28; NLLP, 397.

¹¹¹ En § II. 1.4. explicaré en qué consiste el principio dinámico propio del derecho positivo y en qué se diferencia del principio estático que caracteriza a la moral y a los sistemas de derecho natural.

no descansa sobre ninguna otra norma positiva. Esa validez tampoco puede depender del mero hecho de haber sido establecida: la irreductibilidad de las categorías del *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*) no permite fundamentar la validez de las normas en un hecho. Para Kelsen, el fundamento de un *deber ser* sólo puede ser otro *deber ser* de rango superior. No queda otra salida, por tanto, que la de admitir la validez de la primera norma positiva, de forma que la validez de todo el orden jurídico descansa, en último término, sobre una norma básica que opera como hipótesis fundamental del conocimiento jurídico.¹¹² Lo que distingue a esta norma básica o *Grundnorm* de las normas de derecho positivo es que, a diferencia de estas, no es una norma “puesta”, sino “presupuesta” por la ciencia del derecho.¹¹³

La exposición de Kelsen concluye refiriéndose al intento constante de la teoría del derecho natural de pasar de una justificación hipotética y relativa del derecho positivo a una justificación absoluta. De llegar a producirse, ello significaría el abandono de la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, y una intromisión de la metafísica en el terreno científico.¹¹⁴ En este sentido, y para evitar que esto ocurra, el positivismo jurídico debe permanecer vigilante.

B) En *Justice et Droit Naturel*, obra que preside la etapa final de Kelsen, la cuestión de la diferente validez del derecho natural y el derecho positivo se articula sobre la distinción de dos tipos de teorías del derecho: las “teorías idealistas” y las “teorías realistas”, que se relacionan, a su vez, con la oposición que existe entre justicia absoluta y justicia relativa.¹¹⁵

Las “teorías idealistas” se caracterizan porque mantienen una estrecha relación entre el derecho y la justicia. Para estas teorías, una

¹¹² Véase IDN, 27; NLLP, 395.

¹¹³ TPD2, 139; TPD3, 202.

¹¹⁴ IDN, 28; NLLP, 396.

¹¹⁵ JDN, 99. Kelsen señala que la oposición ente justicia absoluta y justicia relativa se relaciona con otra oposición más general que se produce en filosofía, y que distingue un absolutismo filosófico (metafísico), como punto de vista que admite una realidad absoluta e independiente del conocimiento humano, y un relativismo filosófico (epistemológico), como doctrina empirista que afirma que para nosotros la realidad existe sólo dentro de los límites del conocimiento, quedando lo absoluto, esto es, la “cosa en sí”, relegado al ámbito de lo incognoscible. Véase IDN, 28; y en especial KELSEN, H., “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, *op. cit.*, pp. 198-199.

norma positiva es justa si su contenido se corresponde con una norma de justicia que posee un valor absoluto.¹¹⁶ Que la norma de justicia tenga valor absoluto impide además que se pueda admitir ninguna otra norma.¹¹⁷ Ahora bien, admitir la existencia de una norma de este tipo sólo es posible, a su vez, bajo la presuposición de que emana de una autoridad trascendente que encarna el valor absoluto.¹¹⁸ Por este camino se llega a un dualismo religioso-metafísico que Kelsen detecta en la base de toda teoría idealista del derecho y de toda interpretación metafísica de la naturaleza:

“Se llega así, por tanto, a un dualismo característico: por una parte, un orden ideal trascendente no creado por los hombres y superior a cualquier otro; por otra, un orden real creado por los hombres, es decir, positivo. Éste es el dualismo típico de toda metafísica, esfera empírica y esfera trascendente, cuya formulación clásica es la teoría de las ideas de Platón, y que constituye el fundamento de la teología cristiana en cuanto al dualismo de este mundo y del más allá, es decir, del hombre y de Dios”.¹¹⁹

Este dualismo se manifiesta en la distinción entre un derecho real, esto es, el derecho positivo, y un derecho ideal que es inmutable y justo.¹²⁰ Kelsen incluye a la teoría del derecho natural dentro del grupo de las teorías idealistas, lo cual la convierte en una teoría dualista, que admite junto al derecho positivo real un derecho ideal, natural e inmutable, que se identifica con la justicia. Lo que distingue a la doctrina del derecho natural de otras teorías idealistas es que el derecho ideal y justo se obtiene a partir de la naturaleza,¹²¹ ya se trate de la naturaleza en general o, más comúnmente, de la naturaleza humana.

Kelsen se refiere también a las “teorías realistas”, que a diferencia de las anteriores son monistas, es decir, reconocen la existencia de un único derecho, el derecho positivo, cuya validez se separa claramente de la justicia. Entre las teorías realistas se encuentra la teoría positivista del derecho, que es una teoría científica que rechaza todo

¹¹⁶ JDN, 98.

¹¹⁷ JDN, 99.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ JDN, 100.

¹²⁰ JDN, 102.

¹²¹ JDN, 102-103; véase también DNPJ, 121-122.

valor de justicia trascendente. Esto no significa que se niegue la existencia de la justicia, sino que tan sólo se constata que existen múltiples normas de justicia, muchas de las cuales son contradictorias entre sí. Así lo señala Kelsen:

“Una teoría positivista del derecho, y con ello quiere decirse realista, no pretende negar la existencia de la justicia [...], sino únicamente afirmar que de hecho se presuponen un gran número de normas de justicia diferentes y contradictorias. [...] Lo que sostiene esta teoría es que *esos criterios de valoración no poseen sino un carácter relativo* y que, en consecuencia, los actos creadores del ordenamiento jurídico positivo pueden venir legitimados como justos si se les valora con un determinado criterio y, al mismo tiempo, como injustos si el criterio de valoración elegido es otro”.¹²²

Parece claro, pues, que el fundamento último de la validez del derecho positivo no puede recaer sobre una norma de justicia. Eso sólo sería posible si esa norma tuviera un valor absoluto,¹²³ lo cual es inadmisibles desde el punto de vista científico-racional.¹²⁴ ¿Cuál es, entonces, la fuente de validez del derecho positivo? La respuesta de Kelsen es la misma que da treinta años antes y que se reitera a lo largo de toda su producción: se trata, en último término, de la norma fundamental hipotética:

“Para una teoría positivista del derecho, el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico positivo no reside en una de las numerosas normas de justicia existentes, dado que no cabe conceder primacía a una de ellas sobre las demás; el fundamento reside, por el contrario, en una norma hipotética fundamental, es decir, supuesta en el pensamiento jurídico, según la cual hay que comportarse y tratar a los hombres en conformidad con una Constitución primitiva que posee una cierta eficacia, sin inquietarse por saber si el ordenamiento jurídico construido de acuerdo con esta Constitución es o no conforme a una norma cualquiera de justicia. Sólo esa norma fundamental, y no ninguna otra norma de justicia, tiene relevancia en la cuestión de la validez del derecho positivo”.¹²⁵

¹²² JDN, 101. *Cursivas mías*.

¹²³ JDN, 100.

¹²⁴ JDN, 160; véase también QJ, 37-38.

¹²⁵ JDN, 102.

De este modo, se da la paradoja de que la validez de la primera norma positiva del sistema, la llamada “constitución histórica”, se fundamenta sobre una norma que ya no es positiva. Por esta razón, Kelsen se ha visto obligado a salir al paso de quienes han acusado a la teoría pura del derecho de ser una teoría del derecho natural encubierta.¹²⁶ Es cierto que Kelsen reconoce que la norma hipotética fundamental no es una norma jurídica positiva, pero más allá de esto todo parecido entre la teoría pura del derecho y la teoría del derecho natural es pura apariencia. En efecto, la norma fundamental no es una norma de justicia, sino más bien una presuposición normativa o, como dice Kelsen, la condición lógico-trascendental —en el sentido de Kant— necesaria para que el orden jurídico positivo sea considerado válido.¹²⁷

D. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos: el derecho natural como sistema estático frente al derecho positivo

Para Kelsen, la validez de las normas de derecho natural depende de la justicia de su contenido y es una validez en sentido material. Por el contrario, la validez del derecho positivo es una validez formal, que depende del hecho de que sus normas hayan sido creadas de una manera determinada y validadas, en última instancia, por una norma fundamental. Esta norma es una hipótesis básica que no ha sido creada siguiendo un procedimiento, sino que ella misma fundamenta el procedimiento de creación de normas que parte de la primera norma

¹²⁶ JDN, 161. Alf Ross es uno de los autores que acusa a Kelsen de mantener posiciones próximas al iusnaturalismo. Desde una posición empirista, este autor critica el concepto kelseniano de validez, al que considera una idea apriorística irreductible a términos empíricos. Ross considera que Kelsen es, en realidad, un “cuasi positivista”, porque, según él, defendía una idea de validez que implicaba un *deber ser* objetivo, lo cual sólo era posible derivando ese *deber ser* a partir de ciertos principios morales apriorísticos. Kelsen responde a esas críticas afirmando, frente al objetivismo moral del que Ross le acusa, que las normas positivas poseen una validez relativa y meramente formal, que descansa sobre una norma fundamental y no sobre un principio apriorístico de naturaleza moral. Véase ROSS, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *cit.*, pp. 21 y ss. Véase la respuesta de Kelsen en “Una teoría ‘realista’ y la Teoría pura del derecho” *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, trad. de Eduardo A. Vásquez, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 40 y ss.

¹²⁷ JDN, 163; véase también TPD3, 209.

positiva (la constitución histórica), y que se ramifica en una sucesión de delegaciones de autoridad que tiene lugar dentro del sistema.¹²⁸

Ahora bien, que el derecho natural posea una validez incondicionada y categórica en virtud de su contenido no significa que no cuente, al igual que el derecho positivo, con una norma fundamental. Como ha señalado Kelsen, el mandato en virtud del cual los hombres tienen el deber de comportarse de una manera determinada no se puede sostener como un simple hecho natural, pues una vez admitida la separación categorial entre la esfera del *ser* y la del *deber ser*, resulta claro que sobre un hecho no se puede fundamentar la validez de ninguna norma.¹²⁹ El fundamento de las normas del derecho natural ha de basarse, a su vez, en una presuposición: la de que los hombres deben obedecer los mandatos de la naturaleza. Esta es la norma básica del derecho natural:

“Incluso si se acepta que las normas que regulan el comportamiento humano se pueden deducir de la naturaleza, se plantea por qué deben los hombres obedecer estas normas. La doctrina del derecho natural no tiene respuesta a esta pregunta, ya que presupone simplemente, quizá porque le parece autoevidente, que los hombres deben obedecer los mandatos de la naturaleza. Ésta es la hipótesis fundamental, la norma básica y la razón de la validez del derecho para la doctrina iusnaturalista”.¹³⁰

No es, pues, la existencia de una norma fundamental lo que diferencia al derecho natural del derecho positivo, sino más bien el que esa norma tenga un contenido material o puramente formal. De ello derivan dos principios de validez distintos y, en consecuencia, dos tipos de sistemas normativos, que se distinguen en función de la fuente de su validez. Kelsen los denomina “sistemas estáticos” y “sistemas dinámicos”.¹³¹ Comenzaré por los primeros.

¹²⁸ TPD2, 137.

¹²⁹ DNPJ, 134.

¹³⁰ KELSEN, H., “Why should the Law be obeyed?”, *op. cit.*, p. 258.

¹³¹ No debe sorprender que la distinción de Kelsen entre sistemas estáticos y dinámicos surja al hilo de su exposición de los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y de la crítica a los mismos. De hecho, la primera noticia que tenemos de dicha distinción es precisamente en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928). Véase NLLP, 399 y ss.

Un sistema estático, como el derecho natural, consiste en un conjunto de normas cuya validez depende de su contenido. Este sistema admite una primera norma, la norma fundamental, bajo cuyo contenido se subsumen todas las demás, de modo similar a como lo particular se subsume bajo lo universal.¹³² De esta manera, todas las normas que pertenecen al sistema se contienen ya en la norma fundamental, y se deducen a partir de ella mediante una simple operación lógica en la que no interviene la voluntad humana.¹³³ En esto consiste el "principio estático", que determina, además de la validez de las normas, el contenido de las mismas, que se infiere lógicamente a partir de la norma fundamental.¹³⁴

El problema de los sistemas estáticos es que la norma fundamental sólo es reconocida como tal cuando su contenido se admite como evidente. Ahora bien, independientemente de lo que pueda ocurrir en otros sistemas estáticos, en el caso del derecho natural esta norma resulta menos evidente¹³⁵, dado que se basa en una ficción en virtud de la cual se reconoce capacidad normativa, y por consiguiente voluntad, a la naturaleza o a la razón. En el primer caso, ello significaría incurrir en la falacia lógica de inferir el *deber ser* a partir del *ser*. En el segundo, supondría reconocer que la razón posee ciertas atribuciones que son competencia de la voluntad, pero esto no es admisible desde el punto de vista del voluntarismo kelseniano.¹³⁶ Finalmente, otra posibilidad sería subordinar las normas de derecho natural a la voluntad de una autoridad trascendente, pero en ese caso la doctrina iusnaturalista revestiría un carácter religioso o teológico inaceptable desde una perspectiva científica.

Para el positivismo kelseniano, que consiste en una teoría del derecho científica y "realista", el único derecho real y posible es el derecho positivo, cuya validez descansa en un "principio dinámico".

¹³² TPD3, 203. "Así, por ejemplo, las normas "no se debe mentir", "no se debe engañar", "se debe mantener la palabra empeñada", "no se debe prestar falso testimonio", pueden ser derivadas de la norma que ordena decir la verdad".

¹³³ NLLP, 400; TPD3, 203.

¹³⁴ TPD3, 203.

¹³⁵ TPD2, 137; TPD3, 203; DNPI, 134. Quisiera seguir manteniendo en mi exposición la separación entre los dos aspectos de la caracterización y la crítica de Kelsen al derecho natural. Su crítica será expuesta con detalle en el § III.

¹³⁶ Véase *supra* § II. 1.1 (nota 9).

Para Kelsen, todo sistema dinámico se caracteriza porque posee una norma fundamental que confiere a una autoridad el poder para dictar normas. Lo que diferencia a esta norma de la norma fundamental de los sistemas estáticos es que se limita a establecer el procedimiento de creación de las normas, sin imponer un contenido material. Esas normas poseen validez en la medida en que se insertan en una cadena de delegaciones de autoridad, cuyo origen se localiza en la norma fundamental.¹³⁷ Para Kelsen, todo orden jurídico constituye un sistema de estas características: se admite una norma fundamental con el objeto de determinar la validez de las normas positivas sin referencia a su contenido, que viene establecido, en cada caso, por la autoridad que tiene atribuida la potestad creadora de normas.¹³⁸

En resumen, mientras que el derecho natural es un sistema estático, que arranca de una norma fundamental material que prescribe realizar lo que ordena la naturaleza porque se considera lo justo, el derecho positivo es un sistema dinámico, cuya norma fundamental contiene la prescripción formal de que se debe obedecer las normas decretadas por la autoridad jurídica positiva. Es esa autoridad, y no la norma fundamental, la que dota de contenido a las normas. Sin embargo, para Kelsen ninguno de estos dos sistemas es un sistema puro.

En primer lugar, la teoría iusnaturalista ha tratado siempre de sustituir en el orden de derecho natural el principio estático por el principio dinámico, introduciendo el principio de validez propio del derecho positivo.¹³⁹ Esto se ha conseguido siguiendo diversos procedimientos, como otorgar a una autoridad la potestad de aplicar en los casos

¹³⁷ TPD3, 204. A la hora de caracterizar los sistemas dinámicos Kelsen se sirve del siguiente ejemplo: "Un padre ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: ¿por qué debo ir a la escuela?, la respuesta podría ser: porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre. Si el niño continuara preguntando: ¿Por qué he de obedecer las órdenes del padre? La respuesta podría ser: porque Dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que Dios manda. Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de Dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, es decir, que no se puede buscar el fundamento de su validez, pudiendo solamente presuponerla. El contenido de la norma que constituyó el punto de partida: el niño debe ir a la escuela, no puede ser derivado de esa norma fundante".

¹³⁸ TPD2, 137; TPD3, 204.

¹³⁹ NLLP, 400.

concretos las normas de derecho natural, o asignándole la función de determinar qué es lo que exige el derecho natural en circunstancias cambiantes (como hace la teoría del derecho natural variable).¹⁴⁰ Ambos procedimientos revelan que el derecho natural no se mantiene en su forma "pura", al margen de la positividad. El derecho natural ha de ser individualizado y aplicado, y por esta vía, imperceptiblemente pero de forma progresiva, va convirtiéndose en derecho positivo.¹⁴¹

Pero el derecho positivo tampoco representa a la perfección el ideal de un sistema dinámico. Por una parte, la validez de las normas positivas descansa en último término sobre una norma fundamental hipotética cuya naturaleza no es positiva. En ese sentido, la norma fundamental de Kelsen, que dota de validez a las normas positivas sin participar ella misma de esa positividad, supone un límite a la dinamicidad del sistema.¹⁴² Por otra parte, la constitución y las leyes pueden imponer, a su vez, límites de contenido que han de ser tenidos en cuenta por las autoridades normativas en el proceso de creación del derecho, con lo cual el contenido termina siendo relevante para la validez de las normas. Según Kelsen, es de esta manera como el principio estático gana acceso al sistema de derecho positivo.¹⁴³

E. La relación entre el derecho natural y el derecho positivo: el significado político de la doctrina iusnaturalista

Hemos señalado que tanto el derecho natural como el derecho positivo son dos órdenes normativos cuyo objeto es coincidente: los dos ofrecen una regulación de la conducta humana. Que el origen del derecho positivo se sitúe en ciertos actos de voluntad humanos no quiere decir que pueda ser reducido a un simple conjunto de hechos. Por el contrario, el derecho positivo conserva intacto su carácter normativo.¹⁴⁴ Para Kelsen, esto también ha sido reconocido por los au-

¹⁴⁰ En el § III profundizaré en la crítica de Kelsen a esa forma de proceder de la teoría iusnaturalista.

¹⁴¹ NLLP, 400.

¹⁴² NLLP, 401.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ NLLP, 414.

tores iusnaturalistas, que admiten la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural sin que la coexistencia de ambos órdenes se considere redundante o superficial.¹⁴⁵ El derecho natural y el derecho positivo aparecen así como dos órdenes de conducta que poseen validez simultánea, incidiendo al mismo tiempo en la conducta humana.¹⁴⁶ Evidentemente, esta circunstancia puede dar lugar a que se produzcan conflictos entre ambos; puede ocurrir que una norma de derecho natural prescriba realizar la conducta *A* y una norma de derecho positivo ordene realizar *no-A*. Para Kelsen, que una norma sea de naturaleza moral y que la otra sea una norma jurídico-positiva no excluye que pueda darse un conflicto.¹⁴⁷ Pero como se trata de dos normas pertenecientes a dos sistemas distintos, podríamos en principio pensar que no se trata tanto de un conflicto lógico como teleológico, es decir, un conflicto que tiene que ver con el fin que persigue cada norma. En ese caso, estamos ante la situación que Kelsen denomina "colisión de deberes", que se produce cuando un individuo se siente al mismo tiempo bajo el influjo psicológico de dos ideas que operan en direcciones contrapuestas,¹⁴⁸ sin que se pueda hablar con propiedad de una verdadera contradicción entre normas.

¹⁴⁵ NLLP, 415. Kelsen cita como ejemplo la obra de Philip Melanchton *Ethicae Doctrinae Elementorum Libri Duo* (1560), en la que el autor responde del modo siguiente a la pregunta de si las leyes escritas son necesarias: "Mucha gente ignorante declara sin inmutarse que no hay necesidad de leyes escritas y que los casos deberían decidirse según el juicio natural de los que gobiernan. Pero debemos saber que hay que rechazar esta opinión bárbara, y que se debe enseñar a la gente que son preferibles las leyes escritas, que deberían ser obedecidas con amor y respeto". Véase TS, 385 (nota 11). Por otra parte, es bien sabido que Santo Tomás de Aquino, por mencionar un caso entre otros muchos, desarrolla toda una argumentación para justificar explícitamente la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 91, a. 3 y c. 95, a. 1.

¹⁴⁶ NLLP, 407.

¹⁴⁷ NLLP, 409.

¹⁴⁸ NLLP, 408. Una de las características de la teoría del derecho de Kelsen es su rechazo a múltiples formas de dualismo que han venido aquejando al pensamiento jurídico. Niega el dualismo entre derecho natural y derecho positivo, pero también entre derecho nacional y derecho internacional. Por eso, una "colisión de deberes" no puede ser en rigor una contradicción lógica entre dos enunciados normativos, sino un hecho psicológico de que un individuo se siente sometido a dos deberes en conflicto derivados de dos sistemas de normas diferentes. Kelsen pone el ejemplo de la idea de una norma de derecho positivo que obliga a un individuo a prestar el servicio militar, y la idea de una norma moral que le obliga a rehusar prestar ese servicio. Ese individuo se siente impulsado en dos direcciones contrarias, pero esto no significa que exista una verdadera contradicción entre normas. Véase GTLS, 375.

Esta concepción no es compartida por las teorías iusnaturalistas, que al reconocer la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural tienden a eliminar en la práctica toda posibilidad de conflicto entre ambos.¹⁴⁹ La forma de conseguirlo es coordinando estos órdenes como si fueran dos elementos pertenecientes a un mismo sistema. No obstante, para Kelsen todo intento de establecer una relación entre derecho natural y derecho positivo en términos de validez simultánea conduce necesariamente a la subordinación de uno bajo el otro, esto es, a reconocer al derecho positivo como un delegado del derecho natural o al contrario. Ahora sólo me interesa explorar la primera posibilidad, la que convierte al derecho positivo en un delegado del derecho natural, pues constituye el paso decisivo en el proceso que conduce a la “desnaturalización” del derecho natural, y que culmina con la conversión de la teoría iusnaturalista en una doctrina ideológica con un claro significado político.

Lo primero que habría que señalar es que la crítica de Kelsen no tiene que ver con que la doctrina iusnaturalista defienda una concepción “pura” del derecho natural, en la que éste aparece como un orden ajeno a la positividad. Desde Aristóteles y los estoicos en adelante las teorías iusnaturalistas siempre han reconocido la necesidad del derecho positivo. La crítica de Kelsen tiene que ver más bien con el hecho de que la delegación del derecho natural en el derecho positivo acarrea necesariamente la disolución del primero, lo cual se produce una vez el derecho natural abandona el principio determinante de su validez (el principio estático) para asumir el principio dinámico característico del derecho positivo. Kelsen explica además en qué consiste el procedimiento de delegación: se deduce a partir de la naturaleza la norma de derecho natural que ordena obedecer el derecho positivo, y ello a pesar de que la razón última de la validez de ambos órdenes es radicalmente distinta. El resultado de esta delegación es que el derecho natural, ya sea consciente o inconscientemente, autoriza al derecho positivo a reemplazarlo.¹⁵⁰ El derecho natural se diluye y el derecho positivo adquiere todo el protagonismo, produciéndose así el efecto de la “desnaturalización” del derecho natu-

ral,¹⁵¹ cuya idea “pura” es abandonada y sustituida por la idea del derecho positivo.¹⁵²

Una vez se produce la “desnaturalización” del derecho natural y una vez el derecho positivo gana preponderancia, la teoría del derecho natural da los pasos necesarios para convertirse en una doctrina ideológica, cuya función es, principalmente, ofrecer una justificación del derecho positivo. La manera de lograrlo es haciendo que todo eventual conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo aparezca como imposible o, cuando menos, como altamente improbable.¹⁵³ Para ello, la teoría iusnaturalista utiliza diversos procedimientos, siendo uno de los más recurrentes el que consiste en investigar únicamente las instituciones más importantes del derecho positivo, tratando de mostrar su corrección a la luz del derecho natural.¹⁵⁴ Hay otros procedimientos,¹⁵⁵ aunque todos ellos conducen al fortalecimiento del derecho positivo, que se produce a costa del sacrificio del derecho natural.

¹⁵¹ *Idem.* Véase también TS, 150. En la medida en que toda doctrina iusnaturalista acaba renunciando a la idea “pura” del derecho natural, se da la paradoja de que todo derecho natural se encuentra ya “desnaturalizado”.

¹⁵² Kelsen simplifica en exceso: ni la delegación del derecho natural en el derecho positivo tiene que producirse en la forma de un “cheque en blanco”, ni el derecho natural tiene por qué disolverse necesariamente una vez se produce la delegación. Tomás de Aquino, por ejemplo, distingue dos métodos de “derivación” de normas positivas a partir de la ley natural: el primero consiste en obtener normas mediante *conclusio*, es decir, mediante un silogismo en el que las premisas son los principios de la ley natural, de modo similar a como se infieren las conclusiones demostrativas de las ciencias a partir de sus principios. El segundo procedimiento es la *determinatio*, que también es empleado en las artes “donde las formas comunes reciben una determinación al ser aplicadas a realizaciones especiales”. Santo Tomás pone ejemplos: el precepto “no matarás” es derivado mediante *conclusio* del que ordena “no hacer mal a nadie”. Otras normas se derivan por *determinatio*: la ley natural establece que el que peca debe ser castigado, pero que se le aplique ésta o aquella pena es una determinación que el legislador positivo añade a la ley natural. Las leyes humanas positivas pueden originarse por ambas vías, pero las que siguen el primer procedimiento “no pertenecen a la ley humana únicamente como leyes positivas, sino que en parte mantienen fuerza de ley natural”. Las del segundo, en cambio, “no tienen más fuerza que la de la ley humana”, pese a lo cual no se otorga ningún cheque en blanco al legislador, puesto que la ley positiva ha de ser coherente con la ley natural, o de lo contrario, como dice Santo Tomás, “si en algo está en desacuerdo con la ley natural ya no es ley, sino corrupción de la ley.” Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 95, a. 2. Citamos por la edición de la B.A.C., Madrid, 1989.

¹⁵³ NLLP, 416; véase también JDN, 152; DNPJ, 136.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ Véase *infra*, § II. 2.2.

¹⁴⁹ NLLP, 410.

¹⁵⁰ NLLP, 413.

Concluyendo: la delegación del derecho natural en el derecho positivo, lejos de significar una subordinación del segundo al primero, logra alcanzar en realidad el efecto contrario: la subordinación del derecho natural al derecho positivo. De esta manera, queda patente el significado marcadamente político de la teoría iusnaturalista, cuyo verdadero sentido es ofrecer una justificación del derecho positivo. A ello contribuyen de forma decisiva los procedimientos que he señalado, que conducen inexorablemente a la desaparición del derecho natural, cuyo contenido, o bien es asimilado por el derecho positivo, o bien se reduce a un conjunto de formas vacías como “las cosas iguales han de recibir igual tratamiento”.¹⁵⁶ Para Kelsen, al final sólo quedan el derecho positivo y la norma delegante obtenida a partir de la naturaleza,¹⁵⁷ cuya función es justificar al derecho positivo en razón de su contenido. Se crea así la apariencia de que la validez del derecho positivo se basa en el principio estático, y ello a pesar de la evidencia de que dicho orden constituye, en realidad, un sistema dinámico.

2. El derecho natural como ideología

Hasta el momento me he limitado a describir el proceso que sigue la teoría del derecho natural para convertirse en una doctrina ideológica. Ahora trataré de aclarar qué función ha cumplido históricamente esta teoría en tanto doctrina ideológica del derecho. Para Kelsen, ante todo, la teoría iusnaturalista ha tratado de justificar el derecho positivo, mostrándose, por tanto, como una teoría conservadora.¹⁵⁸ No obstante, reconoce que si bien la teoría del derecho natural ha cumplido una función predominantemente conservadora, también es cierto que en algún momento —en Norteamérica y Francia a finales del siglo XVIII— se manifestó como una doctrina revolucionaria, sometiendo a crítica el orden social y jurídico-político existente.¹⁵⁹

Ahora bien, ¿qué es lo que determina que la teoría del derecho natural cumpla una función conservadora o revolucionaria? Esta teoría se basa en un dualismo fundamental entre el derecho natural y el

¹⁵⁶ NLLP, 416.

¹⁵⁷ NLLP, 413.

¹⁵⁸ Véase NLLP, 418.

¹⁵⁹ JDN, 150.

derecho positivo que, para Kelsen, constituye un caso especial de otro dualismo más general de carácter metafísico, que distingue una esfera fenoménica o de la experiencia sensible y una esfera nouménica o de las cosas “en sí mismas”, en cuya virtud se admite que las cosas de este mundo son sólo una copia imperfecta de su verdadero ser trascendente.¹⁶⁰ Para Kelsen, este dualismo religioso-metafísico, que tiene su raíz en la filosofía de Platón, se manifiesta en toda interpretación metafísica o teológica del mundo.

La función del dualismo religioso-metafísico no es tanto la de explicar la realidad como la de aceptarla o rechazarla en función de si se muestra con respecto a ella un talante optimista o pesimista. En el primer caso se valora positivamente el presente, por lo que habrá un interés en justificar el orden social; la teoría del derecho natural cumple así una función conservadora del *statu quo*. Pero la realidad y el orden social también pueden ser contemplados con pesimismo, lo que provoca que dicho orden sea criticado y que haya un interés en derribarlo; en ese caso, el talante es revolucionario. Finalmente, otra posibilidad es mantener una postura oscilante entre ambos extremos, optando por el compromiso entre los mismos.

Antes de seguir me gustaría adelantar que, en mi opinión, esta visión de Kelsen es demasiado simplista y, a primera vista, errónea: no tiene sentido asociar optimismo y conservadurismo por un lado y pesimismo y revolución por otro, especialmente cuando en la práctica suele ser al revés. El pesimista tiende a resignarse a la realidad y rehúsa tratar de modificarla; su actitud es, a menudo, derrotista. El optimista, por el contrario, posee una fe mayor en el mundo, lo que justifica su tendencia a favorecer la evolución y el progreso. Aunque volveré sobre ello más adelante,¹⁶¹ sí quisiera señalar, de momento, el fuerte contraste que presenta en este punto la teoría pura del derecho frente a la teoría iusnaturalista.

Prácticamente desde el inicio de su producción, Kelsen señala como un principio metodológico fundamental de su teoría la eliminación por la ciencia jurídica de todos los elementos extraños al derecho, ya se trate de elementos sociológicos o de tomas de posición ético-polí-

¹⁶⁰ NLLP, 419 y ss. Véase también GTLS, 12; MIJ, 396.

¹⁶¹ Véase *infra*, § II. 2.1.1.

ticas.¹⁶² El fin es alcanzar el ideal de precisión y objetividad al que aspira toda verdadera ciencia. En la medida en que la teoría pura del derecho trata de limitarse a ofrecer una exposición del derecho positivo, es una teoría jurídica radicalmente realista, que como tal se abstiene de formular juicios de valor a propósito del derecho y de favorecer intereses políticos de ningún tipo. Para Kelsen, la ciencia se compromete con el conocimiento de la verdad, tratando de lograr la mayor objetividad posible. Las ideologías, por el contrario, dependen de la voluntad, y anteponen a la honestidad que preside toda actividad científica el anhelo de satisfacer ciertos intereses singulares:

“Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene una tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad”.¹⁶³

En lo que sigue profundizaré en el estudio de la concepción kelseniana de la teoría del derecho natural como ideología, centrándome en los aspectos principales que ya han sido señalados: en primer lugar, la dualidad del derecho natural y el derecho positivo como supuesto especial del dualismo religioso-metafísico entre la realidad empírica, a la que pertenece el derecho positivo, y la realidad “en sí” en la que cabría situar la idea del derecho natural. En segundo lugar, volveré sobre el tema de las distintas funciones que ha desempeñado la teoría iusnaturalista, exponiendo los procedimientos utilizados por las teorías conservadoras del derecho natural —que aparecen como predominantes— en su aspiración de justificar el orden jurídico positivo.

¹⁶² PCTJE, XXXIX.

¹⁶³ TPD2, 64.

A. El dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo como un caso especial de dualismo religioso-metafísico

He señalado ya que para Kelsen el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo es un supuesto especial de otro dualismo más general de carácter religioso o metafísico, que se establece entre la esfera empírica o de la realidad sensible y la esfera trascendente o de las cosas “en sí mismas”. Un apretado análisis de este dualismo, que ha servido de fundamento a la doctrina iusnaturalista y ha presidido toda la especulación filosófica desde Platón hasta Kant, ocupa un lugar de gran importancia en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*.

Kelsen parte de que la razón última del dualismo religioso-metafísico es la insatisfacción del hombre con respecto a lo que le aportan sus sentidos: si los sentidos humanos fueran capaces de aprehenderlo todo no sería necesario distinguir entre realidad e idea.¹⁶⁴ Pero como esto no sucede, la insatisfacción generada conduce al hombre a duplicar el objeto de lo cognoscible buscando una explicación, distinguiendo una esfera empírica y una esfera trascendente y abrazando lo que Kelsen denomina “teoría de la imagen” (*Abbildtheorie*).¹⁶⁵

De acuerdo con la *teoría de la imagen*, el conocimiento humano se limita a facilitar tan sólo un reflejo imperfecto de las cosas “en sí mismas”, asumiendo así un papel meramente pasivo. Es la desconfianza en sus propios sentidos lo que conduce al hombre a infravalorar todo cuanto le rodea, creyendo que el mundo empírico no es más que un reflejo del mundo perfecto y verdadero que se sitúa más allá de la experiencia.¹⁶⁶ Para Kelsen, sin embargo, la *teoría de la imagen* encierra una doble contradicción: por un lado, afirma que nuestro conocimiento refleja un mundo que es inaccesible al conocimiento;

¹⁶⁴ GTLS, 13; MIJ, 396.

¹⁶⁵ NLLP, 419. La *teoría de la imagen*, que caracteriza a muy distintas teorías filosóficas, y entre ellas a las teorías iusnaturalistas, tiene su origen en el pensamiento de Platón, a quien Kelsen otorgó gran protagonismo en algunos de sus artículos, como en “Die platonische Gerechtigkeit”, *Kant-Studien*, 38, 1933, pp. 91-117; existe traducción castellana: “La justicia platónica”, *La idea de derecho natural y otros ensayos*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 113-144.

¹⁶⁶ *Idem*.

por otro, un ser humano que infravalora sus capacidades es capaz de conocer todo un mundo trascendente con el objeto de explicar la realidad.¹⁶⁷

Todo esto, que vale para la filosofía de la naturaleza, también se aplica en el terreno de los valores. El iusnaturalismo es la prueba, pues ve al derecho positivo como una copia imperfecta del derecho "en sí mismo", que no es otro que el derecho natural, pese a lo cual el derecho positivo se sigue admitiendo como necesario. El mismo dualismo está presente, por tanto, en la esfera de la naturaleza y en la esfera de los valores, aunque la función que desempeña en ambos casos es distinta: cuando se aplica a la naturaleza, el dualismo religioso-metafísico trata de explicar lo dado; cuando se aplica al valor, por el contrario, pretende justificar lo dado.¹⁶⁸

a. Variantes del dualismo religioso-metafísico

Según Kelsen, el dualismo religioso-metafísico que se establece entre lo sensible y las ideas ha mostrado históricamente diversas variantes, lo que le ha impedido manifestarse siempre con el mismo grado de intensidad. Entre los primitivos, por ejemplo, ese dualismo no puede afirmarse con propiedad, sino a lo sumo de forma embrionaria.¹⁶⁹ La desconfianza del hombre primitivo en sus capacidades le lleva a interpretar todo cuanto acontece en la naturaleza y en la sociedad como obra de los dioses. No se cree aún en un derecho natural situado sobre el derecho positivo, sino que se tiene el convencimiento de que absolutamente todo, y también el derecho positivo, es obra divina. Por esta razón, la teoría jurídica del hombre primitivo no puede ser considerada aún una teoría dualista, dada su incapacidad para imaginar una esfera sobrenatural diferenciada y separada de la esfera natural. Para Kelsen, lo que determina que el hombre primitivo obedezca las leyes es el miedo a un castigo trascendente que impone una divinidad que se expresa a través del líder tribal.¹⁷⁰ Naturaleza y sociedad se interpretan aún en términos de retribución.

¹⁶⁷ NLLP, 420.

¹⁶⁸ NLLP, 421.

¹⁶⁹ NLLP, 422.

¹⁷⁰ NLLP, 423.

Ya en una etapa posterior tiene lugar la duplicación de la naturaleza y el valor. El derecho positivo se reconoce como un producto humano, que refleja un orden divino e inmutable de justicia absoluta.¹⁷¹ La concepción primitiva de la naturaleza divina del derecho se desarrolla y da lugar al dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo. Pero pronto la mente humana comienza a mostrarse incapaz de soportar el contraste radical entre el "aquí y ahora" y el "más allá", entre humanidad y deidad, y, en definitiva, entre derecho y justicia, y comienza a elaborar de manera diversa dicho contraste, dando lugar a tres formas diferentes de interpretar el dualismo, que tienen consecuencias desde el punto de vista del *pathos* humano. Si se pone el énfasis en el "más allá" o en la esfera trascendente, estamos ante lo que Kelsen llama "dualismo pesimista". Si, por el contrario, se pone el énfasis en el mundo de la experiencia, estamos ante un "dualismo optimista". Por último, queda la posibilidad de establecer un compromiso entre estas vías; el resultado, en ese caso, en un equilibrio que oscila entre ambos extremos.¹⁷² Comprobaremos cómo la distinción de estas tres posibles interpretaciones del dualismo religioso-metafísico lleva a Kelsen a incurrir en importantes simplificaciones. No obstante, el contraste entre el dualismo pesimista y el dualismo optimista no debe ser tomado en términos absolutos, puesto que, como advierte Kelsen, ningún ser humano puede ser ni completamente pesimista ni completamente optimista.¹⁷³

A) El dualismo pesimista se caracteriza por negar la realidad del mundo de la experiencia: la verdadera realidad se encuentra en el "más allá", y sólo puede ser alcanzada, si acaso, tras la muerte. Es por este motivo que se niega todo valor al mundo sensible. No debe sorprender que la psicología propia de esta manifestación del dualismo se caracterice por un pesimismo respecto del presente, anhelan-

¹⁷¹ NLLP, 424.

¹⁷² NLLP, 424-425. Kelsen no siempre distingue tres formas de manifestarse el dualismo religioso-metafísico. En otras obras en las que este tema es tratado sólo de manera circunstancial, se refiere únicamente a un dualismo optimista o conservador y a un dualismo pesimista o revolucionario, sin mencionar la posibilidad de una vía intermedia. Véase GTLS, 12; MIJ, 396; TPD1, 40; TPD2, 61.

¹⁷³ NLLP, 426.

do un futuro radicalmente distinto. Su carácter es, por tanto, claramente revolucionario.¹⁷⁴

Pero el dualismo pesimista se caracteriza, además, porque mantiene un peculiar compromiso con el pasado: al carecer el mundo sensible de valor, hay una conciencia de que el bien no puede ser hallado en el presente, por lo que se busca en un pasado inmemorial, en una edad dorada de la humanidad en la que estuvo vigente un orden social justo y de carácter anárquico, en el sentido de que no existen el derecho positivo y el Estado. El único verdadero derecho es el derecho natural, que los hombres obedecen voluntariamente,¹⁷⁵ y el único verdadero Estado es la “comunidad de los justos”, que sólo puede existir en el más allá. El resultado es una afirmación del anarquismo y de la creencia de que el Estado como poder terrenal no es sustancialmente diferente de una banda de ladrones.

Con unos rasgos tan peculiares, no debe sorprender que Kelsen vincule el dualismo pesimista con ciertas doctrinas de carácter esotérico que se dieron en la antigüedad, como el cristianismo primitivo o el ascetismo monástico. Lo que sí resulta muy sorprendente es su afirmación de que en la modernidad ese dualismo de carácter pesimista es asimilado por el liberalismo revolucionario y por el anarcosocialismo.¹⁷⁶

B) La segunda variante del dualismo religioso-metafísico es el dualismo optimista, que Kelsen, incurriendo en una simplificación, identifica con lo que él denomina “idealismo”. Esta variante es además el modelo predominante del dualismo religioso-metafísico, que se caracteriza, desde el punto de vista de la psicología humana, por una mayor confianza del hombre en sus capacidades, sobre todo en comparación con la psicología del dualismo pesimista. Ahora el “más allá” no es invocado con el fin de aniquilar al mundo sensible, sino

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.* Antes me he referido a la posibilidad de un orden social que no emplee la fuerza, lo que significaría la aplicación práctica de la idea “pura” del derecho natural. Para completar cuanto dije al respecto, hay que señalar que si esta idea “pura” tuvo alguna vez aplicación, necesariamente hubo de ser bajo el dualismo pesimista. Véase *supra*, § II. 1.2.

¹⁷⁶ NLLP, 443.

más bien con el de contribuir a su explicación.¹⁷⁷ El optimismo es aún mayor en la epistemología: el hombre cree posible aproximarse a la verdad con ayuda de la ciencia. Además, el mundo no se contempla sólo como algo real (lo cual es ya una diferencia en relación con el dualismo pesimista), sino también como algo evaluable, y se cree que es el mejor de los mundos empíricamente posibles.¹⁷⁸ Para Kelsen, todas estas ideas conducen a una afirmación del presente y a una desconfianza respecto del futuro, cuyo resultado es el rechazo de todo cambio social. No ha de sorprender que para Kelsen la filosofía jurídica del dualismo optimista posea un claro carácter conservador.

El conservadurismo del dualismo optimista se manifiesta también en su concepción del pasado: en la medida en que éste es considerado la “cuna del presente”, se le contempla con verdadera devoción y gratitud, dado que es el germen del mejor de los mundos posibles. Finalmente, desde el punto de vista de la filosofía jurídica, optar por el dualismo optimista supone abandonar la idea de que la justicia sólo puede ser hallada más allá del derecho positivo. Por el contrario, se considera al derecho positivo la reproducción más aproximada posible del derecho natural,¹⁷⁹ y por esta razón se le valora como justo.

Entre las teorías características del dualismo optimista Kelsen sitúa a la filosofía platónico-aristotélica,¹⁸⁰ que es asimilada por el cristianismo una vez se convierte en la religión oficial del Imperio Romano. Pero al señalar a Platón como un ejemplo del dualismo optimista, Kelsen contradice lo dicho por él en otras ocasiones, en las que reconoce expresamente que la filosofía de Platón tiene su raíz en el dualismo pesimista.¹⁸¹ Con respecto a la teología cristiana, señala

¹⁷⁷ NLLP, 427.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ NLLP, 428.

¹⁸⁰ NLLP, 443.

¹⁸¹ Si tomamos en serio la caracterización kelseniana de las diversas formas del dualismo religioso-metafísico, es un error y una contradicción situar a Platón como ejemplo del dualismo optimista. Por el contrario, su filosofía sólo puede formar parte de la concepción más pesimista del dualismo. La idea central de la filosofía de Platón es la idea del bien absoluto, que sólo puede ser hallado —y aún así sólo por unos pocos— en el mundo de las ideas. El dualismo entre el mundo sensible y el mundo de las ideas se corresponde con otro dualismo que separa el bien del mal: el bien se localiza en el mundo de las ideas, que representa lo bueno, y es, por ello, el mundo del verdadero *ser*. Por el contrario, en el mundo sensible todo es engañosa apariencia y devenir en movimiento; este mundo encar-

que tras una primera etapa pesimista y “revolucionaria”, se pasa a una etapa más moderada bajo la influencia de san Pablo. Después la Iglesia abraza el dualismo optimista, cuyo clímax se localizaría en la doctrina del cristianismo protestante.¹⁸²

C) Junto al dualismo pesimista y al dualismo optimista, Kelsen se refiere a una tercera vía intermedia a la que denomina “vía del compromiso”. Optar por esta vía supone admitir un equilibrio entre el mundo empírico y el mundo trascendente que se extiende a todos los niveles, afectando también al *pathos* humano, que se mantiene en una oscilación constante entre el auto-desprecio pesimista y la autoconfianza optimista, anhelando, ante todo, el equilibrio y la paz de espíritu.¹⁸³ En esta situación, el hombre vive en el convencimiento de que éste no es el mejor de los mundos posibles, y de que el derecho positivo y el Estado distan mucho de ser perfectos.¹⁸⁴ Sin embargo, en la medida en que no son absolutamente malos, se valoran como relativamente buenos.¹⁸⁵ Este relativismo abre paso a la idea de un derecho natural relativo y a lo que Kelsen denomina “teorías del derecho natural variable”,¹⁸⁶ que reconocen, junto a un derecho natural primario, de carácter absoluto e inmodificable, un derecho natural secundario, capaz de adaptarse a las circunstancias cambiantes de lugar y tiempo, lo que permite una más fácil justificación del derecho positivo. Pero admitir un derecho natural secundario es algo que, para Kelsen, contradice los fundamentos del dualismo religio-

na lo malo y es, por tanto, *no-ser*. De esta manera, en el mundo de las ideas el *ser* y el *deber ser*, es decir, lo bueno, coinciden, igual que en el mundo sensible coinciden el *no-ser* y el *no-deber ser*. Ésta es la causa por la que Platón niega todo valor al mundo sensible, señalando en su diálogo *Fedon* que si éste llegó a tener alguna vez algo bueno, ello se debe exclusivamente a su participación de las ideas. El desprecio por lo sensible sitúa a Platón de lleno en la órbita de lo que Kelsen caracteriza como dualismo pesimista. Pero la contradicción de Kelsen es todavía más evidente si tenemos en cuenta un pasaje de “Die platonische Gerechtigkeit” en el que se reconoce expresamente que la filosofía de Platón tiene su raíz en el dualismo pesimista. Véase KELSEN, H., “La justicia platónica”, *op. cit.*, pp. 115 y ss. Véase también TGN, 108-111.

¹⁸² NLLP, 444.

¹⁸³ NLLP, 430-431

¹⁸⁴ NLLP, 431.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ En § III. 1.5. se analizará la crítica de Kelsen a estas teorías.

so-metafísico, que sólo admite una realidad y un valor absolutos, y lo absoluto no tolera grados.¹⁸⁷

Finalmente, la opción del compromiso supone resignarse al presente y abrazar un conservadurismo que, sin embargo, no es extremo: se confía en la evolución y en los resultados beneficiosos de las reformas sociales,¹⁸⁸ pese a lo cual, y a diferencia de lo que ocurría en el dualismo pesimista, no se cae en la quimera de un paraíso futuro. En el fondo, se sigue buscando la realización del ideal social en el pasado, lo que implica que aún persiste la fe en una edad dorada o, como dice Kelsen, en un “paraíso primaveral de la humanidad”.¹⁸⁹ Entre las doctrinas que han asimilado la vía del compromiso, Kelsen destaca la filosofía del estoicismo, que penetra en el cristianismo por mediación de la doctrina de San Pablo.¹⁹⁰

b. El fin del dualismo religioso-metafísico: la filosofía científico-crítica

Quisiera, antes de continuar, hacer una breve reconsideración sobre la concepción kelseniana del dualismo religioso-metafísico. Esta caracterización incurre, a mi modo de ver, en una gran simplificación. En lo que se refiere al dualismo pesimista, por ejemplo, no se puede vincular sin más pesimismo y revolución. Un rasgo característico del espíritu revolucionario es la creencia de que aún es posible hacer algo por mejorar la realidad, lo cual es optimista. Por otro lado, si este mundo no vale nada, ¿para qué esforzarnos en cambiarlo? Lo más juicioso sería resignarnos a la realidad, bien cayendo en el derrotismo o bien tratando de evadirnos a través de la contemplación mística. Algo similar ocurre en el dualismo optimista: si todo va bien, lo deseable sería favorecer la evolución y el progreso de la sociedad. Mantener una posición conservadora al respecto carecería de sentido.

Las doctrinas que Kelsen señala como representativas de ambos tipos de dualismo sirven también para ilustrar estas simplificacio-

¹⁸⁷ NLLP, 431-432.

¹⁸⁸ NLLP, 432.

¹⁸⁹ NLLP, 433.

¹⁹⁰ NLLP, 443-444.

nes: es cierto que el liberalismo y el anarco-socialismo eran doctrinas revolucionarias, pero nadie podría decir que fueran pesimistas. Los ilustrados que impulsaron el triunfo de la revolución burguesa creían en la posibilidad de organizar un mundo mejor, lo cual no es en absoluto pesimista. Con respecto a las doctrinas antiguas que Kelsen pone como ejemplo, tampoco me parece que se las pueda considerar revolucionarias. No es posible afirmar con rigor histórico que los primeros cristianos eran revolucionarios, ni se puede hablar de "revolución" en la Edad Antigua o en la Edad Media. En relación con el dualismo optimista, tampoco se puede señalar a la filosofía platónico-aristotélica como ejemplo más notable de esta modalidad, lo cual, en el caso de Platón, constituye un claro error.¹⁹¹ Además, Kelsen se olvida de otras doctrinas a las que sí cabría incluir con más justicia en el dualismo optimista. Dos ejemplos son el iusnaturalismo cristiano medieval y la doctrina del derecho natural racionalista, aunque en el caso de esta última difícilmente se podría hablar de conservadurismo. Es evidente que Kelsen no hace sino forzar la comprensión de fenómenos espirituales variados y complejos para hacerlos encajar en un esquema de interpretación prefijado y ostensiblemente simplificado.

Según Kelsen, el dualismo religioso-metafísico se resquebraja una vez hace su aparición la filosofía crítica, que se caracteriza por su oposición frente a la metafísica y el dogmatismo. El criticismo kantiano presupone un espíritu humano consciente de sus limitaciones, y que, por consiguiente, rechaza todo objeto de conocimiento situado más allá de la experiencia.¹⁹² Esto no significa que la idea de la "cosa en sí" —como concepto de una realidad que sobrepasa la experiencia— sea abandonada, sino que se mantiene como un símbolo, como el límite de lo cognoscible o, según palabras de Kelsen, como "la barrera infranqueable en el proceso infinito de la experiencia".¹⁹³

La filosofía crítica modifica el proceso de conocimiento: mientras que para la teoría de la imagen el papel que jugaba el conocimiento era meramente pasivo y se limitaba a reflejar la realidad trascendente, para la filosofía crítica el papel es activo, teniendo el conocimien-

¹⁹¹ Véase *supra* § II. 2.1.1. (nota 114).

¹⁹² NLLP, 433.

¹⁹³ NLLP, 434.

to todo el protagonismo en la creación de su objeto, lo cual se produce de acuerdo con leyes inmanentes.¹⁹⁴ De esta manera, la vieja metafísica pre-kantiana es sustituida por una teoría crítica del conocimiento. Todavía existe un dualismo, pero, en la medida en que la "cosa en sí" constituye un límite al conocimiento, ya no es metafísico, sino más bien epistemológico y crítico.¹⁹⁵

Comparado con los modelos caracteriológicos del dualismo religioso-metafísico, el modelo de personalidad que caracteriza a la filosofía científico-crítica es el de quien lucha por el conocimiento y se preocupa por conocer el mundo antes que por dominarlo y modelarlo de acuerdo con sus deseos más íntimos. Quien se ajusta a este perfil es el científico, que lucha por liberar al conocimiento de la influencia de los deseos e intereses subjetivos.¹⁹⁶ No ha de extrañar que el ideal de objetividad emerja como dominante, lo que implica un predominio de la lógica y un viraje hacia el relativismo epistemológico.¹⁹⁷ No obstante —señala Kelsen—, ni Kant ni sus seguidores fueron capaces de realizar plenamente estos ideales, especialmente en lo que se refiere a la filosofía moral y jurídica.

Fueron varias las razones que, según Kelsen, impidieron a Kant y a los neokantianos abrazar el relativismo y ser consecuentes con los presupuestos de la filosofía crítica. Una primera razón es que Kant aún seguía admitiendo el concepto de la "cosa en sí",¹⁹⁸ que, aplicado a la filosofía práctica, conducía a incurrir en metafísica. Una segunda tiene que ver con las profundas creencias cristianas que profesaba este autor y que, en opinión de Kelsen, le impidieron completar su giro hacia el relativismo.¹⁹⁹ Estas razones motivan que en materia filosófico-moral Kant abandone el método de la lógica trascendental, lo que impide a la filosofía crítica alcanzar sus últimas conse-

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ NLLP, 435.

¹⁹⁶ *Idem.* Parece claro que Kelsen se identifica con este tipo de personalidad. Se considera heredero y continuador de la filosofía crítica.

¹⁹⁷ Este relativismo epistemológico del que habla Kelsen y que él mismo profesa niega que haya una realidad más allá de los límites del conocimiento. Toda realidad no empírica, es decir, la "cosa en sí", es incognoscible. Véase KELSEN, H., "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *op. cit.*, pp. 198-199; véase *supra* § II. 1.3. (nota 48).

¹⁹⁸ NLLP, 444.

¹⁹⁹ *Idem.*

cuencias. En ese sentido, como filósofo moral Kant sigue aún en la senda del iusnaturalismo.²⁰⁰

Kelsen reconoce la gran influencia que sobre él ejerció la filosofía de Kant, sobre todo gracias a la interpretación que H. Cohen hizo de la misma.²⁰¹ Al igual que la filosofía de la naturaleza de Kant se enfrentaba a la metafísica, para Kelsen su teoría pura del derecho se oponía a la doctrina del derecho natural, descartando todo valor de justicia trascendente. Kelsen quería aplicar el método trascendental donde sus predecesores neokantianos fracasaron:²⁰² en la teoría del derecho positivo, preguntándose por las condiciones formales que determinan su validez. Cohen fue incapaz de llevar a cabo esta tarea con éxito, y ello a pesar de los puntos de contacto existentes entre él y Kelsen.²⁰³ Los motivos del fracaso de Cohen fueron, según Kelsen, tres principales²⁰⁴: a) este autor no estaba familiarizado con el derecho, y no era un especialista de la materia; b) Cohen carecía de valor para extraer las últimas consecuencias de la filosofía trascendental de Kant en el ámbito de la teoría social: en el derecho y en la ética; c) al igual que en el caso del filósofo de Königsberg, las profundas convicciones religiosas de Cohen le impidieron adoptar el punto de vista del relativismo.

Ante el fracaso de sus predecesores neokantianos, Kelsen creyó ser el primero en llevar a cabo con éxito la aplicación del método trascendental en el terreno jurídico. Según él, la consecuencia de

²⁰⁰ NLLP, 445.

²⁰¹ Véase KELSEN, H., "The Pure Theory of Law, 'Labandism'..." *op. cit.*, p. 171.

²⁰² *Ibidem*. Véase HAMMER, S., "A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge..." *op. cit.*, pp. 181-182; y EDEL, G., "The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen", *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 210.

²⁰³ Las coincidencias que existen entre Kelsen y Cohen se deben principalmente a la raíz kantiana de ambos autores. En materia filosófico-moral, los dos piensan que las normas que regulan las relaciones humanas no se pueden basar en el *Sein*, sino en el *Sollen*; creen además en la existencia de un ámbito del *Sollen* específico y distinto del ámbito del *Sein*. Finalmente, los dos consideran que la coacción es una característica esencial del derecho. Véase SOAJE RAMOS, G., "Hermann Cohen y la filosofía del derecho en su *Ética de la voluntad pura*", *El neokantismo en la filosofía del derecho*. Revista de Ciencias Sociales, Facultad de ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Valparaíso, 1982, pp. 155-156.

²⁰⁴ KELSEN, H., "The Pure Theory of Law, 'Labandism'..." *op. cit.*, p. 173.

dicha aplicación fue doble:²⁰⁵ por un lado, significó la eliminación de la metafísica en el derecho; por otro, se dio un fundamento lógico-trascendental a la validez de las normas positivas, que sólo podía ser una validez hipotético-relativa y formal, dependiente, en último término, de una norma fundamental que la ciencia del derecho admitía como hipótesis básica.

Para Kelsen, el positivismo jurídico surge con la intención de ofrecer un conocimiento del derecho libre de ideologías: un enfoque que nos permita conocer el derecho dejando al margen el problema de su justificación. Pero Kelsen no oculta la dificultad de esta tarea: el deseo humano de justificar la propia conducta es tan fuerte que la teoría jurídica de los siglos XIX y XX fue incapaz de renunciar a ello.²⁰⁶ Justo cuando parecía que el positivismo había derrotado a la especulación iusnaturalista, en la segunda década del siglo XX, tuvo lugar un restablecimiento del derecho natural, que coincidió con un giro en la filosofía natural desde el criticismo kantiano hacia un renacimiento de la metafísica. El efecto que tuvo la experiencia de la Primera Guerra Mundial fue decisivo, haciendo resurgir la necesidad de una justificación absoluta y, con ello, de la doctrina del derecho natural.²⁰⁷

B. La función conservadora de la doctrina del derecho natural

Hemos visto cómo, para Kelsen, el dualismo religioso-metafísico en el que se basaba la teoría del derecho natural podía cumplir diferentes funciones (revolucionaria o conservadora) dependiendo del sentido de la relación entre el mundo sensible y las ideas. De lo que se trata ahora es de determinar cuál de estas funciones aparece como predominante. De ello se ocupa Kelsen en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Justice et Droit naturel y La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*²⁰⁸ señalando que la teoría del derecho natural se ha manifes-

²⁰⁵ Véase HAMMER, S., "A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge..." *op. cit.*, pp. 182-183.

²⁰⁶ NLLP, 445.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ Aparece en edición bilingüe a cargo de E. Bulygin en *Revista jurídica de Buenos Aires*, 4, 1961, pp. 7-45. Citamos por la edición de *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (DNPJ).

tado, principalmente, como una doctrina conservadora. Admite que esta teoría cumplió también una función reformista o revolucionaria, aunque con carácter excepcional, en las colonias de Norteamérica y en Francia a finales del siglo XVIII. Para Kelsen, la teoría revolucionaria del derecho natural fue sólo un episodio pasajero; muy pronto surgiría una nueva ideología conservadora para cumplir la función que había desempeñado el iusnaturalismo tradicional: se trata de la escuela histórica del derecho alemana,²⁰⁹ que consideraba que el *Volksgeist* o “espíritu del pueblo”²¹⁰ era la fuente de la validez del derecho.

El conservadurismo que como regla general caracteriza a las teorías del derecho natural es consecuencia de la actitud adoptada por la mayoría de ellas frente al problema de la relación entre derecho natural y derecho positivo.²¹¹ Si el derecho natural es un orden perfecto e inmanente a la naturaleza, podría pensarse que lo coherente sería reconocer su autosuficiencia, considerando al derecho positivo como pernicioso o, cuando menos, superfluo. Sin embargo, ningún teórico iusnaturalista importante ha llegado a esta conclusión, sino que todos han reconocido al derecho positivo como un orden necesario junto al derecho natural. Cuando estos dos órdenes operan juntos, el derecho natural trata de justificar al derecho positivo y al Estado como la fuente del mismo. Para Kelsen, sin embargo, esto es una contradicción de la teoría iusnaturalista. Si el derecho natural es absolutamente justo y su validez se fundamenta en la bondad de la naturaleza humana, este orden por sí solo, aplicado en cada caso por los propios individuos afectados y sin intervención de ninguna auto-

²⁰⁹ La caracterización que hace Kelsen de la escuela histórica del derecho es oscilante: mientras que en *Justice et Droit naturel* (1959) la considera una doctrina precursora del positivismo jurídico en el siglo XIX, sólo dos años después, en *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, la califica de “doctrina iusnaturalista disfrazada”, atribuyéndole, en cualquier caso, una función conservadora. Quizás Kelsen conocía el punto de vista de A. Ross sobre este tema. En su obra *On Law and Justice*, publicada unos años antes (1953), este autor incluye a la escuela histórica alemana en el grupo de las doctrinas representativas de lo que él llama “derecho natural encubierto”. Considera además a esta escuela una “filosofía de la historia romántico-conservadora”. Véase JDN, 150; DNPJ, 136; y ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit. p. 307.

²¹⁰ NLLP, 418; DNPJ, 136.

²¹¹ JDN, 151; DNPJ, 136.

ridad, debería bastar para resolver todos los problemas sociales. En ese caso, como señala Kelsen, no hay razón para promulgar un derecho positivo, a no ser que la teoría iusnaturalista reconozca lo contrario de lo que defiende, esto es, que el ser humano no es por naturaleza bueno. La contradicción iusnaturalista se produce porque, mientras que de un lado se piensa que la naturaleza humana (que se considera básicamente buena) es fuente del derecho natural, del otro la justificación del derecho positivo y del Estado con su aparato coactivo sólo se puede fundamentar en la maldad natural del hombre.²¹² Para Kelsen, el único que evitó incurrir en esta contradicción fue Hobbes, para quien el ser humano era por naturaleza malo.²¹³

¿De qué procedimientos se sirve la doctrina del derecho natural para justificar al derecho positivo? Kelsen trata este tema en dos de sus obras: *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, en la que anticipa cuáles son los métodos empleados por la doctrina iusnaturalista, aunque sin profundizar demasiado, y *Justice et Droit naturel*, en la que el tratamiento tiene un carácter más autónomo y diferenciado. Todos los procedimientos de los que se sirve la teoría del derecho natural tratan de eliminar en la práctica toda posibilidad de conflicto entre derecho natural y derecho positivo.²¹⁴ Uno de ellos consiste en convertir al derecho positivo en delegado del derecho natural, lo cual, como ya señalé al hilo de la exposición de Kelsen en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, termina conduciendo a este último a su “desnaturalización”. Otros procedimientos son identificar sin más el derecho natural y el derecho positivo, y atribuir la facultad de interpretar si el derecho positivo se ajusta o no al derecho natural a la misma autoridad que dicta las normas positivas.²¹⁵ De los tres me ocuparé a continuación.

²¹² TS, 142; véase también TPD2, 106.

²¹³ Hablando con rigor, esta idea que Kelsen comparte con muchos es equivocada: en el prefacio de *De Cive*, Hobbes se defiende contra quienes le acusan de sostener que los hombres sean malos por naturaleza. Dice: “[...] si este principio fuera admitido, se seguiría necesariamente no sólo que los hombres son malvados [...], sino también que son malvados por naturaleza, lo cual no puede concederse sin caer en impiedad”. Citamos por la traducción de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 44.

²¹⁴ NLLP, 416; TPD2, 107; JDN, 152; DNPJ, 136.

²¹⁵ En *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen señala cómo la técnica habitual de la teoría iusnaturalista consiste en in-

**a. El derecho positivo como un delegado del derecho natural:
la teoría del doble derecho natural**

Uno de los procedimientos utilizados por la doctrina iusnaturalista en su aspiración de eliminar el conflicto entre derecho natural y derecho positivo consiste en convertir a éste en un delegado de aquél.²¹⁶ Para ello, se deduce de la naturaleza una norma delegante que exige la obediencia al derecho positivo, al que trata además de justificar por su contenido:

“Para lograr este objetivo se convierte al derecho positivo en un delegado del derecho natural y se deduce de la naturaleza la norma que exige la obediencia al derecho positivo. Este derecho positivo viene más o menos identificado al derecho natural, con lo que se suprimen o, al menos, se reducen al mínimo las posibilidades de conflicto o entre ellos. Esta tendencia se manifiesta muy claramente en la teoría estoica del doble derecho natural y en la teoría iusnaturalista de la teología cristiana que está profundamente influida por el estoicismo”.²¹⁷

La delegación del derecho natural en el derecho positivo suponía para Kelsen —a tenor de lo dicho en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*— la autodisolución del derecho natural, dado que ello significaba autorizar al derecho positivo para reemplazarlo.²¹⁸ Sin embargo, en el pasaje que ahora señalo, perteneciente a *Justice et Droit naturel*, Kelsen no va tan lejos: la delegación del derecho natural en el derecho positivo no significa la necesaria disolución del primero, sino que ambos órdenes se identifiquen, anticipando así otro de los procedimientos que analizaré más adelante. Kelsen señala como ejemplo de delegación del derecho natural en el derecho positivo dos teorías iusnaturalistas: la teoría estoica del doble derecho natural y la teoría cristiana del doble derecho natural, que antes que dos doctrinas enteramente dife-

vestigiar las instituciones más importantes del derecho positivo, tratando de dejar constancia de su aceptabilidad a la luz del derecho natural. Es evidente que la teoría iusnaturalista presupone de antemano la rectitud de esas instituciones. Véase NLLP, 416.

²¹⁶ Véase *supra* § II. 1.5.

²¹⁷ JDN, 152.

²¹⁸ NLLP, 413.

rentes son, en realidad, dos variantes dentro del proceso de desarrollo de una misma teoría.

Para el estoicismo, el derecho natural es expresión de la razón divina que gobierna el universo y de la que participa el hombre como ser racional. Esta doctrina distingue dos naturalezas humanas: una naturaleza perfecta o buena, que depende del hecho de la participación de la razón divina en el hombre, y otra imperfecta o mala. De estas dos naturalezas se deducen dos tipos de derecho natural: uno perfecto y otro imperfecto. El primero de ellos es el único derecho verdadero en el sentido de la justicia absoluta, y consiste en un orden universal que vincula a todos los hombres, en la medida en que participan por igual de la razón divina. Este orden sólo estuvo vigente en una edad de oro remota, en la que la naturaleza humana se mantuvo en estado de perfección.²¹⁹ La corrupción posterior de la naturaleza humana determina que el derecho positivo aparezca como necesario junto con todas sus instituciones, incluido el Estado. En ese sentido, para la teoría estoica el derecho positivo se fundamenta también en la naturaleza humana.

La teoría del doble derecho natural y de las dos naturalezas humanas es asimilada posteriormente por la Iglesia gracias a las enseñanzas de San Pablo. Al igual que sucedía en la filosofía de Platón, el cristianismo primitivo veía en lo terrenal algo malo, adoptando una actitud hostil frente a la naturaleza. Pero una vez el cristianismo se convierte en la religión oficial del Imperio Romano, y una vez el clero pasa a ser clase privilegiada, el mundo empieza a ser visto no como algo malo es sí, sino como algo se ha hecho malo por culpa del pecado original.²²⁰ Ello motiva que aparezcan dos tipos distintos de derecho natural: por un lado, un derecho natural divino y perfecto que sólo tuvo validez antes del pecado original; por otro, un derecho natural imperfecto, que se expresa en el derecho positivo²²¹ y que es necesario desde que la naturaleza humana se corrompe. Al producirse la transformación del derecho natural perfecto en derecho natural

²¹⁹ JDN, 153.

²²⁰ JDN, 154-155. Ello supone el tránsito desde el dualismo pesimista característico del cristianismo originario hasta la vía del compromiso, a la que se llega por influencia de la filosofía estoica.

²²¹ JDN, 155.

imperfecto (lo cual tiene el significado de una delegación) por mediación de la voluntad divina, resulta evidente que este último es también querido por Dios.

Lo que hace que la teoría estoica y la teoría cristiana del doble derecho natural aparezcan como dos variantes dentro de la misma teoría, es que ambas reconocen que existen dos derechos naturales: uno perfecto, que encarna una justicia absoluta, y otro imperfecto, que sólo puede ser justo relativamente.²²² Esto no impide, sin embargo, que el derecho natural imperfecto se considere un verdadero derecho natural, lo cual es criticado por Kelsen. Este autor cree que la noción de “derecho natural imperfecto” resulta tan contradictoria como la de “derecho natural relativo”, dado que el derecho natural sólo puede tener un valor absoluto. En cualquier caso, la teoría del doble derecho natural —en cualquiera de sus variantes—, en la medida en que admite un derecho natural relativo e imperfecto, demuestra ser una “ideología contradictoria” al servicio de la justificación del derecho positivo y, por tanto, conservadora.²²³

b. La identificación del derecho natural y el derecho positivo

Otro de los procedimientos de los que se sirve la doctrina iusnaturalista para justificar el derecho positivo consiste en identificar a éste con el derecho natural. Hobbes, por ejemplo, advierte que la ley positiva no puede entrar en contradicción con la razón, esto es, con la ley natural,²²⁴ puesto que ambas son correlativas. Es más, la ley natural contiene ya a la ley positiva, cuya obediencia es exigida por la propia ley natural. Otros teóricos iusnaturalistas no han ido tan lejos; Pufendorf, por ejemplo, reconoce que aunque en teoría el conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo podría tener lugar, en la práctica queda excluido, pues sólo un soberano desposeído de la razón o con deseos de provocar la disgregación de la comunidad podría querer promulgar normas contrarias al derecho natural.²²⁵

²²² Véase JDN, 153 y 155.

²²³ JDN, 154-155.

²²⁴ TS, 144; JDN, 156-157. Véase *Leviathan*, Cap. XXVI y *De Cive*, Cap. XIV, § 10.

²²⁵ TS, 145, JDN, 157.

Hay otro argumento que también parece conducir a la identificación del derecho natural y el derecho positivo: el hecho de que un orden jurídico sea eficaz parece probar que ese orden no es contrario al derecho natural. Al ser considerada la eficacia una condición de la validez del derecho positivo, este argumento conduce, en la práctica, a identificar ambos órdenes. Se presupone, por tanto, que un derecho positivo vigente y eficaz siempre es conforme al derecho natural e idéntico al mismo.²²⁶

c. El monopolio de la interpretación por la autoridad jurídica positiva

El último procedimiento consiste en atribuir la facultad de interpretar si las normas del derecho positivo son conformes o no al derecho natural a la autoridad encargada de dictar esas normas. Para Kelsen, ésta es una tendencia habitual de la teoría iusnaturalista. Si se considera que la facultad de interpretar el derecho positivo con efectos jurídicos no se puede otorgar a los individuos que se someten a él (a menos que se acepte el riesgo de caer en la anarquía), y si lo que se pretende es hacer que el conflicto entre derecho natural y derecho positivo parezca algo imposible o, al menos, muy improbable, parece que lo más conveniente sería atribuir la facultad de interpretar las normas de derecho positivo al órgano que tiene la capacidad de hacer una interpretación auténtica del mismo, es decir, al legislador, quien se encarga de valorar en cada caso si el derecho positivo o una cualquiera de sus normas es conforme o no al derecho natural.²²⁷ De esa manera queda asegurada la correspondencia.

La consecuencia que tiene la utilización de éste y otros procedimientos es, para Kelsen, que bajo el orden del derecho natural se elimina o se restringe muy severamente el derecho de resistencia de los súbditos frente a las órdenes abusivas impuestas por un tirano. Esto se debe a la actitud conservadora que han adoptado muchos de los teóricos iusnaturalistas más importantes, como Hobbes, Grocio o Pufendorf.²²⁸ Sin embargo, Kelsen parece olvidar de nuevo a otros

²²⁶ JDN, 157.

²²⁷ TS, 150; JDN, 158.

²²⁸ Véase TS, 148 y ss.

autores no menos significativos —como J. Locke o Tomás de Aquino— que desarrollaron sendas doctrinas a favor del derecho de resistencia frente al tirano.²²⁹

En cualquier caso, Kelsen insiste en que la actitud conservadora de la doctrina del derecho natural aparece como dominante a lo largo de su historia. De esta manera, aunque niega en principio la validez del derecho positivo en cuanto tal, la teoría iusnaturalista acaba conduciendo a un fortalecimiento. Es evidente, una vez más, que su función es predominantemente conservadora.

III. RESUMEN

Concluyo realizando un breve resumen de la caracterización de Kelsen sobre la teoría del derecho natural. Lo primero que habría que señalar es que en ningún momento Kelsen lleva a cabo esa caracterización de una forma clara, ordenada y sistemática. Además, con el paso del tiempo el centro de gravedad de su caracterización se va desplazando hacia algunos aspectos de la doctrina iusnaturalista y hacia algunas variantes doctrinales. Eso ocurre, por ejemplo, con su insistencia en el carácter ideológico de esta teoría, así como en la función conservadora que ha cumplido a lo largo de su historia. Aunque admite que en ocasiones la teoría iusnaturalista ha cumplido también funciones revolucionarias, termina queriendo quitarle importancia a este

²²⁹ Tomás de Aquino, por ejemplo, llega a decir que la tiranía es una forma criminal de gobierno, e incluso una forma de sedición: “El régimen tiránico no es justo, ya que no se ordena al bien común, sino al bien particular de quien detenta el poder [...]. De ahí que la perturbación de ese régimen no tiene carácter de sedición [...]. El sedicioso es más bien el tirano, el cual alienta las discordias y sediciones en el pueblo que le está sometido [...]. Esto es propiamente lo tiránico, ya que está ordenado al bien de quien detenta el poder en detrimento de la multitud”. En la medida en que el tirano es un sedicioso, incurre en pecado mortal: “La sedición, empero, se urde contra el bien común. Por eso es siempre pecado mortal”. Aunque Santo Tomás no desarrolla la cuestión del derecho de resistencia como lo hace, por ejemplo, Locke, sí deja bien sentado que ningún tirano puede buscar en la ley natural argumentos para perpetuar su dominio, y más aún si tenemos en cuenta que para este autor “La ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino más bien una perversión de la ley”. Véase *Suma de Teología* II-II, c. 42, a. 2, y I-II, c. 92, a. 1. Véase también GEORGE, R. P., “Kelsen y Santo Tomás sobre ‘la doctrina de la Ley Natural’”, *Persona y Derecho*, 42, trad. de Caridad Velarde, Universidad de Navarra, Pamplona 2000, pp. 93-94.

hecho, y poniendo en primer plano la tendencia más conservadora. Por otra parte, la caracterización de Kelsen adolece por regla general de falta de sensibilidad a las variaciones históricas de la doctrina del derecho natural. Sólo en *Die Philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* de 1928 encontramos un intento de esbozar una historia de la tradición iusnaturalista, al hilo de la exposición del dualismo religioso-metafísico que, como sabemos, él coloca en la base de la doctrina del derecho natural. Pero esa exposición es muy simplificada, y se podrían formular gran cantidad de excepciones a lo que Kelsen expone de forma tan sucinta. Quizás por ello rehúsa volver sobre esta caracterización en obras posteriores, en las que, si acaso, se refiere al dualismo entre realidad e idea de forma meramente testimonial.

Sí me parece más consistente la exposición que hace de los rasgos que distinguen al derecho natural del derecho positivo. El primero se refiere a la fuente de ambos órdenes normativos. El derecho natural es una ordenación objetiva, inmutable y perfecta, cuyo origen se localiza en Dios, en la naturaleza o en la razón, aunque Kelsen termina señalando que, en última instancia, habría que referirlo a una voluntad trascendente, apareciendo la teoría del derecho natural como una doctrina de carácter teológico. El derecho positivo, por el contrario, es producto de una voluntad humana, y por tanto es imperfecto y variable.

Un segundo rasgo se refiere a la forma de conducir la conducta humana que tienen ambos órdenes. El derecho natural ha de servirse de la técnica de motivación directa, de modo que sus normas deberían ser obedecidas voluntariamente en virtud de un genuino sentimiento del deber, que Kelsen denomina “necesidad interior”. Es característico del derecho positivo, en cambio, utilizar la técnica de motivación indirecta: amenazar con imponer una sanción a quienes realicen la conducta contraria a la que el legislador pretende promover. El derecho positivo se revela así como un orden normativo coactivo e institucionalizado, que requiere de la existencia de órganos autorizados a imponer sanciones. Por el contrario, el derecho natural, al ser un orden que *debe ser* obedecido voluntariamente por quienes se someten a él, no requiere de órganos ni instituciones y, en ese sentido, es un orden anárquico de conducta.

La diferencia más importante alude a la distinta naturaleza de la validez del derecho natural y el derecho positivo. La validez de las

normas de derecho natural es de tipo material: son válidas porque son justas. Por el contrario, las normas de derecho positivo tienen una validez formal: valen por haber sido creadas según lo establecido por otra norma y, en último término, de acuerdo con lo que establece una norma fundamental que no es "puesta", sino "presupuesta" por la ciencia jurídica. Esta norma no incluye exigencias materiales, sino sólo la prescripción formal de que la primera norma positiva del sistema, esto es, la constitución histórica, *debe ser* obedecida.

A esta diferencia relativa al tipo de validez está anudado un diferente tipo de sistema normativo: el derecho natural es un sistema "estático"; el derecho un sistema "dinámico". En tanto que sistema estático, las normas que integran el derecho natural están contenidas en la norma fundamental del sistema, de la que se derivan lógicamente y cuyo contenido de justicia material desarrollan. En el derecho positivo, en cambio, la norma fundamental establece un poder normativo que puede delegar en otros poderes la capacidad de producir normas. Se crea así una estructura normativa jerárquica en cuyo vértice se sitúa la norma fundamental hipotética, con la que el resto de las normas están conectadas mediante vínculos formales de creación y aplicación.

Ante las dificultades de realización de un orden normativo anárquico desprovisto de mecanismos institucionalizados de creación y aplicación de normas, la teoría del derecho natural ha tratado de incorporar al sistema también el principio dinámico característico del derecho positivo, formulando una norma de derecho natural que ordena obedecer al derecho positivo, el cual se convierte en un orden delegado. Pero por este camino el derecho positivo pasa a adquirir el protagonismo, produciéndose así lo que Kelsen ha denominado "desnaturalización" del derecho natural.

Kelsen piensa que en la historia del iusnaturalismo esta "desnaturalización" ha cumplido preponderantemente una función ideológica de justificación del derecho positivo. Y para mostrarlo pasa revista a los diferentes procedimientos de los que se sirven a estos efectos las teorías del derecho natural. Así, junto al procedimiento de la delegación, Kelsen señala que en ocasiones la doctrina del derecho natural ha tratado también de unificar ambos órdenes de conducta como si fueran uno solo, o ha pretendido atribuir al legislador positi-

vo la facultad de interpretar si las normas de derecho positivo se ajustan al derecho natural, todo ello con el fin de forzar la coherencia entre ambos órdenes. Para Kelsen, la utilización de estos procedimientos ha favorecido la función conservadora con la que, de forma predominante, está comprometida la tradición iusnaturalista.

La intención de subrayar que las doctrinas iusnaturalistas han tendido por lo general a desempeñar una función de justificación del orden vigente hace que Kelsen apenas preste atención a las teorías iusnaturalistas que han cumplido una función reformista e incluso revolucionaria. Es evidente que le interesa más mostrar la utilización conservadora de dicha teoría, aun cuando ello le haga olvidar que históricamente cumplió también una función crítica no menos importante.

LA TRADICIÓN DEMOCRÁTICA Y LA DIMENSIÓN SAPIENCIAL DEL DERECHO EN LA INDEPENDENCIA DE AGUASCALIENTES

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aguascalientes, parte de Zacatecas*. 1. *Aguascalientes, municipio y partido de la Provincia de Zacatecas*. 2. *Aguascalientes, partido del estado de Zacatecas*. A. *El radicalismo liberal de García Salinas y el partido de Aguascalientes: las diferencias políticas, los intereses opuestos*. III. *Separación de Zacatecas*. 1. *Una causa política: la disputa por las milicias cívicas*. 2. *El proceso jurídico de la independencia aguascalentense*. A. *Papel emancipador de los ayuntamientos*. B. *El Cabildo abierto emancipador de Aguascalientes*. C. *La equidad y la prudencia en la resolución del Congreso*. D. *Hacia 1835, sobrevivencia del derecho antiguo*. IV. *La historia continúa*.

I. INTRODUCCIÓN

En la parte superior del escudo del estado de Aguascalientes, al centro aparece la Virgen de la Asunción en plata, a su derecha una fuente de agua con brasas debajo y a la izquierda unos labios de mujer semi-rodeados de una cadena rota. El primero y el segundo símbolo corresponden a la fundación de la ciudad (villa) de Nuestra Señora de la Asunción de las Aguas Calientes; y el tercero a una leyenda ligada a la independencia o separación de Aguascalientes del estado de Zacatecas.¹ Según esta leyenda, el general Antonio López de Santa

¹ El escudo se adoptó oficialmente por Decreto núm. 157 del Congreso del Estado el 24 de mayo de 1946, promulgado el 3 de junio siguiente por el gobernador del estado y publicado en el *Periódico Oficial* del estado de 9 de junio de 1946. En la administración

Anna se comprometió a asegurar la separación de Aguascalientes de Zacatecas, precisamente en su paso por la ciudad de las aguas termales rumbo a la bella capital minera para someter a las Milicias Cívicas, en los primeros días del mes de mayo de 1835. Y ese compromiso lo obtiene la señora doña Luisa Fernández Villa de García Rojas, esposa de Pedro García Rojas uno de los políticos opositores más fuertes al régimen zacatecano. Según esta historia, el compromiso por la independencia lo hizo Santa Anna a cambio de un beso de la bella mujer aguascalentense.²

A final de cuentas leyenda, que a unos gusta y a otros no. Lo cierto es que la independencia de Aguascalientes de Zacatecas se da en realidad por complejos factores históricos, políticos, económicos y jurídicos y en una coyuntura política nacional que favoreció el acontecimiento.

En este trabajo vamos a hacer alusión, de manera general, a esos diversos factores y a esta coyuntura nacional que se conjugan para favorecer la separación del Partido de Aguascalientes del estado de Zacatecas. De manera especial profundizaremos en lo relativo al aspecto jurídico, de modo particular en el Cabildo Abierto que decide la independencia, como rescate político-jurídico de una vieja tradición democrática; y de cómo decide el Congreso General sobre la solicitud de esa separación, utilizando argumentos de derecho anti-guo, dando ejemplo de la dimensión sapiencial del derecho.

II. AGUASCALIENTES, PARTE DE ZACATECAS

A Aguascalientes, desde principios del siglo XVII, debemos entenderlo en dos sentidos: uno, como ciudad, con una organización municipal; y dos, como región. En la Nueva España, hasta antes de la instauración del sistema de intendencias (1786), en el primer sentido es municipio; y en cuanto a región, alcaldía mayor. A partir de 1786 la alcaldía mayor se transforma en subdelegación de intendencia,

del gobernador Otto Granados Roldán (1992-1998) se reformó el escudo en varios aspectos, desapareciendo los labios de mujer y la cadena rota; sin embargo, en la administración del gobernador Felipe González González (1998-2004) se estableció de nueva cuenta el escudo original.

² Cfr. APPENDINI, Guadalupe, *Leyendas de Provincia*, Porrúa, México, 1996, pp. 4-7.

perteneciente a la Intendencia de Guadalajara primero, y a partir de 1804 incorporada a la Intendencia de Zacatecas.

Poco tiempo después comenzó a gestarse el movimiento de independencia. Víctor González destaca que Aguascalientes prácticamente se mantuvo al margen de la violencia insurgente, y explica el hecho en que la guerra de independencia tuvo un origen “básicamente agrario”,³ y Aguascalientes tiene una temprana urbanización preindustrial. Esto explica la importancia y fuerza de Aguascalientes en los años que siguieron a la Independencia, aunado a que en la ciudad se establecieron desde 1781 las milicias urbanas adscritas el Batallón de Bolaños y el Regimiento de Dragones Provinciales de la Nueva Galicia, pertenecientes a la Novena Brigada de Nueva Galicia.⁴

1. Aguascalientes, municipio y partido de la Provincia de Zacatecas

Dice Mercedes de Vega que “Zacatecas llegó a la independencia con una fuerte impronta liberal, cuyo origen era el ayuntamiento capitano del bienio 1809-1810, que desde entonces propuso la reforma del estado y la representación política, así como la división y el equilibrio entre los poderes”.⁵ El ayuntamiento de Zacatecas, tenía además una importante experiencia de autogobierno; a pesar de que no se contaba con diputación provincial novohispana, Zacatecas se manejaba con mucha libertad administrativa y política. Recién lograda la independencia, el 24 de marzo de 1822, se instala la diputación provincial zacatecana; Zacatecas quedaba así convertida en provincia.⁶

Las diputaciones provinciales funcionaron en tres periodos, los dos primeros correspondientes a la vigencia de la *Constitución de Cádiz* y el tercero al periodo del México independiente, desde la

³ GONZÁLEZ ESPARZA, Víctor Manuel, *Espacio regional y Estado-Nación*, Aguascalientes, Centro de Investigaciones y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes y Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2000, p. 124.

⁴ Cfr. GONZÁLEZ ESPARZA, *op. cit.*, p. 128.

⁵ VEGA, Mercedes de, “Soberanía en pugna: del unionismo al federalismo radical. Zacatecas, 1821-1825”, *El establecimiento del federalismo en México (1821-1827)*, ZORAIDA VÁZQUEZ, Josefina (coord.), México, El Colegio de México, 2003, p. 220.

⁶ *Ibidem*, p. 221.

emancipación de España y hasta la adopción del sistema republicano federal. “Sus funciones no variaron en el tiempo”.⁷ Agrega Beatriz Rojas que la Diputación Provincial de Zacatecas se rigió fundamentalmente por las normas y reglamentos emitidos durante el periodo gaditano”.⁸

Aguascalientes en este periodo, funcionó como municipio y como partido de la Provincia de Zacatecas, gobernada por la Diputación Provincial. Contribuye con dos diputados, un hacendado, condeño de la hacienda de San Pedro Piedra Gorga, José María Elías, titular, y con el suplente el cura-párroco bachiller José María Berrueco.⁹

Es durante la vigencia de la Diputación Provincial de Zacatecas, que Aguascalientes agrega a su estructura municipal y de administración de justicia un tercer alcalde.¹⁰

Después de consumada la independencia, la inestabilidad va a ser la característica política y social de México.

Agustín de Iturbide es reconocido emperador de México el 19 de mayo de 1822, por el Congreso. Agustín I fue coronado el 21 de julio de 1822 en la catedral de México. El imperio fue efímero, pues Iturbide abdicó la corona imperial de México el 19 de marzo de 1823.

En 1822 se instala un primer Congreso constituyente con el objetivo de darle una Constitución al imperio. Los ayuntamientos fueron los electores de los diputados constituyentes de cada provincia. En la provincia de Zacatecas los ayuntamientos con más poder, el de la capital y el de Aguascalientes, controlaron la elección. De Vega hace notar que, durante la guerra de independencia, Aguascalientes fue el centro militar de Zacatecas, lo que hizo fuerte a esa ciudad, convertida en coto militar iturbidista.¹¹

Los ayuntamientos de Zacatecas y Aguascalientes acapararon las curules del primer Congreso constituyente. Así emergerían los dos polos que se

⁷ ROJAS NIETO, Beatriz, *La Diputación Provincial de Zacatecas. Actas de Sesiones 1822-1823*, México, Instituto Mora, Gobierno del Estado de Zacatecas y Archivo Histórico de Zacatecas, 2003, p. 15.

⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁹ Cfr. ROJAS, *La Diputación...*, op. cit., pp. 25-27.

¹⁰ *Ibidem*, Sesiones de 20 de abril y 30 de mayo de 1822, pp. 46 y 58.

¹¹ Cfr. DE VEGA, op. cit., p. 222.

disputarían el poder en los siguientes años. Correspondería al ayuntamiento de Zacatecas elaborar las instrucciones para los diputados, en tanto representante de toda la provincia. Por el estamento militar fue electo Valentín Gómez Farías; por los letrados José María Bocanegra —ambos estrechamente vinculados con Aguascalientes—; por el eclesiástico Agustín de Iriarte, y, por sus antecedentes como procurador síndico y conocimiento sobre minería, Francisco García Salinas.¹²

Aguascalientes dentro de la jurisdicción de la provincia de Zacatecas, conserva sus dos dimensiones, como municipio con su ayuntamiento, y como región con el carácter ahora de partido.

El Congreso que se había reunido en 1822 con el propósito de elaborar una Constitución para el imperio fracasó en su intento. Dio, sin embargo, dos instrumentos jurídicos fundamentales que, aunque no tenían formalmente el rango de Constitución, sirvieron para el mínimo funcionamiento de la breve monarquía. El primero de ellos es unas *Bases Constitucionales*, de 24 de febrero de 1822, en las que se adopta como forma de gobierno la monarquía moderada constitucional “con la denominación de imperio mexicano”. El segundo es el *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano* de fecha 18 de diciembre de 1822.¹³

Meses después de la caída de Iturbide, el 5 de noviembre de 1823, se instala un nuevo Congreso constituyente. La monarquía ha quedado liquidada y proscrita; además se busca abiertamente la adopción del sistema federal.

Zacatecas se convierte en una provincia líder por la instauración del federalismo, con su diputación provincial a la cabeza. Así que, una vez que Guadalajara, Oaxaca y Yucatán se declararon estados libres, “el 17 de junio de 1823 la Diputación provincial declaró a Zacatecas ‘Estado libre y federado con los demás que componen la grande Nación Mexicana’, y como único sistema de gobierno reconocido al ‘Popular Representativo Federado’.”¹⁴

¹² *Idem*.

¹³ Ambos textos en TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1978, pp. 124-144.

¹⁴ DE VEGA, op. cit., p. 227; cfr. ROJAS, *La Diputación...*, op. cit., pp. 145-146 (Acta de la sesión de 17 de junio de 1823).

Es de hacerse notar que esta determinación de las autoridades provinciales, provocó otro diferendo con Aguascalientes. Mercedes de Vega, escribe:

Aunque la diputación se autonabraba órgano representativo de la provincia, lo cierto es que no consultó a los ayuntamientos para hacer esta declaración y, al conocer los acuerdos, Aguascalientes exigió respeto a su opinión. Se desconoce la reacción del resto de los ayuntamientos al pronunciamiento federalista de la diputación, pero la de Aguascalientes permite suponer que pudieron rechazar sus procedimientos por no ser tomados en cuenta, pese a que gozaban de un peso político específico. El hecho anunció las dificultades para enlazar las autonomías territoriales representadas por los ayuntamientos acostumbrados al autogobierno, subordinarlas a los poderes estatales e integrar un estado federal articulado a la vez con el todo nacional. Asimismo, presagiaba futuras discordias entre los poderes estatales y los ayuntamientos, sobre todo los más poderosos, como Aguascalientes y Sombrerete.¹⁵

También en las sesiones de un primer congreso constituyente del estado de Zacatecas, instalado el 19 de octubre de 1823, Aguascalientes presenta posiciones contrarias a las de Zacatecas.

En Aguascalientes, el clero y los militantes se opusieron a los acuerdos del Congreso estatal y dieron un sesgo conservador a ese partido, lo cual provocaría fuertes fricciones que se sumaron a la renuncia de la villa a quedar bajo la jurisdicción de Zacatecas. En Aguascalientes la fuerza municipalista, fincada en la presencia militar y un grupo económico poderoso, fue particularmente palpable y constituyó uno de los principales obstáculos para articular el territorio estatal.¹⁶

Las diputaciones provinciales, a la postre, representaron los intereses de las élites, provinciales, de las regiones. A final de cuentas, en su mayoría, las provincias se convirtieron en los primeros estados y territorios de la nueva federación.

¹⁵ DE VEGA, *op. cit.*, p. 227.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 231-232.

2. Aguascalientes, partido del estado de Zacatecas

El congreso constituyente de 1824 expide primero el *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*, como anticipo de la Constitución y para asegurar el sistema federal; es del 31 de enero de 1824.¹⁷

El 4 de octubre de 1824 se expide la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, que estuvo en vigor hasta 1835.

A partir del *Acta Constitutiva* y ratificada después por la *Constitución* de 1824 (artículo 5o.), Zacatecas se convierte en estado de la Federación Mexicana. Aguascalientes región, forma parte del estado de Zacatecas con el carácter de partido.

El 17 de enero de 1825 se expide la primera Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas. Fue promulgada por el gobernador Pedro José López de Nava, político en cierto sentido aguascalentense, pues era originario del Valle de Huejúcar (Calvillo).

¿Cuál es la situación jurídica de Aguascalientes, en su doble aspecto de partido y de municipio, de acuerdo con esta primera Constitución del estado de Zacatecas del que forma parte?

A continuación veremos algunas normas que tienen que ver con la conformación institucional de Aguascalientes.

Comencemos con la transcripción de los artículos que reafirman a Zacatecas como estado de la Federación Mexicana, a la cual llama indistintamente “confederación” y “federación”, esto en virtud del “federalismo radical” de que siempre hizo gala, pues como se sabe la confederación implica un grado mucho mayor de autonomía que una federación.¹⁸

Artículo 1. El estado de Zacatecas es libre e independiente de los demás estados-unidos de la nación mexicana, con los cuales conservará las relaciones que establece la confederación general de todos ellos.

Artículo 2. En todo lo que toca exclusivamente a su gobierno y administración interior, es igualmente libre y soberano.

Artículo 3. Para mantener sus relaciones con la unión federal el estado de Zacatecas, delega sus facultades y derechos al congreso general de todos los estados de la federación.

¹⁷ TENA, *op. cit.*, pp. 154-161.

¹⁸ *Las Constituciones de Aguascalientes*, Edición de la LII Legislatura del Estado de Aguascalientes, 1986, p. 11.

El capítulo II de la Carta zacatecana trata del territorio del estado. Aguascalientes aparece como partido.

Artículo 4. El territorio del estado será por ahora el mismo de la intendencia y gobierno político, en que se comprenden los partidos de Zacatecas, Fresnillo, Sombrerete, Aguascalientes, Juchipila, Nieves, Mazapil, Pinos, Jerez, Tlaltenango y Villanueva.

Artículo 5. La anterior disposición es sin perjuicio del mejor arreglo y distribución que puede y debe hacerse de todos los partidos del estado según su situación particular, población y demás conveniencias locales; y lo que entonces se determinare en esta parte se tendrá por constitucional, así como lo que se resolviere definitivamente sobre los partidos de Colotlán y Bolaños.

El partido de Aguascalientes estaba formado por los municipios de Aguascalientes como cabecera, Rincón de Romos, Asientos y San José de Isla; pero a partir de 1825, este último pasa al partido de Zacatecas y Huejúcar —poco después llamado Calvillo— pasa a formar parte del partido de Aguascalientes.¹⁹

Los artículos 16 y 17 tratan de la forma de gobierno del estado. Se dice es republicano representativo popular federado (artículo 16); y el “supremo poder del Estado” se divide en tres: legislativo, ejecutivo y judicial (artículo 17).

Los partidos están representados en el Congreso o Cuerpo legislativo del estado. Así que Aguascalientes, como partido, tiene su diputado que lo representa.

Artículo 19. El congreso o cuerpo legislativo del estado se compone de los diputados nombrados popularmente por los ciudadanos. El número de ellos así como el de sus suplentes, debe ser igual al de los partidos.

Otras normas constitucionales que tienen que ver directamente con Aguascalientes, son las que se refieren al gobierno interior de los partidos. La Constitución general de la república de 1824 no prescribe la forma en que deben organizarse interiormente los Estados;

¹⁹ Cfr. ROJAS NIETO, Beatriz, “De la conquista a la Independencia”, en la obra colectiva *Breve historia de Aguascalientes*, México, Fondo de Cultura Económica, Fideicomiso Historia de las Américas y El Colegio de México, 1994, p. 71.

da por hecho que ya tienen una organización jurídica, administrativa y territorial y que las modificaciones a la misma deberán hacerlas sus órganos internos de gobierno. En términos generales, en cuanto a su gobierno interno los estados siguieron las directrices de la *Constitución de Cádiz*. Así que la mayoría de las constituciones locales adoptaron la organización de su territorio dividiéndolo en partidos. El partido comprende un cierto número de pueblos con ayuntamientos; en algunos casos varios partidos forman un distrito, departamento o cantón. “Se evitó gobernar un conjunto de ayuntamientos sin concierto, por lo que se impuso que éstos se suscribieran a un orden administrativo superior. La forma en que se organizó y supeditó a los ayuntamientos respondió a los lineamientos gaditanos”.²⁰

La *Constitución de Cádiz* había establecido que el gobierno interior de los pueblos sería por ayuntamientos, compuestos del alcalde o alcaldes, los regidores y el procurador síndico, y que serían presididos por el “jefe político, donde lo hubiere, y en su defecto el alcalde o el primer nombrado entre éstos, si hubiere dos” (artículo 309). La primera Constitución de Zacatecas no establece la figura del jefe político, optando por la solución de establecer el cargo especial de “presidente del ayuntamiento”, siempre para todos los ayuntamientos, distinto siempre de los alcaldes, a los cuales les asigna sólo la función de administrar justicia.

Es digno de destacarse, entre las atribuciones de los ayuntamientos, además de sus funciones propias tradicionales, el de participar en el proceso legislativo manifestando su opinión en todos los proyectos de ley, de su reforma o derogación que se les remitan (artículo 130, fracción I); y deberán remitírseles todos los proyectos de ley, pues esa remisión forma parte del proceso de formación de las leyes (artículos 83 y 85); y los propios cabildos están obligados a publicar los proyectos de ley y a oír opiniones sobre el mismo “antes que los mismos ayuntamientos sientan la suya” (artículo 130, fracción II).

Otras disposiciones que se relacionan también con Aguascalientes, en cuanto que partido y ayuntamiento, son los de las “Juntas Censo-

²⁰ GORTARI RABIELA, Hira de “La organización política territorial. De la Nueva España a la Primera República Federal, 1786-1827”, en *El establecimiento del Federalismo en México (1821-1827)*, op. cit., p. 74.

rias”; institución interesante en cuanto que deberá vigilar la buena marcha de la administración pública municipal (artículos 134-138). Es un órgano de control, ya que el vigilar le implica informar al gobierno central del Estado de cómo es el gobierno de los ayuntamientos. Son algo así como los ojos del gobierno estatal en los partidos y en cada uno de los cabildos municipales.

La solución que la Constitución de 1825 da al control político de los partidos y municipios por parte del gobierno estatal, no es, pues, la del jefe político, sino la de las “juntas censorias”.

En lo que se refiere a la administración de justicia, se establece que “corresponde exclusivamente a los tribunales” (artículo 143); se manda que en todos los lugares del estado donde haya ayuntamientos habrá tribunales de primera instancia; y que en la capital del estado habrá un tribunal supremo de justicia.

Es de mencionar, por lo pronto, que el artículo 191 constitucional, se refiere a la “milicia del estado”, mandando que habrá una fuerza militar compuesta de los cuerpos de milicia local. Se trata de las llamadas “milicias cívicas”.

Todavía en vigor esta Constitución de 1825, la organización territorial de Zacatecas se modificó. Aguascalientes continuó en los términos antes mencionados, sólo que se precisó la categoría que revisten los lugares del Partido: Aguascalientes como ciudad; Calvillo como villa; Asientos como mineral; Rincón de Romos como congregación; Jesús María como pueblo y San José de Gracia como pueblo”.²¹

El 14 de diciembre de 1832, el gobernador Francisco García Salinas expide una nueva *Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas*. A continuación vamos a referirnos a aquellos aspectos que tienen relación con Aguascalientes como partido y como municipio.

El territorio del estado continúa dividido en los mismos partidos que reconocía la Constitución de 1825. Aguascalientes, entonces, conserva su carácter de partido (artículo 4).

Esta Constitución de 1832 cambia lo relativo al gobierno político interior de los partidos: aparece, además de los ayuntamientos, la

²¹ RODRÍGUEZ VALADEZ, Juan Manuel, “Organización y funcionamiento del Poder Judicial en el estado de Zacatecas. Periodo 1824-1862”, en *Vinculo Jurídico* 27-28, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, Zacatecas, julio-diciembre de 1996, p. 6.

figura del *jefe político*; desaparecen las *juntas censorias*. Se prevé que haya ayuntamientos y juntas municipales elegidas popularmente en los pueblos del Estado para su gobierno interior y régimen municipal (artículo 118). Se establece que en cada cabecera de partido habrá un *gefe político (sic)*, el cual será nombrado por el gobierno de entre los individuos que en las diferentes ternas le propongan los respectivos ayuntamientos y juntas municipales, siendo la duración del cargo de cuatro años, pero “pudiendo ser reelecto indefinidamente” (artículo 119). Las atribuciones de los ayuntamientos son las tradicionales propias de esos viejos órganos de gobierno, conservando la de manifestar su opinión en todos los aspectos de ley (artículo 122).

La Constitución de 1832 conserva la base para la organización y funcionamiento de las milicias cívicas:

Artículo 168. En el estado habrá una fuerza militar, compuesta de los cuerpos de milicia local, en los términos que designare la ley. El congreso determinará anualmente la parte de esta milicia que debe prestar continuo servicio, y él mismo formará el reglamento para su gobierno y organización, con presencia de las circunstancias locales de cada partido; y las disposiciones que acordare la constitución general de la Unión.

A. El radicalismo liberal de García Salinas y el partido de Aguascalientes: las diferencias políticas, los intereses opuestos

Dice Jesús Gómez que Aguascalientes progresó “hasta convertirse en el partido más rico del estado de Zacatecas y aspirar seriamente a su emancipación política”.²² Después de exponer algunos progresos económicos, agrega que los importantes adelantos materiales, “se vieron acompañados por diversas medidas de policía y buen gobierno”. Así nos da noticia de que el 2 de febrero de 1833 se publicó un Bando para el *Régimen de la Municipalidad de la Ciudad de Aguascalientes*; y al año siguiente se expidió un primer *Reglamento de*

²² GÓMEZ SERRANO, Jesús, *Aguascalientes en la historia 1786-1920*, t. I, vol. I, “Un pueblo en busca de identidad”, Gobierno del Estado de Aguascalientes e Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 1988, p. 67.

Policia para la Municipalidad de Aguascalientes para poner orden en la limpieza de las calles y el alumbrado público.²³

La idea de emancipación de Zacatecas por parte del partido de Aguascalientes va ir creciendo y materializándose poco a poco, motivada tanto por los intereses económicos de una elite aguascalentense que se consolidaba con riqueza ganadera, agrícola y comercial, y además con posiciones políticas contrarias a los grupos de poder de la capital del estado. A lo largo de este texto hemos mencionado algunas diferencias entre Aguascalientes y Zacatecas, siendo la primera de ellas, y muy importante, el hecho de la incorporación de la subdelegación de Intendencia aguascalentense a la Intendencia de Zacatecas en 1804, gracias a la terca insistencia de los intendentes zacatecanos y pese a la resistencia de los representantes de los intereses económicos de los de Aguascalientes. También hemos visto que ciertos pronunciamientos políticos de las autoridades zacatecanas provocaron reacciones en contra de parte de los aguascalentenses, tanto en el fondo como en la forma, quiero decir tanto por no haber sido tomada en cuenta la opinión de los segundos, como por el contenido mismo del pronunciamiento político impugnado; siempre en un sentido más liberal Zacatecas y más conservador Aguascalientes.

Electo gobernador de Zacatecas el legendario liberal Francisco García Salinas *Tata Pachito*, tomó posesión del cargo a principios de enero de 1829, primero como interino, y a partir del 1 de agosto de 1829, como gobernador constitucional. Dice Beatriz Rojas que con su llegada al gobierno "se consolidó el proyecto radical".

Los poderes legislativo y ejecutivo trabajaron de común acuerdo, salvo contadas excepciones, en los puntos que consideraron fundamentales para el afianzamiento del sistema federal: la consolidación de las milicias locales, la educación de la juventud, el fomento de la economía. Pero el refuerzo y la organización de las milicias tuvieron la prioridad.²⁴

²³ *Ibidem*, pp. 71-72.

²⁴ ROJAS, Beatriz, *En los caminos de la historia. Aguascalientes en el siglo XVIII*, Centro de Investigaciones y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes (CIEMA), México, 199, p. 192.

En 1829 se dan dos diferencias políticas importantes entre Zacatecas y Aguascalientes. García Salinas propuso al Congreso local un proyecto de ley para crear un banco agrícola cuyos fondos provendrían fundamentalmente de las obras pías pertenecientes a las agrupaciones eclesiásticas existentes en el estado. Aunque el proyecto, a final de cuentas, fue retirado por la reacción de la Iglesia y lo polémico y espinoso del asunto, el Ayuntamiento de Aguascalientes, que estaba facultado constitucionalmente para emitir su opinión sobre el proyecto de ley, no se pronunció favorablemente. La otra diferencia consistió en el apoyo de las autoridades de Aguascalientes al Plan de Jalapa, que fue leído como un intento de asonada.²⁵ Este Plan contra el presidente Vicente Guerrero protestaba lealtad a la Constitución y a las instituciones federales, pero los responsables de la revuelta eran realmente conservadores y centralistas.²⁶

Beatriz Rojas sostiene que las diferencias entre Aguascalientes y Zacatecas se vivían como algo normal; los asuntos que unían se llevaban por vía administrativa regular. Sostiene la historiadora aguascalentense, que Aguascalientes recibía del gobierno de Zacatecas facilidades "para su ilustración y progreso" en lo que se incluye la instauración de una academia de dibujo.²⁷ Esta se abre por decreto del 19 de octubre de 1831.²⁸ Sin embargo, en éste y otros rubros, otros partidos resultaron más favorecidos, por ejemplo Jerez, para donde el Congreso autorizó, también en 1831, el traslado de las cátedras del antiguo Colegio de San Luis Gonzaga; en este tiempo, en el rubro de población la villa jerezana ocupaba el cuarto lugar en el estado, después de Aguascalientes, la capital y Pinos.²⁹ ¿Cómo veían los aguascalentenses a su gobernador García Salinas? Jesús Gómez Serrano nos lo dice:

²⁵ *Ibidem*, pp. 193-194.

²⁶ GÓMEZ SERRANO, Jesús, *La creación del estado de Aguascalientes (1786-1857)*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1994, pp. 104-106.

²⁷ Cfr. ROJAS, Beatriz, *En los caminos...*, cit., p. 195.

²⁸ Cfr. RÍOS ZÚÑIGA, Rosalina, *Educación y transición en Zacatecas. De la Colonia al México independiente*, tesis para optar por el grado de maestra en historia, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, México, 1995, p. 69.

²⁹ RÍOS ZÚÑIGA, Rosalina, *op. cit.*, p. 74.

En Aguascalientes se respetaba a García Salinas, se reconocía que el suyo era un gobierno honorable e inflamado de sanos principios de mejoramiento, pero no se compartían su radicalismo, su deseo de secularizar los bienes de la iglesia y su apasionada defensa de la causa federal. Por eso, en mayo de 1835, cuando García Salinas y Santa Anna se enfrentaron, representando el primero a los liberales más exaltados y el segundo al partido conservador, los aguascalentenses no tuvieron que pensarlo mucho antes de ponerse del lado del "héroe de Tampico": no era sólo su conveniencia la que los guiaba, sino también su credo político y sus más íntimas convicciones.³⁰

No había coincidencias de la elite política de Aguascalientes con las posiciones de Francisco García Salinas, en cuanto a temas como federación y centralismo, en cuanto a planes y programas políticos en general.³¹ Iban madurando las condiciones para la separación de Aguascalientes de Zacatecas.

III. SEPARACIÓN DE ZACATECAS

1. Una causa política: la disputa por las milicias cívicas

A principios de 1835, instalado el nuevo Congreso nacional (cámaras de diputados y senadores) y ocupada la presidencia por el vicepresidente don Miguel Barragán (enero 28 de 1835), los vientos políticos dominantes conducen al Estado mexicano hacia el centralismo. Un obstáculo para ello, son los ejércitos estatales, esto es las *milicias cívicas*. Se empezó a discutir sobre ellos; debían abolirse o debilitarse para poder dar el paso de la federación a un régimen central.

José Antonio Serrano nos dice que a partir de 1824 se consolidaron dos fuerzas militares en el país: las milicias cívicas, dirigidas por los estados para la defensa de su soberanía, y el ejército o milicia permanente, controlado por el gobierno nacional, teniendo como objetivos la defensa de la integridad del país, y su orden social. Las milicias cívicas tienen su origen en la guerra de independencia, ya que "para 1810 no existía en la Nueva España un ejército de línea capaz de derrotar por sí sólo al movimiento insurgente", creándose

³⁰ GÓMEZ SERRANO, *Aguascalientes en la historia...*, op. cit., p. 75.

³¹ Cfr. ROJAS, "De la Conquista...", op. cit., p. 71.

"regimientos irregulares"; de tal modo que en virtud de la "amplia movilización y militarización de la población civil, el gobierno colonial pudo derrotar al movimiento insurgente".³²

La complejidad del pacto federal de 1824, implicó el reconocimiento de "la autonomía militar de las elites regionales al legitimar su control sobre las milicias cívicas";³³ los grupos de poder-regional tuvieron gran aprecio por los ejércitos estatales, pues así consolidaban su hegemonía en los territorios de sus estados. "A partir de 1828, Yucatán, Zacatecas, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas y Jalisco contaron a su disposición con eficaces, bien pertrechadas y numerosas fuerzas castrenses que incrementaron su peso político y su poder de negociación frente al gobierno nacional".³⁴

En 1833 se da un primer intento de reforma. Las elecciones al Congreso habían sido ganadas por federalistas radicales; ocupa la presidencia Valentín Gómez Farías, en su calidad de vicepresidente, en ausencia del presidente Antonio López de Santa Anna. Se proponen emprender una reforma político-jurídica restando privilegios y prerrogativas al ejército y a la Iglesia. Además, el diputado José Fernando Ramírez presenta un proyecto que de hecho transformaba el orden constitucional de federal a confederal, ya que las autoridades de la Unión "no contarían con una hacienda pública autónoma y desde el punto de vista militar, sólo defenderían la integridad nacional, sin inmiscuirse en la conservación del orden político y social interno, facultades encargados a las fuerzas estatales".³⁵

Con relación a la Iglesia existió un proyecto de ley del Patronato, en el que se establecía que éste "reside radicalmente en la nación", con la exigencia de que esto fuera jurado por el clero y los superiores de las órdenes religiosas, con la amenaza de que si esto no se aceptaba se aplicaría la pena de destierro de la República Mexicana.³⁶

³² SERRANO ORTEGA, José Antonio, "Los estados armados: milicias cívicas y sistema federal en México (1824-1835)", en *La guerra y la paz. Tradiciones y contradicciones*, vol. II, Alberto Carrillo Cázares (ed.), Zamora, El Colegio de Michoacán, 2002, pp. 445-446.

³³ *Ibidem*, p. 447.

³⁴ *Ibidem*, p. 451.

³⁵ *Ibidem*, pp. 453 y 454.

³⁶ Cfr. GARCÍA GUTIÉRREZ, Jesús, *La lucha del Estado contra la Iglesia*, Ed. Tradición, México, 1979, pp. 86 y ss.

El proyecto de Ramírez, que contenía la reforma militar y fiscal, sí se aprobó, esto fue en noviembre de 1833. Pero en abril de 1834 Santa Anna ocupó de nueva cuenta la presidencia, “anuló la famosa ley del caso... conminó a los diputados a no proseguir su reforma militar”³⁷ y disolvió el Congreso.

A principios de enero de 1835 Santa Anna presentó una iniciativa para reducir —lo que en la práctica significaba aniquilar—, a la milicia cívica. Zacatecas conservaba la milicia más numerosa (alrededor de quince mil milicianos), mejor armada y quizás mejor pagada de país; además a sus milicianos les habían concedido tierras y préstamos agrícolas.³⁸ Los grupos de poder zacatecanos encabezados por el gobernador Manuel González de Cosío (I.I.1835) y el jefe de los activos militares, el ex gobernador Francisco García Salinas, consideraban que ese proyecto de ley iba contra la soberanía de los estados y volvía nugatorio el pacto federal. “Argumentaban que la Constitución de 1824 y la ley cívica de 1827 habían establecido que los estados podrían movilizar los efectivos que consideraran oportunos para defender sus intereses, libertades y soberanía en contra de invasores internos y externos”,³⁹ y tal proyecto de Santa Anna, después convertido en ley, violaba esos pactos en contra del sistema federal.

Antes de que el Congreso aprobase la ley sobre la reducción de las milicias, se emprendieron negociaciones para obtener el consentimiento del estado de Zacatecas.

El aguascalentense José María Bocanegra, participó en las negociaciones, y su testimonio es éste:

Muchas y muy graves fueron las dificultades y cuestiones que se suscitaron, señaladamente, entre el gobierno general y el particular del estado de Zacatecas. El primero, escudándose con las facultades que le daba la Constitución de la república, y haciendo uso de las atribuciones que ella designaba con relación a ramo de la milicia cívica, se defendía de las inculpaciones que el segundo le hacía, llamándole atentatorio y enemigo de las instituciones. Agriada la cuestión, llegó al extremo de presentarse en hostilidad y en

³⁷ SERRANO, *op. cit.*, p. 454.

³⁸ *Ibidem*, pp. 449-450 y 455.

³⁹ SERRANO, *op. cit.*, p. 456.

armas el Estado con sus autoridades a la cabeza, contra el presidente y el gobierno de la federación, sin que se hubiese podido lograr el inquietar los ánimos, deshaciendo las equivocaciones en que respectivamente se incurrió, sin que tampoco hubiesen tenido un resultado feliz los pasos conciliadores que se dieron, representándose con energía y verdad para obtener la derogación o enmienda de la citada ley de reducción y reforma.⁴⁰

Dilatadas conferencias hubo y por muchos días estuvimos reunidos ante el presidente de la república, los de las respectivas comisiones de ambas cámaras, los secretarios del despacho y la diputación de Zacatecas con mi incorporación a ella, como se previene en la nota transcrita; pero absolutamente nada conseguimos acordar favorablemente en utilidad del bien público, al intento de evitar las tristes consecuencias que produciría llevar a efecto la citada ley de 31 de marzo, que reducía y reformaba la milicia local como se ha dicho.⁴¹

La ley se aprobó, pues, a fines de marzo de 1835, mandándose que las milicias cívicas en todos los estados se redujeran a una base dada de población, participando en su organización, además de los gobiernos estatales, el de la Unión. El armamento sobrante o excedente, una vez aplicadas las reformas decretadas, debía ser recogido.⁴²

El gobierno del estado de Zacatecas no aceptó la ley, y optó por la resistencia al gobierno, entonces todavía federal. Santa Anna se puso al frente del ejército con el fin de marchar a someter a los rebeldes zacatecanos, a las milicias cívicas de García Salinas. Camino al norte pasó Santa Anna por Aguascalientes, y aunque pisaba “territorio enemigo”, fue recibido en tono triunfal.⁴³ Eran los primeros días de mayo de 1835.

Estos acontecimientos hicieron posible que Aguascalientes se separara de Zacatecas, primero de hecho e iniciándose el proceso de reforma constitucional para convertirse en territorio de la federación, y después para quedar constituido como un departamento de la República.

⁴⁰ MARÍA BOCANEGRA, José, *Memorias para la historia de México Independiente*, t. II, Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, edición facsimilar de la de 1892, México, 1985, p. 602.

⁴¹ *Ibidem*, p. 604.

⁴² Cfr. BOCANEGRA, *op. cit.*, p. 602.

⁴³ Cfr. GÓMEZ SERRANO, *Aguascalientes en la historia...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

El viernes 10. de mayo de 1835 el general Antonio López de Santa Anna entró a la ciudad de Aguascalientes en medio del clamor popular, repique de campanas y descargas de artillería. Fue recibido por las autoridades y se ofreció un *Te deum* en su honor en el templo parroquial. De Aguascalientes marcharía a combatir a las fuerzas armadas zacatecanas, a sus famosas milicias cívicas, a las cuales derrotó el 11 de mayo en Guadalupe.

Es claro que la alianza política entre las elites político-económicas de Aguascalientes y Santa Anna, solicitándole las primeras al segundo la separación de Zacatecas del partido de Aguascalientes, combinado con la derrota de la causa de García Salinas, llevaron al comienzo del largo camino de la autonomía aguascalentense. Este es el hecho político, de fuerza, que al final se impuso.

2. El proceso jurídico de la independencia aguascalentense

Pero por otro lado, al proceso político de separación se le unió un camino jurídico, que implica tanto manifestación de voluntad popular, recurriendo a una forma de tradición democrática, como aplicación de la dimensión sapiencial del derecho.

Resulta muy interesante que el proceso jurídico de emancipación de Aguascalientes comience con la celebración de un *cabildo abierto*. Esto significa el extraer de la memoria histórica toda la riqueza democrática de una de las instituciones de más raigambre de la tradición jurídica española en general y castellana en especial, que es la de la autonomía municipal y sus libertades.

Durante todo el periodo de la Reconquista, el municipio castellano jugó un papel de enorme importancia político-social. Los reyes otorgaban grandes privilegios a aquellos que poblaban regiones que iban recuperando para Castilla de manos de los moros, pues era una manera eficaz de ir consolidando el triunfo. Por esa razón los pobladores de las regiones reconquistadas, que fundaban ciudades, gozaban, como miembros de las mismas, de privilegios, y la ciudad de gran autonomía.

El historiador mexicano, Gabriel Aguirre, nos explica este proceso: "Poco a poco los hispanos ganaron terreno a costa de sangre y de sacrificios; el avance cristiano fue lentísimo, hasta que Toledo volvió a caer en poder de los hispanos en 1085. A medida que avanza-

ban, también avanzaba una faja de tierra desolada y desierta, especie de *res nullius* o tierra de nadie que iba siendo lentamente repoblada por los cristianos venidos del norte. Así fue como la Reconquista brindaba a los que deseaban ganarse las espuelas, la oportunidad magnífica que se había de aprovechar sin titubeos. Las relaciones entre el rey y la nobleza, a veces tirantes, en otras ocasiones casi lograron subyugar al rey; a veces el rey venciendo a la nobleza, consiguió la sumisión al poder real; pero quien realmente salió ganando a la postre fue un factor nuevo en la historia de Occidente, los nuevos centros de población que amparados bajo el fuero real se conocieron como Villas reales, Villas nuevas o Villas francas".⁴⁴

Pues bien, estas ciudades o municipios, nacidos de las propias circunstancias históricas de la Reconquista, por su autonomía, tenían una gran libertad en sus operaciones, independencia en cuanto a nombrar los miembros que componían el cabildo, arreglaba sus gastos y levantaba gente armada que, incluso, podía marchar a la guerra con su propia bandera.

Los municipios gozaban, pues de gran libertad y autonomía; los ayuntamientos funcionaban como pequeñas repúblicas, que contaban con todos los medios y plenitud de facultades para realizar los fines comunes de la sociedad que constituía el municipio.

En el nacimiento de las primeras ciudades de Indias, en especial de Nueva España, se revive aquella autonomía y libertad de las ciudades. Al respecto José Ma. Ots escribe: "Pero así como en Castilla, al tiempo de producirse los descubrimientos colombinos, había llegado el municipio a un momento de postración y decadencia grandes, siendo sólo una sombra de lo que fue el vigoroso régimen municipal castellano de los siglos XII y XIII, en las nuevas ciudades de las Indias, estas mismas instituciones municipales, caducas en la Metrópoli, cobraron savia joven en un mundo de características sociales y económicas tan distintas, y jugaron papel importantísimo en la vida pública de los nuevos territorios descubiertos".⁴⁵

⁴⁴ AGUIRRE RAMÍREZ, Gabriel, *Don Alfonso el Sabio. Las directrices de la política interior de su reinado*, México, UNAM, 1955, pp. 9 y 13.

⁴⁵ OTS Y CAPDEQUI, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 128.

En España los ayuntamientos funcionaban tanto en *cabildo abierto* como en *cabildo cerrado*. En el primer caso el gobierno se ejercía por medio de la intervención directa del pueblo; y, en el segundo, por representantes, llamados concejales, municipales o regidores. En la Nueva España el cabildo abierto no fue muy frecuente; Esquivel Obregón señala dos casos especialmente notables, la fundación y el funcionamiento inicial del ayuntamiento de la Villa de la Vera Cruz y la fundación de la Villa de San Sebastián de León.⁴⁶

A. Papel emancipador de los ayuntamientos

Al conocerse a lo largo y ancho de la América Española la invasión de las tropas de Napoleón Bonaparte a España en 1808, comienza "el estallido final de un sistema y a la vez el nacimiento de un nuevo astro: Hispanoamérica independiente".⁴⁷

Así, ante la noticia de la invasión napoleónica y de las claudicaciones y cesiones de derechos de Carlos IV y Fernando VII a favor del propio Napoleón, y el ascenso al trono español de José Bonaparte, el ayuntamiento de la Ciudad de México, encabezado por el síndico Francisco Primo Verdad, en su sesión del 19 de julio de 1808, maneja esta tesis: desconoce cualquier autoridad impuesta, considera nulas las abdicaciones de sus reyes, y ausente el monarca, la autoridad y su ejercicio no subsisten ni en el virrey ni en la Real Audiencia, sino en el conjunto de la nación novohispana y proponen al virrey Iturrigaray que gobierne por comisión del mismo Ayuntamiento.

Varios ayuntamientos novohispanos participaron en el mismo sentido en esta etapa preindependiente, celebrándose muchas reuniones de cabildo abierto. "En los documentos de la época se registran nombres y firmas del pueblo en general que, con entusiasmo inusitado, da a conocer sus puntos de vista en torno a los sucesos peninsulares".⁴⁸

⁴⁶ Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, t. II, Nueva España, México, Ed. Polis, 1938, p. 240.

⁴⁷ MARTIRÉ, Eduardo, *1808 La clave de la emancipación hispanoamericana*, Buenos Aires, El Elefante Blanco, 2002, p. 279.

⁴⁸ MAZARIEGOS RAMOS, Ileana, *El poder del municipio. Antología*, México, Banobras, 1987, p. 34.

No sólo en la Nueva España, sino que toda la América hispánica se va a dar el papel protagónico con carácter emancipador de los ayuntamientos, celebrando en los momentos más cruciales cabildos abiertos, como en la Revolución de Mayo de 1810 en Buenos Aires.⁴⁹

B. El Cabildo abierto emancipador de Aguascalientes

Recurriendo a la memoria histórico jurídica de la tradición democrática y libertaria del municipio, así como del modo en que se había iniciado el proceso de independencia de nuestra América, con el papel protagónico de los municipales y concejales y los frecuentes cabildos abiertos; recurriendo, decimos, a esa memoria histórico jurídica, los interesados en la independencia de Aguascalientes de Zacatecas, por medio de los síndicos procuradores del Ayuntamiento de Aguascalientes, convocan con ese objeto a cabildo abierto.

El día 2 de mayo de 1835 el Ayuntamiento de la ciudad de Aguascalientes celebra sesión de cabildo abierto, por lo tanto con la participación no sólo de los miembros del cabildo, presididos por el "jefe político interino" Pedro García Rojas, sino de una gran cantidad de gente vecinos de la ciudad de Aguascalientes. Esta asamblea decide la emancipación e independencia de Aguascalientes del estado de Zacatecas, y se acuerda que se invita a las demás municipalidades del Partido a efecto de que secunden esta determinación.

Así que, independientemente de que los argumentos esgrimidos por los síndico procuradores José María de Barros y Atanasio Rodríguez, en opinión de algunos no hayan estado muy bien fundados o fueran exagerados,⁵⁰ el acto político-jurídico del cabildo abierto, con numerosa participación del pueblo aguascalentense, decidiendo sobre la emancipación e independencia de la ciudad de Aguascalientes de Zacatecas, reviste gran importancia. Se trata de un acto de ejercicio de soberanía popular, haciendo valer la más genuina tradición democrática.

El síndico procurador Barros establece con mucha claridad el objeto de la reunión del cabildo abierto:

⁴⁹ Cfr. STOETZER, Carlos, *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

⁵⁰ Cfr. GÓMEZ SERRANO, *La creación del estado...*, cit., pp. 119-121.

Es por tanto llegado el tiempo en el que el pueblo honrado y digno de mejor suerte, use ahora de su libertad, y que delibere como soberano con presencia del actual orden de cosas sobre su futura suerte, pues que desobedeciendo al Supremo Gobierno de la Federación por los funcionarios de Zacatecas, es por consiguiente bien claro que ellos han roto el pacto que nos unía a la capital, y por tanto debiéndonos considerar un estado natural para establecer nuestro gobierno interior con separación absoluta del que hemos tenido.⁵¹

Amparados en la tradición democrática y libertaria del municipio, consideran que la fuente y origen de la soberanía está en el pueblo, y por eso proponen a la asamblea tome la decisión de independizarse de Zacatecas. Los motivos, varios agravios, políticos y económicos, que se denuncian en el Acta del Ayuntamiento y que se desarrollan a detalle en la *Representación al Soberano Congreso Nacional*;⁵² y uno jurídico: Zacatecas ha roto el pacto federal, y Aguascalientes como parte de Zacatecas no está de acuerdo en la ruptura de ese acuerdo jurídico fundamental, por lo que tiene derecho y lo ejercita de separarse de Zacatecas y ligarse, como Territorio, a la suerte de la federación.

El razonamiento de derecho parte de la idea de un pacto jurídico-político, en este caso el que fundó y mantiene la federación. Los síndicos procuradores del Ayuntamiento de Aguascalientes, al argumentar en favor de la independencia de Aguascalientes, lo hacen de modo *análogo* al razonamiento de los grupos y ayuntamientos que se pronunciaron por la independencia de España en su momento.

La monarquía española tiene dos fundamentos históricos que la sustentan. El primero, no exclusivo de España, es que la autoridad del monarca "se basaba en un convenio de él con el vasallo, en que éste ofrecía obedecerlo y servirlo".⁵³ El segundo, sí propio de la his-

⁵¹ "Acta del I. Ayuntamiento y vecindario de la ciudad de aguascalientes sobre separarse del estado de Zacatecas, erigiéndose en Territorio..." en TISCAREÑO, Ángel, *Lo que fue! ¡Lo que es! Algunos datos relativos a la historia del estado de Aguascalientes*, Instituto Cultural de Aguascalientes, Gobierno del Estado de Aguascalientes y Archivo Histórico del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, 1994, pp. 29-30.

⁵² TISCAREÑO, *op. cit.*, pp. 35-45.

⁵³ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, p. 75.

toria española de la época de la Reconquista, basado en el derecho foral, de los fueros, en que la potestad del soberano descansa, en gran parte, en los convenios o pactos que celebraba con las comunidades o consejos, en virtud de los cuales éstos aceptaban obedecerlo y servirlo a cambio del respeto que el monarca ofrecía a los fueros locales.

De tal modo que cuando Fernando VII y Carlos IV quedaron privados del ejercicio de la monarquía española por las acciones napoleónicas, los ayuntamientos consideraron que las comunidades que representaban resumían su soberanía por haber quedado roto el pacto que las unía a sus reyes. Trusso cita un editorial muy significativo de la *Gaceta de Buenos Aires* del 6 de diciembre de 1810, en donde se sostiene que "...disueltos los vínculos que ligaban los pueblos con el monarca, cada provincia era dueña de sí misma, por cuanto el pacto social no establecía relación entre ellas directamente sino entre el rey y los pueblos".⁵⁴

Utilizando la analogía y teniendo en la memoria el fundamento filosófico jurídico argumentado en los movimientos de independencia, los síndicos procuradores primero y luego la asamblea toda que formó el cabildo abierto, consideró que Zacatecas rompía el pacto político fundamental de la joven república mexicana al enfrentarse a la Federación, por lo que a la comunidad aguascalentense no le obligaba más estar ligada a Zacatecas, por su voluntad de seguir unida a la Federación Mexicana.

Las resoluciones de esa histórica sesión de cabildo abierto del ayuntamiento de Aguascalientes, fueron las siguientes, de acuerdo al Acta de la propia sesión, y estado en conformidad tanto los municipales como el vecindario que la suscriben:

- 1a. La ciudad de Aguascalientes que hasta ahora ha pertenecido al estado de Zacatecas componiendo una de sus municipalidades, de hoy en adelante se emancipa e independe del mismo Estado, y es su voluntad constituirse en Territorio.
- 2a. Por consecuencia, ya no está sujeta a las autoridades supremas de Zacatecas, ni obedecerá las leyes, decretos, resoluciones ni determinaciones que de ellas emanaren.

⁵⁴ TRUSSO, Francisco Eduardo, *El derecho de la revolución en la emancipación americana*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1969, p. 35.

3a. En virtud de ser el señor Jefe político propietario de este Partido D. José María Sandoval un empleado puesto por el gobierno del estado y no por elección popular, se desconoce en lo sucesivo su autoridad, y queda nombrado con el carácter de interino D. Pedro García Rojas, electo unánimemente.

4a. Se invitará a las demás municipalidades de este Partido, a efecto de que si gustaren y lo hallaren por conveniente, secunden esta determinación; y en el caso que no lo hagan estén en la inteligencia que ya no continúan dependientes de esta ciudad, sino de la capital del estado.

5a. Esta determinación se pondrá en el conocimiento de los supremos poderes legislativo y ejecutivo de la Unión solicitando su aprobación.

6a. Ínterin ésta se consigue, continuará Aguascalientes rigiéndose por las leyes vigentes del estado de Zacatecas, que no pugnen con esta emancipación, ni que tiendan a franquearle recurso alguno.⁵⁵

C. La equidad y la prudencia en la resolución del Congreso

De la resolución del cabildo abierto se deriva la solicitud formal al Congreso de la Unión, al "Soberano Congreso General" como se le llama, del propio Ayuntamiento y del vecindario de la ciudad de Aguascalientes, para que se digne "aprobar y autorizar la emancipación que esta misma ciudad, libre y espontáneamente ha hecho del antedicho estado, y su erección en Territorio de la República Mejicana".⁵⁶

A la anterior solicitud recayó un decreto de la Cámara de Diputados (21 de mayo de 1835) que fue aprobado también por la Cámara de Senadores (23 de mayo de 1835), por el que de hecho se cumple con una primera etapa de reforma constitucional que implicaría el que el Partido de Aguascalientes formalmente se convirtiera en Territorio federal, siguiendo el proceso establecido por el artículo 50, fracción VII, en relación con el artículo 5o. de la Constitución de 1824. Los resolutivos 1o. y 2o. así lo indican; aprobada la reforma por la mayoría de las Cámaras que forman el Congreso, restaría que tres cuartas partes de las legislaturas estatales lo aprobaran también.

El 3o. punto resolutivo manda que entre tanto se completa la reforma constitucional "continuará Aguascalientes separado de Zacatecas".⁵⁷

Sobre los resolutivos 1o. y 2o. no tiene facultad expresa y precisa para resolver, y sobre el último punto el Congreso no está facultado. Resuelve, como se establece en el propio decreto, por "epiqueya racional" y "prudencia legislativa", pues el "partido de Aguascalientes no puede ya continuar unido a Zacatecas sin que se comprometa la tranquilidad pública de este estado y el de toda la federación".⁵⁸ Textualmente los resolutivos son los siguientes:

Artículo 1. El gobierno inmediatamente dará aviso a todas las legislaturas de los estados, de la solicitud entablada por la ciudad de Aguascalientes, exigiéndoles manifiesten su anuencia o su oposición.

2. En el hecho de que tres cuartas partes de la legislatura convengan en dicha solicitud, quedará Aguascalientes y pueblos del partido erigidos en Territorio de la Federación.

3. Ínterin se verifica lo que previene el anterior artículo, o se establece otra cosa en las reformas de la Constitución, continuará Aguascalientes separado de Zacatecas y gobernado por las autoridades que hoy lo rigen, bajo la inspección del gobierno general y en clase de Territorio.

Como hemos dicho, las resoluciones de las cámaras de diputados y senadores, por lo que ve a los artículos 1 y 2 de sus decretos se basan en lo previsto por los artículos 50, fracción VII, en relación con el artículo 5o. de la Constitución, por lo que se faculta al Congreso general a resolver cuestiones relativas a la creación de un nuevo Estado dentro de los límites de uno ya existente. Pero para resolver se tiene que hacer una interpretación analógica y por mayoría de razón, pues expresamente la ley constitucional no otorga facultades al Congreso para erigir un *territorio* dentro de los límites de un estado ya existente. Por eso razona así:

El Congreso, aun el *constitucional ordinario*, puede erigir un nuevo Estado en los límites de un antiguo, con los requisitos que prescribe el párrafo 7,

⁵⁵ TISCAREÑO, Ángel, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ Texto completo en TISCAREÑO, *op. cit.*, pp. 35-45.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 45-46.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 45.

artículo 50 de la Constitución federal; y siendo menos erigir un Territorio que un estado, parece, por una *epiqueya racional*, que se obrará bien en este segundo caso, siempre que se sujete a las mismas prevenciones que al primero.⁵⁹

Es claro, entonces, que los congresistas están conscientes de la carencia de esa facultad expresa constitucional, y de esa otra facultad que les permita decretar que mientras dura el proceso de reforma constitucional continúe separado Aguascalientes de Zacatecas, y sin embargo, por *prudencia legislativa*,⁶⁰ se ven obligados a establecerlo así en el artículo 3, porque, “la salud pública exige una medida que calme la efervescencia de ánimos de Aguascalientes”.⁶¹

D. Hacia 1835, sobrevivencia del derecho antiguo

El derecho novohispano tiene las características del derecho antiguo. Esto significa que atiende a una pluralidad de fuentes, la ley, ciertamente, pero también costumbres, usos, jurisprudencia y principios generales del derecho tales como la equidad o epiqueya, y una racionalidad analógica en donde se inserta la prudencia; es en el sentido más propio del término: *jurisprudencial*. Admite, además, el pluralismo jurídico, lo que significa que, sin romper la unidad del Estado novohispano, coexisten ordenes jurídicos diversos, como el de usos y costumbres de las comunidades indígenas.

El derecho moderno, caracterizado por la reducción de lo jurídico a la ley que proviene de los órganos legislativos del estado, y formado por normas generales, abstractas e impersonales, poco a poco va penetrando en México, sobre todo a raíz de la independencia, hasta llegar a consolidarse con la plena expresión del derecho liberal a partir de la Reforma, hacia la mitad del siglo XIX.

De tal modo que en 1835, año de la independencia de Aguascalientes de Zacatecas, la juridicidad mexicana se encuentra en una etapa de transición del antiguo derecho novohispano al derecho moderno liberal. Así podemos ver que en los acuerdos del Congreso

general, cámaras de diputados y de senadores, sobre la petición de los aguascalentenses de convertirse en Territorio federal separándose de Zacatecas, sobrevive el derecho novohispano, pues el órgano legislativo resuelve basándose en la “epiqueya racional” que no es otra cosa que la *equidad* y en la “prudencia legislativa” que constituye una manifestación de la auténtica *jurisprudencia*.

El movimiento codificador va unido a la concepción moderna del derecho. Y en ese sentido el Código de Napoleón o *Code Civil* de 1804 constituye la primera expresión jurídica de la modernidad del derecho. Escribe Arnaud:

...una ruptura demasiado radical se instaura en el orden jurídico entre el periodo anterior a la Revolución de 1789 y aquella que comienza en la promulgación, en el año XII-1804, del Código Civil. En el antiguo derecho, señaladamente, la ley no era la sola “fuente” oficial del derecho. Las sentencias de los magistrados, lo que escribían los profesores y los practicantes, lo que veían los filósofos (la separación entre filosofía y derecho no era completa), la costumbre, los usos bajo ciertas condiciones podían ser considerados teniendo un valor normativo, es decir que todo lo anterior era derecho.⁶²

Como enseña Jaime del Arenal, “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”.⁶³

Por su parte Paolo Grossi dice:

El drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua.

Esto lleva, dice el propio Grossi, a “la pérdida de la dimensión sapiencial del derecho”.⁶⁴

⁶² ARNAUD, André-Jean, *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, p. 10.

⁶³ ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “A 200 años de la codificación napoleónica”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 28, México, 2004, p. 774.

⁶⁴ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

En el proceso jurídico que implicó la independencia de Aguascalientes se conserva, pues, la dimensión sapiencial del derecho, pues el Congreso para resolver se aparta de la letra de la ley en lo relativo a la erección del Territorio y sin fundamento legal estricto resuelve que la separación entre Aguascalientes y Zacatecas continúe aun cuando el proceso jurídico no haya concluido, basando su resolución en la epiqueya (equidad) y en la prudencia, que constituyen principios generales del derecho.

La equidad o epiqueya es la corrección de la ley. Suárez siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás, nos explica:

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 y como suena, sino conforme a lo equitativo y bueno; esto es observar el *ius* conforme a su intención, y hacer lo contrario sería violarlo.⁶⁵

Por otro lado sabemos que la *jurisprudencia* constituye la visión y aplicación de lo jurídico, de lo relativo al *ius*, con la virtud de la *prudencia*. Ésta nos hace elegir el medio adecuado para lograr un fin bueno; entendiendo tanto el medio o moderación de una acción, como el medio como instrumento conveniente a ese fin.⁶⁶ En consecuencia, la prudencia dirige a la razón, o la rectifica si se equivoca, para atinar tanto con los medios como con los fines.⁶⁷ La prudencia constituye la virtud por excelencia en la aplicación del derecho, en la búsqueda de lo que es justo.

⁶⁵ SUÁREZ, Francisco, *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, edición bilingüe de *De Legibus*, versión española de José Ramón Enguillor, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, Lib. I, Cap. II, núm. 10, t. I, p. 13.

⁶⁶ Cfr. AGUAYO, Enrique, "Los conceptos de tolerancia y prudencia en la filosofía de Mauricio Beuchot", en *Hermenéutica analógica, derecho y derechos humanos*, Jesús Antonio de la Torre Rangel (comp.), Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, p. 181.

⁶⁷ AGUAYO, *op. cit.*, pp. 181 y 182.

IV. LA HISTORIA CONTINÚA

El proceso jurídico de reforma para erigir formalmente a Aguascalientes en Territorio de la federación no quedó completo, en virtud de los cambios políticos y jurídicos acaecidos en el país. Aguascalientes funcionó de hecho como Territorio, pero nunca lo fue constitucionalmente.

Por otro lado, para que el viejo partido zacatecano llegara a tener plena autonomía como Estado, el camino, político y jurídico, todavía iba a ser muy largo. Lo lograría hasta la promulgación de la Constitución de 1857. Y entre 1835 y 1857 hay una larga e interesante historia que contar.

LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Alfredo TRUJILLO BETANZOS

SUMARIO: I. *Análisis de la persona jurídica.* 1. *Teoría de la ficción.* 2. *Teorías realistas.* 3. *La persona en derecho mercantil.* II. *La desestimación de la personalidad jurídica.* 1. *Requisitos para desestimar la personalidad jurídica.* 2. *Tipos de abusos de la personalidad jurídica.* 3. *Efectos de la desestimación de la personalidad jurídica.* III. *La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho mexicano.* IV. *Proyecto de Ley de la desestimación de la personalidad jurídica societaria.*

I. ANÁLISIS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Para poder realizar un análisis sobre la desestimación de la personalidad jurídica, se debe partir en primera instancia del estudio de la persona jurídica. La simulación y también el fraude o el abuso de la estructura jurídica "*persona moral*" sólo pueden ser estudiados si se revisa previamente esta figura.¹

1. Teoría de la ficción

La primera teoría de importancia sobre la naturaleza jurídica de las personas jurídicas es la de la ficción, cuyo representante más importante es Savigny.²

¹ ASCARELLI, citada por POLO, en SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Barcelona, Ariel, 1958, p. 10.

² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 44a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 278.

Para esta teoría, las personas morales son seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio.³ El elemento esencial de la personalidad jurídica es, por consiguiente, la aptitud de tener un patrimonio.⁴

Esta teoría se denomina de la ficción, ya que en virtud de que la persona es todo ente capaz de asumir derechos y obligaciones, y los derechos sólo los pueden tener los entes dotados de voluntad, la subjetividad jurídica de las personas colectivas es resultado de una ficción, puesto que tales entes carecen de albedrío.⁵

En virtud de que el derecho no siempre procede mediante soluciones lógicas, sino que también admite puntos de vista prácticos que se fundan en la utilidad social, ha admitido la existencia de seres ficticios llamados personas morales, cuya creación es artificial y más o menos arbitraria por parte del legislador, pero siempre en función de un patrimonio.⁶

La persona moral posee derechos subjetivos y tiene obligaciones, aun cuando no pueda, por sí misma, ejercitar los primeros ni dar cumplimiento a las segundas; y así, la persona jurídica obra por medio de sus órganos. Los actos de las personas físicas que desempeñan la función orgánica en las personas morales, no valen como actos de las primeras, sino de la persona jurídica.⁷ Las críticas que se hacen a esta teoría, son, entre otras, las siguientes.

Parte de una concepción falsa, puesto que no es verdad que la capacidad jurídica se encuentre determinada por la facultad de querer, ya que existen individuos que carecen de ella y son, sin embargo, sujetos de derecho.⁸

El hecho de que las corporaciones no tengan voluntad propia no puede invocarse contra su existencia real como sujetos jurídicos.

Las personas jurídicas no son entes ficticios, sino poderosas realidades sociales, que realizan en la vida un papel trascendente.⁹

³ *Loc. cit.*

⁴ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 279.

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 278.

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Tratado de derecho civil mexicano*, t. I, 10a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 119.

⁷ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 280.

⁸ *Loc. cit.*

⁹ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 281.

Es falso que las personas jurídicas sean seres creados artificialmente por el legislador para las relaciones patrimoniales, ya que por el contrario, los entes colectivos poseen múltiples derechos extramatrimoniales, por ejemplo, los honoríficos.¹⁰

Por otra parte, si las personas jurídicas son seres ficticios creados por la ley, ¿cómo explicar la existencia del Estado?, porque el Estado es también una persona jurídica colectiva, ¿como es posible que una ficción cree las demás ficciones?¹¹

2. Teorías realistas

Como respuesta a los postulados de la teoría de la ficción, surgen las teorías realistas de la personalidad; entre ellas, sin duda la más famosa es la teoría del organismo social de Otto Gierke quien afirma: "la persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos; de aquí la posibilidad de una conexión de los derechos de la unidad y la pluralidad. La persona corporativa está ciertamente sobre, pero no fuera de la colectividad de las personas que forman su cuerpo; constituye una inmanente unidad con él; es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, como no es la voluntad de una unidad ideal separada de los particulares, sino una voluntad plural y única, voluntad común de todos ordenadamente declarada. La corporación tiene también una capacidad de obrar propia".¹²

Otra teoría realista es la de Ferrara, quien considera que la personalidad es un producto del orden jurídico que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo.¹³

Este autor, parte de la afirmación de que la persona moral no es otra cosa que la expresión jurídica de un fenómeno empírico (la asociación de los hombres), que el derecho objetivo recoge y norma, de

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ *Loc. cit.*

¹² Citado por GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, pp. 287 y 288.

¹³ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 289.

tal suerte que dicha figura tiene como propósito conceder unidad jurídica a la comunidad de individuos que la forman.¹⁴

En el caso de las asociaciones humanas, nada impide que el ordenamiento legal las considere como sujetos de derecho, puesto que son realidades que pueden tener derechos y obligaciones distintos de las obligaciones y derechos de sus miembros.¹⁵

Ferrara resume sus ideas diciendo que para que los entes colectivos sean considerados sujetos de derechos deben tener en forma esencial los siguientes elementos: a) Un conjunto de hombres, b) La realización de un fin común determinado posible y lícito y c) El reconocimiento que otorgue el derecho objetivo a los dos citados elementos, para conferir la capacidad jurídica.¹⁶

Por lo que respecta al segundo elemento, Ferrara afirma: "Una absoluta vaguedad de fines no sería compatible con el surgir de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, dejando sin freno la potestad de los que la representan y administran. Del mismo modo el fin no debe ser objetiva y permanentemente imposible, por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso la asociación vería, desde su origen, interdicta su actividad. Por último, debe exigirse la licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones no debe ir contra la ley, la moral social y el orden público".¹⁷

Sobre las premisas sostenidas por las doctrinas realistas, la doctrina italiana prosigue con la explicación del concepto de persona jurídica hasta reducirla, en manos de Ascarelli, a una forma de legitimación en la que se regula la conducta de ciertos hombres que deciden actuar conjuntamente, para lo cual afectan de forma preferentemente ciertos bienes, para responder frente a los terceros que se relacionen con ellos del cumplimiento de las obligaciones que asumen bajo esta institución.¹⁸

¹⁴ LEDESMA URIBE, Bernardo, "Abuso de la persona jurídica", en *Estudios Jurídicos en memoria de Robert L. Mantilla Molina*, México, Porrúa, 1984, p. 484.

¹⁵ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶ ROJINA, *op. cit.*, p. 133.

¹⁷ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 292.

¹⁸ Citado por LEDESMA, *op. cit.*, pp. 484 y 485.

Se puede afirmar, basándose en esta teoría, que la personalidad jurídica constituye meramente, un concepto normativo, o sea el reconocimiento por un ordenamiento jurídico de ciertos entes como sujetos de derecho y su legitimación para ser titulares de derechos y obligaciones, de un patrimonio propio y autónomo y de una responsabilidad propia, ajena a la de los miembros o personas que los constituyen, en relación con el ejercicio de cierta actividad, económica o de otra índole, que constituye su finalidad.

Es importante, para analizar la develación de la personalidad jurídica, las teorías realistas de la persona jurídica, porque el ordenamiento jurídico no crea ficciones sino que reconoce realidades, y detrás de este instrumento aceptado por el derecho para ser titulares de derechos y obligaciones existen individuos que utilizan la sociedad para conseguir sus fines.

3. La persona en derecho mercantil

Lo expuesto hasta este punto, sobre las personas jurídicas en general es, por consecuencia lógica, aplicable a una de sus especies, la persona mercantil.

Así, la atribución de personalidad que el ordenamiento legal le dé a la sociedad mercantil va a permitir, que sea sujeto de una relación de derecho, y se constituya por lo tanto, en titular de derechos y obligaciones.

No obstante lo anterior, el conceder personalidad a la sociedad, no significa que la responsabilidad de los socios desaparezca, ya que salvo disposición legal que limite o exonere de responsabilidad a los socios, éstos responden personalmente, en mayor o menor grado, limitada o ilimitadamente, de las obligaciones a cargo de la sociedad.¹⁹

En las primeras sociedades que aparecieron con personalidad jurídica, se establecía una responsabilidad solidaria y subsidiaria de sus socios respecto de las deudas sociales; posteriormente se llegó a limitar la responsabilidad de los socios (comanditarios), quienes respondían sólo por el monto de su aportación, y otros (comanditados) que

¹⁹ BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, México, UNAM, 1983, pp. 7 y 8.

se encargaban de la dirección de la empresa y mantenían responsabilidad ilimitada por las deudas sociales.²⁰

Esto es corroborado por nuestro derecho, ya que la sociedad colectiva, que es la figura más primitiva y además subsidiaria de sociedad prevista por la ley general de sociedades mercantiles, establece la responsabilidad ilimitada de los socios.²¹

La evolución del derecho y la economía provocó que fuera necesario reunir fondos de los pequeños ahorradores, que resultaran suficientes para emprender grandes empresas, lo cual motivó el nacimiento de la sociedad anónima. Estos pequeños ahorradores, es muy probable que no hubieran invertido sus recursos en las grandes compañías, si no hubieran gozado del beneficio de la limitación de su responsabilidad, ya que la prudencia les habría impedido comprometer todo su patrimonio en negocios que no conocían y además, no iban a dirigir.²²

El beneficio de la limitación de la responsabilidad, surge como una fórmula necesaria para promover e intensificar la vida económica del Estado, en beneficio, no sólo de los participantes en la compañía, sino del propio Estado, que vería incrementados sus ingresos a través de las contribuciones que generara la empresa, y además de la colectividad en general, la cual sería beneficiada con toda la derrama económica que produciría la empresa y con sus resultados, como podrían ser la generación de empleos para llevar las actividades respectivas, así como la obtención de satisfactores mediante el comercio internacional.²³

Así, toda compañía por tener un fin específico, cuya realización implica la existencia de un patrimonio afecto a él, que guarde autonomía respecto a sus socios, requiere de una regulación que la proteja frente a terceros acreedores de los socios por una parte y por otra parte, que proteja a los acreedores de la sociedad a fin de que estén en aptitud de cobrar sus créditos.²⁴

Para lograr tales objetivos se estableció desde un principio la autonomía de los patrimonios de la sociedad y de los socios.

Esto lleva a considerar a Murria Butle: "El vapor y la electricidad son menos importantes que la sociedad anónima, sin ésta, aquellos se verían reducidos a una relativa importancia".²⁵

La persona jurídica ha sido considerada como una de las conquistas más fecundas de la dogmática jurídica, como el medio más adecuado para lograr el cumplimiento de fines supraindividuales, que sólo pueden alcanzarse merced al mantenimiento de una radical separación entre su personalidad y la de los miembros que la integran, entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios, la muralla levantada entre la persona jurídica y los individuos que la componen, entre los bienes de aquella y los que son propios de éstos había llegado a creerse barrera infranqueable.²⁶

Sin embargo, al ser la persona jurídica y su patrimonio autónomo, un instrumento para realizar los fines de los socios, éste puede ser el lícito ejercicio del comercio, o bien, el defraudar y burlar la ley o los intereses de terceros.²⁷

Este mal uso de la persona jurídica provocó que ya desde la Revolución francesa, se tratara de acabar con las grandes compañías, porque se consideraban contrarias a la libertad de comercio cuando especulaban y acaparaban bienes. Esto dio lugar a que los tribunales en ciertas ocasiones, indignados ante abusos, declararan responsables personalmente de las deudas sociales, a todos los accionistas, haciendo caso omiso del contrato social.²⁸

Esta crisis, debido a la mala utilización de la personalidad jurídica, alcanza su clímax en la Segunda Guerra Mundial; las sociedades mercantiles en que existían intereses de nacionales de los países enemigos, fueron intervenidos por los gobiernos de los países beligerantes, a pesar de ser las sociedades, personas jurídicas que gozaban de la nacionalidad de dichos Estados. Es decir, se fue más allá de la

²⁵ Citado en CERVANTES AHUMADA, Raúl, "La crisis de las sociedades comerciales", en *Estudios de derecho público contemporáneo en homenaje a Gabino Fraga*, México, UNAM, 1972, p. 28.

²⁶ POLO, en SERICK, *op. cit.*, p. 16.

²⁷ LEDESMA, *op. cit.*, p. 487.

²⁸ RIPERT, citado en LEDESMA, *op. cit.*, p. 487.

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ LGSM, artículo 25.

²² LEDESMA, *op. cit.*, p. 486.

²³ *Loc. cit.*

²⁴ *Loc. cit.*

personalidad jurídica para descubrir los intereses de las naciones enemigas.²⁹

II. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Si bien la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, empezó en el derecho anglosajón, su extrañeza a nuestros sistemas jurídicos, hace buscar por otros caminos su estudio.

No obstante que ya habían existido en Alemania resoluciones judiciales que desconocían la personalidad jurídica en determinados casos, esta jurisprudencia no ha sido en forma alguna unitaria, ni fuente de seguridad jurídica, más bien se manifiesta vacilante, en parte precavida y muchas veces incluso contradictoria.³⁰

Fue la obra del alemán Rudolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles* la que dio sistematización en un campo hasta entonces visto por la jurisprudencia en forma casuística.³¹

Esta obra parte del análisis de distintos casos presentados en las cortes de diferentes países, especialmente en Alemania, Italia y Estados Unidos, en que los tribunales han penetrado en la persona jurídica, para fincarle responsabilidad al socio controlador por hechos de la sociedad, con lo cual se deja de lado la separación de las personalidades de los socios y la de la sociedad, así como el principio de limitación de responsabilidad cuando la conducta ilícita que origina la desestimación sea patrimonial.³²

La fundamentación del trabajo de Serick parte de la idea de que la sociedad tiene fines propios, los cuales en virtud de la personalidad jurídica que brinda el Estado, deben ser lícitos. Sin embargo, cuando el socio no respeta esta institución, desvirtuando sus fines y su naturaleza, tampoco puede prevalecerse de ella, ni exigir a los tribunales

²⁹ CERVANTES, *op. cit.*, p. 29.

³⁰ SERICK, *op. cit.*, p. 32.

³¹ FRISCH PHILIPP, Walter, "La develación de las personas morales en la doctrina mexicana", en *El Foro*, núm. 27, México, 1972, p. 23. El autor niega por consiguiente que la obra de SERICK fuera el motivo determinante para una nueva faceta de la crisis de la sociedad comercial.

³² LEDESMA, *op. cit.*, p. 488.

que la respeten, cuando así le convenga para exonerarse de la responsabilidad que acarrea su indebida actuación.³³

Al ser la persona jurídica un concepto estructural o un mero recurso técnico, como lo demostraron las teorías realistas, se puede utilizar en forma instrumental esta figura por quienes quieren obtener a través de ella unos objetivos que no podrían alcanzarse por otro camino o cuyo logro directo los haría más arriesgados y gravosos.³⁴

Sin embargo, una concepción así está llamada a conducir a degeneraciones perniciosas, en virtud de que como puro concepto estructural, fruto de la técnica y del capitalismo contemporáneo, se presta a potenciar y actualizar cualquier actividad, sin consideración a los fines concretos que con la misma se persiga, merced a ese absoluto sometimiento al concepto formal que caracteriza a la persona jurídica.³⁵

Las instituciones jurídicas no pueden ser interpretadas en formas tan estrictas que desconozcan la realidad que regulan y que sólo sirvan como instrumentos que solapen conductas ilícitas.³⁶

Esto ha llevado a pensar que es necesario aportar limitaciones de orden moral y ético como freno ante posibles extravíos y desviaciones en su utilización. Así, se ha encontrado la solución por la doctrina y la jurisprudencia en la posibilidad de desestimar o prescindir la estructura formal de la persona moral para penetrar hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparaban bajo aquella armadura legal.³⁷

Sin embargo, esta desestimación de la personalidad jurídica no puede darse en todos los casos, ya que los casos de aplicación de esta teoría son excepcionales, puesto que se debe reconocer, en principio a la personalidad jurídica de las personas morales.³⁸

Esta desestimación o negación de la persona jurídica sólo se trata de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el caso particular, sin negar su personalidad de una manera general.³⁹

³³ *Loc. cit.*

³⁴ POLO, en SERICK, *op. cit.*, p. 17.

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ LEDESMA, *op. cit.*, p. 488.

³⁷ POLO, en SERICK, *op. cit.*, p. 17.

³⁸ FRISCH, *op. cit.*, p. 23.

³⁹ POLO, en SERICK, *op. cit.*, p. 28.

Serick concluye que esta teoría sólo es aplicable cuando no exista otra forma de evitar que se lesionen derechos de terceros.⁴⁰

1. Requisitos para desestimar la personalidad jurídica

Para poder desestimar la personalidad jurídica se deben cumplir una serie de requisitos.

Como primer elemento, debe existir una sociedad dominada por un socio o por un grupo de socios, es decir, que se identifique, de manera clara y precisa, a las personas que controlan a la sociedad.

Este control, si bien no es claramente definido, podemos considerarlo como el poder suficiente para que el socio pueda encauzar o dirigir las actividades sociales.⁴¹

Por lo que respecta al segundo elemento, se especifica que la sociedad sea orientada a la consecución de un objetivo ilícito ya sea en forma clara, o bajo la apariencia de un acto lícito.⁴²

El tercer elemento consiste en que el ilícito cometido no pueda ser reparado si no es mediante la aplicación de esta doctrina; es decir, que no se pueda solucionar el daño cometido si no es mediante la desestimación de la personalidad jurídica.⁴³

El cuarto y último elemento radica en que exista un nexo causal entre la actuación de la sociedad y el poder de dirección que tenga el socio controlador, toda vez que se hará responder al socio de la indebida encausación que da a la sociedad al llevarla a la comisión de ilícitos.⁴⁴

2. Tipos de abusos de la personalidad jurídica

Serick⁴⁵ clasifica los tipos de abusos que se pueden cometer valiéndose de la persona moral, en tres grandes grupos: en el primer grupo están quienes tienden a defraudar a la ley; el segundo quienes burlan

⁴⁰ LEDESMA, *op. cit.*, p. 490.

⁴¹ *Loc. cit.*

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ LEDESMA, *op. cit.*, p. 491.

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ SERICK, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

un contrato y el tercero está integrado por los demás supuestos que no encuadran dentro de los anteriores.

El fraude a la ley es aquel mediante el cual se realiza el fin prohibido por la norma, mediante la celebración de un negocio que formalmente se apega a dicha norma y así aparentemente resulta lícito.⁴⁶

El resultado prohibido por la norma se alcanza por un camino no previsto, cuando ésta (la norma) ha tratado de establecer dicha prohibición de manera general y no solamente la desestimación de tal resultado en cierta forma.⁴⁷

La ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya estaba constituida, como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal.⁴⁸

El mandato o la prohibición de la norma no aparece de esta manera formalmente infringido por el individuo en cuestión porque realiza los actos que le están prohibidos por medio de la persona jurídica.⁴⁹

El supuesto de violación a una obligación contractual se da cuando, a través de ella, el obligado ejecuta la conducta infractora de la norma contractual, con lo cual quien realiza tal conducta es un "tercero no sujeto al contrato" pero el socio contralor, suscriptor del contrato se burla de él, por haberse encaminado su actuación mediante la sociedad, provocándose de esta forma un resultado injusto.

Un ejemplo de ello puede ser el que un individuo se obligue a no realizar determinado acto y luego lo haga a través de una sociedad en la que él tiene el dominio efectivo.

Dentro del rubro genérico de otro tipo de abusos, se puede agrupar todos aquellos casos que no quedan comprendidos en los tipos anteriores, en los cuales la personalidad jurídica se utiliza para obtener un resultado injusto en perjuicio de un tercero.

Dentro de este tipo de abusos encontramos los supuestos donde el beneficio no radica en la limitación de responsabilidad sino en cualquier otro, gracias a la pluralidad de personas. Un ejemplo de lo anterior puede ser el siguiente.

⁴⁶ LEDESMA, *op. cit.*, p. 491.

⁴⁷ SERICK, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ *Loc. cit.*

Un comerciante tiene varios negocios, los cuales maneja personalmente y por conducto de distintas sociedades mercantiles. Al ver que sus negocios personales marchan mal, y lo van a llevar a la quiebra, decide obtener préstamos o créditos de sus sociedades, dando a éstas garantías reales. Al declararse la quiebra del comerciante, hace intervenir a las sociedades que utiliza, a fin de que hagan valer sus créditos en forma preferente a las de los demás acreedores; reconocida la preferencia de dichos créditos, éstos son pagados con una parte considerable del activo de la quiebra, lo que origina que varios acreedores quirografarios queden sin cobrar sus créditos.

La maniobra utilizada por el deudor para salvar parte de su patrimonio, le dio resultado, ya que, mediante el abuso de la persona moral, pudo conservar por su conducto, los bienes que a ésta correspondieron como resultado de la quiebra; el deudor, en última instancia, fue el beneficiario con su propia quiebra, beneficio que obtuvo privando a sus demás acreedores del legítimo derecho que tenían para cobrar sus créditos.⁵⁰

3. Efectos de la desestimación de la personalidad jurídica

El efecto de la aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales, es hacer a un lado la personalidad jurídica de la sociedad mercantil para poner al descubierto a las personas que actúan bajo esta forma de legitimación y, por consiguiente, fundir la personalidad utilizada bajo la forma de legitimación, o sea la de la sociedad, con la de los socios controladores en lo personal. Esto lleva a la imposición de la responsabilidad a los socios controladores por la actuación de la sociedad y se toman las medidas necesarias para salvaguardar los intereses de terceros.⁵¹

En última instancia, esta desestimación podría llevar incluso a la disolución y liquidación de la sociedad, porque ésta será nula en virtud de haberse constituido para un objeto ilícito ocultado por la propia forma de la personal moral.⁵²

⁵⁰ LEDESMA, *op. cit.*, p. 489.

⁵¹ *Ibidem*, p. 493.

⁵² *Loc. cit.* Situación aceptada por nuestro derecho en el artículo 3 de la LGSM.

Finalmente podemos concluir que la desestimación de la personalidad jurídica parte de la base de que existiendo una contradicción entre el ente ideal "sociedad" y el objeto real "empresa" debe desestimarse el primero y observarse atentamente a la realidad, es decir, al segundo.

Esa es la tarea que han realizado los jueces hasta el presente; a partir de ese dato de la realidad, el ordenamiento legal retoma su curso, aplicando a esa realidad los remedios e institutos que se estiman deseables.

III. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO MEXICANO

En México, se encuentran pocas referencias doctrinales a la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.⁵³

Por lo que respecta a la jurisprudencia, tampoco ha tenido gran auge la teoría de la desestimación y el motivo decisivo para ello es que en nuestro derecho no ha tenido acogida la sociedad unipersonal, tipo de sociedad al que se le aplica frecuentemente esta teoría en la práctica jurisprudencial internacional.⁵⁴

Por lo que respecta al derecho positivo, existen disposiciones legales en nuestro ordenamiento legal que si bien no se refieren en forma expresa a la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, sí buscan obtener los mismos efectos o similares.

⁵³ FRISCH, *op. cit.*, p. 32, quien señala: "Mantilla Molina menciona en su libro citado, p. 201, a la obra de Serick y la califica como muy interesante", de lo cual podemos deducir que ésta encontró la aceptación de Mantilla Molina. Barrera Graf se refiere a la "doctrina de la superación de la personalidad jurídica para examinar y tomar en cuenta los intereses reales de los socios" en los derechos norteamericano y alemán, lo que coincide en su resultado con la "develación". Encontramos en el trabajo de Barrera Graf también referencias a la obra de Serick. Por último, publicó Cervantes Ahumada: "La crisis de las sociedades comerciales". En este trabajo se hicieron ciertas deposiciones a la "develación" considerándola como sintomática de "la crisis de la sociedad comercial". El autor ve en la limitación de la personalidad jurídica efectuada por la "develación", respecto de la cual él se refiere también a Serick, solamente una manifestación de la crisis de la sociedad comercial afectada por la limitación mencionada. Cervantes Ahumada postula una aplicación de la "develación" al servicio de la buena fe, expresando: "Ninguna institución jurídica puede en principio, ser instrumento al servicio de la mala fe".

⁵⁴ FRISCH, *op. cit.*, p. 33.

Así, en materia constitucional, encontramos la disposición del artículo 27 constitucional que señala: "las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras...", y según el artículo 9 de la Ley de Nacionalidad una sociedad anónima constituida conforme a las leyes de la República que tiene en ella su domicilio legal es de nacionalidad mexicana; por otra parte, la Ley de Inversión Extranjera establece ciertas limitaciones a las sociedades con inversión extranjera para adquirir bienes en los límites del territorio nacional. El legislador mismo efectúa la develación de la sociedad anónima en cuanto pretende adquirir el inmueble, alcanzando con ello a los accionistas como supuestos para ciertos efectos legales, lo que conduce a cierta irrelevancia de la personalidad jurídica de la sociedad anónima en estos casos particulares.⁵⁵

Otra disposición en materia mercantil que permitió la develación de la personalidad jurídica fue el artículo 13 de la abrogada ley que contiene los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10. de febrero de 1940,⁵⁶ que establecía la "obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por actos ilícitos imputables a la compañía" de "las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima ya sea que posean o no la mayoría de las acciones". En este caso se habla de una develación, pues en términos generales, sólo responde la sociedad frente a terceros con su patrimonio. Esta responsabilidad agregada a la de la persona moral, es un ejemplo de la develación de la personalidad jurídica para alcanzar a las personas que controlan su funcionamiento.⁵⁷

La exposición de motivos de esta ley hace referencia a la teoría de la develación y señala:

"El segundo de los puntos concretos que la iniciativa aborda, no hace sino una solición (así) admitida ya por el derecho moderno tanto en los países

⁵⁵ FRISCH PHILIPP, Walter, *Sociedad anónima mexicana*, 4a. ed., México, Harla, 1996, p. 96.

⁵⁶ Por medio de la ley en la cual se abrogan diversas leyes (DO, 14 de enero de 1988), se declaró como abrogada la ley que establece los requisitos para venta al público de acciones de sociedad anónimas (DO, 10. de febrero de 1940), la derogación entró en vigencia el 5 de enero de 1988 (artículo transitorio primero de ley referida de abrogación).

⁵⁷ FRISCH, *Sociedad...*, p. 97.

anglo-sajones como aquellos cuyo sistema jurídico en lo que toca a las sociedades anónimas es semejante al nuestro. En Estados Unidos, la doctrina llamada "de la pantalla de las corporaciones" permite perseguir a los interesados reales a pesar de la limitación de la responsabilidad, principalmente cuando se trata de exigir responsabilidad por actos ilícitos. Para países cuya tradición jurídica ha influido en nuestras leyes sobre las sociedades anónimas, bastará invocar la opinión del ya citado Lorenzo Mossa: "...no sin razón algunos autores han agitado ya para el derecho mercantil la tesis de la responsabilidad ilimitada por el obrar anómalo o patológico de la sociedad. Se trata aquí de una responsabilidad o consecuencia de actos ilícitos dolosos puramente accidentales".⁵⁸

Como se ha mencionado con anterioridad, la jurisprudencia se ha ocupado poco de este tema y no ha sido constante en sus resoluciones.

Así la Suprema Corte de Justicia en tesis del 22 de septiembre de 1960 menciona:⁵⁹

"Conforme a las leyes mercantiles, las sociedades de naturaleza mercantil tienen personalidad jurídica propia y distinta de las personas físicas que las forman, de modo que el hecho de que uno o varios de los socios de ciertas sociedades lo sean también de otra distinta, no basta para afirmar que ambas son en el fondo una misma. Por otra parte, el documento proveniente de un tercero en el que se refiere a las dos sociedades como una sola, no pueden prevalecer sobre los testimonios notariales en que consta la existencia de ambas personas morales".

Sin embargo, una tesis totalmente opuesta de la Suprema Corte de Justicia del 28 de septiembre de 1983 expresa:

"Basándose en los artículos 13 y 14 de la ley que estableció los requisitos para la venta al público de las acciones de sociedades anónimas, se destaca la meta y la función de esta disposición legal sosteniendo su aplicabilidad a cualesquiera actuaciones, es decir, no limitándose a las sociedades anónimas que realicen la oferta y venta al público de acciones de sociedades anónimas pero limitando la responsabilidad del controlador de la sociedad a una conducta ilícita extracontractual".⁶⁰

⁵⁸ Citado en LEDESMA, *op. cit.*, p. 495.

⁵⁹ Citada en FRISCH, *Sociedad...*, p. 99.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

Finalmente, debemos señalar que en material civil existen disposiciones generales que permiten desconocer la personalidad en determinados casos.

Así, se establece la anulación de los actos que se ejecutan contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público (artículo 8, CC). También se señala la privación de efectos jurídicos a los actos que nada tienen de real o aquellos que se les da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter (artículos 2180, 2181, 2182, CC).

IV. PROYECTO DE LEY DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA

El tema de la desestimación de la personalidad jurídica en nuestros días tiene una especial importancia debido a la trascendencia de la economía en los últimos tiempos. Así, el 21 de noviembre de 2002 fue presentada al Senado de la República la iniciativa de ley sobre la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria, sobre la que haremos unos comentarios.

Antes de analizar cada uno de los artículos y proponer cambios a su texto, es necesario hacer un análisis general del proyecto.

Debido al carácter excepcional que tiene la develación de la personalidad jurídica, su aplicación en países como Argentina, España y Alemania, ha correspondido a los tribunales en forma casuística; por lo tanto, la elaboración de una ley que regule esta desestimación, debe mantener su carácter de excepción y reconocer que es necesario que exista un margen en la actuación del juez, para considerar si es aplicable al caso concreto que se le presente. Que el legislador pretenda establecer las presunciones que normarán el criterio del órgano jurisdiccional es inadecuado, puesto que no puede prever todas las situaciones que se presentan día a día en el tráfico comercial y por otra parte, puede haber muchos casos, que cumpliéndose las presunciones previstas en la ley, no contengan un abuso a la personalidad jurídica, lo cual tendría como resultado, una aplicación equivocada de la ley.

Por otra parte, es fundamental que el único órgano facultado para desconocer la personalidad jurídica sea uno jurisdiccional y previo cumplimiento de todos los requisitos inherentes al proceso judicial,

donde el afectado sea oído y vencido en juicio, ya que esto es un principio básico previsto por la propia Constitución, que en su artículo 14 señala "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

Por lo que respecta al ámbito de validez de la norma, ésta no puede pretender ser aplicada a las sociedades reguladas por las legislaturas locales.

El proyecto que se analiza, señala como fundamento para la competencia del Congreso de la Unión en materia de personalidad jurídica, los siguientes artículos constitucionales:

- a) Artículo 27, tercer párrafo, que establece que la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada, las modalidades que dicte el interés público.
- b) Artículo 25, que establece la rectoría económica por parte del Estado.
- c) Artículo 73, fracción X, que señala la facultad de legislar, entre otras materias, en la financiera, comercial y del trabajo.

Sobre estos puntos hay que señalar que el artículo señalado en el inciso a) precedente, no tiene nada que ver con la personalidad jurídica, pues se refiere a las modalidades y limitaciones que se pueden imponer a los bienes de las personas no a ellas mismas. La persona jurídica no es un patrimonio en copropiedad, sino un sujeto de derechos y obligaciones. Por lo que toca al artículo 25, la rectoría económica del Estado tampoco tiene nada que ver con la naturaleza jurídica de los sujetos que ejercen el comercio o cualquier otra actividad lícita que no necesariamente tiene índole mercantil.

Finalmente, el artículo 73, fracción X, confirma el tipo de sociedades sobre las que puede intervenir el Congreso de la Unión, y éstas son todas aquellas reguladas por la legislación federal en virtud de las facultades que las entidades federativas otorgan a la federación en los términos del propio artículo 73 constitucional.

Por último, considero que la ley, al ser derecho sustantivo, no tiene por qué regular el procedimiento para desestimar la personalidad

jurídica, puesto que la legislación adjetiva se encarga de normar el proceso judicial.

A continuación haremos algunos breves comentarios sobre el mencionado proyecto, así como las sugerencias que aportamos al mismo.

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto establecer los supuestos normativos necesarios para que las autoridades competentes desestimen la personalidad jurídica de las personas morales determinadas en este capítulo, así como regular el procedimiento a seguir, y las consecuencias jurídicas derivadas de dicha desestimación. Sus disposiciones son de naturaleza imperativa y de observancia general en el territorio nacional.

Aunado a los comentarios hechos anteriormente, se debe señalar que no es necesario señalar la naturaleza imperativa de la ley, puesto que no se regulan relaciones entre particulares con derechos renunciables, sino que estamos frente a una ley que establece las causas en que un particular se hará acreedor a una sanción. Además, la observancia general es innata a las leyes federales y por lo tanto no es necesario que lo diga la propia ley.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto establecer los supuestos normativos necesarios para que la autoridad judicial competente desestime la personalidad jurídica de las personas morales determinadas en este capítulo, y las consecuencias jurídicas derivadas de dicha desestimación.

Artículo 2. Para efectos de esta ley, se entiende por persona moral toda entidad colectiva a la cual, la legislación le reconozca personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes.

Se coincide con lo establecido por el proyecto, ya que si bien se aplica la develación normalmente a la sociedad anónima, nada obsta para que el abuso se dé en otro tipo social, como puede ser el caso de las cooperativas, por lo que el texto propuesto únicamente refleja

el carácter federal de la legislación que regule las sociedades objeto de esta ley.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 2. Para efectos de esta ley, se entiende por persona moral toda entidad colectiva a la cual, la legislación federal le reconozca personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes.

Artículo 3. Las entidades colectivas que sin tener reconocida por la legislación personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes, se exterioricen como tales, quedarán sujetas a lo dispuesto por esta ley.

En virtud de que es el ordenamiento jurídico quien otorga o reconoce la personalidad jurídica a los entes colectivos, si esto no opera, no existe la separación de patrimonios y por lo tanto resulta inútil la sujeción de esas entidades colectivas a la presente ley.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 3. (SUPRIMIDO).

Artículo 4. Quedarán excluidas del ámbito de aplicación de esta ley, la federación, las entidades federativas, los municipios, los órganos constitucionales de los poderes federales, estatales y municipales, los órganos autónomos constitucionales, las entidades colectivas reguladas por la legislación electoral, y aquéllas reguladas por la legislación de la administración pública, salvo las empresas de participación estatal de cualquier ámbito de gobierno.

Mismo supuesto de ámbito de validez comentado.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 4. Quedarán excluidas del ámbito de aplicación de esta ley, la federación, las entidades federativas, los municipios, los órganos constitucionales de los poderes federales, estatales y municipales, los órganos autónomos constitucionales, las entidades colectivas reguladas por la legislación electoral, y aquéllas reguladas por la legislación de la administración pública federal, salvo las empresas de participación estatal de cualquier ámbito de gobierno.

Artículo 5. Serán autoridades competentes para la aplicación de esta ley, las judiciales o administrativas que tengan a su cargo la facultad de resolver las cuestiones de responsabilidad de las personas morales, según la legislación aplicable a la naturaleza de cada una de éstas.

No es necesario este artículo puesto que por lo que respecta a las autoridades administrativas ya se ha comentado su incompetencia para aplicar la ley y por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales, no corresponde a esta ley darle la competencia.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 5. (SUPRIMIDO).

Artículo 6. Serán supletorios a esta ley, el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Se coincide con la supletoriedad del Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles en cuanto a la responsabilidad de los socios y el procedimiento para aplicar la presente ley; sin embargo, también deben ser supletorias las legislaciones que regulen a la persona jurídica cuya personalidad se pretende desconocer.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 6. Serán supletorios a esta ley, el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles y la legislación que regule el tipo social al que pertenezca la persona jurídica cuya personalidad se pretenda desconocer.

CAPÍTULO SEGUNDO DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Artículo 7. Por desestimación de la personalidad jurídica se entenderá la resolución de la autoridad por la que se extiende la responsabilidad civil de las personas morales a sus integrantes o a terceros, en los supuestos normativos establecidos por esta ley.

Mismo comentario sobre el órgano competente.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 7. Por desestimación de la personalidad jurídica se entenderá la resolución judicial por la que se extiende la responsabilidad civil de las personas morales a sus integrantes o a terceros, en los supuestos normativos establecidos por esta ley.

Artículo 8. Las autoridades respetarán la personalidad jurídica de las personas morales y sólo podrán desestimarla cuando se agoten los supuestos normativos previstos por esta ley. La desestimación de la personalidad jurídica se tramitará como recurso extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas morales y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de aquéllas.

Esta desestimación no sólo debe ser excepcional sino que solamente opera para la responsabilidad de los socios, subsistiendo la personalidad jurídica en todo lo demás.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 8. La resolución judicial respetará la personalidad jurídica de las personas morales y sólo podrá desestimarla cuando se agoten los supuestos normativos previstos por esta ley. La desestimación de la personalidad jurídica se tramitará como recurso extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas morales y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de aquéllas; lo anterior, sin perjuicio de que la personalidad subsista para los demás efectos jurídicos.

CAPÍTULO TERCERO ELEMENTOS PARA DESESTIMAR LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Artículo 9. Las autoridades desestimarán la personalidad jurídica de las personas morales únicamente cuando se acrediten de modo conjunto, los elementos objetivo, subjetivo y resultante que en esta ley se disponen.

Confirma el carácter excepcional de estas disposiciones, aunque se debe corregir el órgano competente.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 9. La resolución judicial, desestimaré la personalidad jurídica de las personas morales únicamente cuando se acrediten de modo conjunto, los elementos objetivo, subjetivo y resultante que en esta ley se disponen.

Artículo 10. Se considera elemento objetivo, al control efectivo por parte de uno o más de los integrantes de la persona moral o por terceros a ésta, que impongan en ella una influencia dominante.

Simplemente se deberá tomar en cuenta que ese control puede ser incluso la detentación de más de 50 por ciento del capital social.

TEXTO PROPUESTO:

(Mismo previsto en el proyecto).

Artículo 11. Por integrante de la persona moral se entenderá la persona física o moral que sea socio, accionista o de cualquier forma participante en la asamblea, que se reconozca por la legislación aplicable, como el órgano máximo decisorio de la persona moral. Por tercero se entenderá la persona física o moral distinta a la anterior, que tenga una influencia dominante en la persona moral.

Es innecesario enumerar todos los individuos que pueden tener el control, se debe señalar como ya se ha hecho, que puede ser un socio o un tercero.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 11. (SUPRIMIDO).

Artículo 12. El elemento objetivo se acreditará cuando exista un control absoluto de la sociedad por parte de los integrantes o terceros señalados en el artículo precedente, a un nivel tal, que la voluntad de la persona moral sea en realidad la voluntad de dichos integrantes o terceros.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 12. El elemento objetivo se acreditará cuando exista un control absoluto de la sociedad por parte de cualquier integrante o tercero, a un nivel tal, que la voluntad de la persona moral sea en realidad la voluntad de dicho integrante o tercero.

Artículo 13. Las autoridades deberán valorar las presunciones que permitan inferir la existencia del control absoluto. Serán presunciones de control absoluto:

- I. La toma de decisiones estratégicas de la persona moral por parte del integrante o el tercero.
- II. La dirección de las finanzas de la persona moral por parte del integrante o el tercero.
- III. La concentración de pasivos en la persona moral con relación a otras personas morales relacionadas a aquélla, y existentes dentro de un mismo conglomerado de empresas, determinada por el integrante o el tercero.
- IV. La titularidad de la mayoría del capital social de la persona moral por parte del integrante o incluso del tercero, por los mecanismos que esto fuere.
- V. La identidad de miembros del órgano de administración de la persona moral respecto al del integrante o el tercero.
- VI. La concentración mayoritaria de negocios entre la persona moral y el integrante o el tercero.
- VII. La existencia mayoritaria de activos de la persona moral por transmisión del integrante o el tercero.
- VIII. La utilización del patrimonio de la persona moral como si fuese el propio del integrante o el tercero.
- IX. Toda aquélla que coadyuve al esclarecimiento del control absoluto de la persona moral por parte del integrante o el tercero.

Como se ha mencionado, el cumplimiento de cualquiera de las presunciones, podría acarrear el desconocimiento de la personalidad sin que necesariamente haya un control de la sociedad, como puede serlo en los casos previstos en las fracciones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta y séptima. Incluso la fracción primera impediría que el accionista fuera administrador.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 13. (SUPRIMIDO).

Artículo 14. El elemento subjetivo se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona moral en fraude de acreedores, en frau-

de de ley o en general, para violar normas imperativas mediante la utilización de aquélla.

Es peligroso afirmar que se cumple el elemento subjetivo cuando se "considere suficientemente probado" puesto que su prueba no radica en el arbitrio del juez. El supuesto debe ser la realización de un fraude a la ley o a la contraparte o cualquier conducta ilícita aun cuando sea con la apariencia de lícita.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 14. El elemento subjetivo se acreditará cuando la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona moral en fraude de terceros, en fraude de ley o en general, para violar disposiciones de orden público mediante la utilización de aquélla.

Artículo 15. El elemento resultante se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, de no desestimar la personalidad jurídica de la persona moral, y extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de ésta hacia el integrante o el tercero, ocurrirán daños y perjuicios en contra de un tercero de buena fe, se producirán fraudes de ley o en general, se generarán violaciones a normas imperativas mediante la utilización de la persona moral.

No es suficiente acreditar lo anterior, sino que debe ser necesario acreditar que no hay otro medio para evitar la violación de la ley.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 15. El elemento resultante se acreditará cuando se pruebe que, de no desestimar la personalidad jurídica de la persona moral, y extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de ésta hacia el integrante o el tercero, ocurrirán daños y perjuicios en contra de un tercero de buena fe, se producirán fraudes de ley o en general, se generarán violaciones a normas de orden público mediante la utilización de la persona moral y no existe otro medio de evitar los mencionados daños y perjuicios.

Artículo 16. El que por la naturaleza del asunto no sea procedente la extensión de la responsabilidad civil al integrante o tercero, no

será obstáculo para considerar suficientemente probado el elemento resultante. Las consecuencias de la desestimación en este supuesto se seguirán de conformidad con el artículo 22 de esta ley.

Este artículo no es necesario de acuerdo con lo que se comenta al analizar el artículo 22.

TEXTO PROPUESTO:

(SUPRIMIDO).

Artículo 17. Por fraude de ley se entenderá la elusión de una norma imperativa o del propósito teleológico de la legislación aplicable, mediante la utilización abusiva de la persona moral, para generar un provecho en el integrante o tercero.

A la ley no le corresponde definir el fraude a la ley.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 17. (SUPRIMIDO).

Artículo 18. Las autoridades deberán valorar las presunciones que permitan inferir la existencia del fraude de ley. Serán presunciones de fraude de ley:

I. Las maquinaciones estratégicamente organizadas, mediante las cuales, se eluda una norma imperativa a través de la utilización de la personalidad jurídica independiente de la persona moral.

II. Las maquinaciones estratégicamente organizadas, a través de la utilización de la personalidad jurídica independiente de la persona moral, mediante las cuales, aunque no se viole ninguna norma imperativa expresa, sí en cambio se vulnere el propósito que el legislador pretendió darle a la legislación aplicable, conforme se establezca en los trabajos preparatorios a dicha legislación, en la exposición de motivos, en los dictámenes de las comisiones encargadas de su estudio, y en los debates congresionales que hubieren tenido lugar dentro de su trámite legislativo.

III. Todas aquéllas que coadyuven al esclarecimiento de la existencia del fraude de ley.

No se puede obligar a los particulares a conocer elementos que si bien fueron o debieron ser la base de la elaboración de la norma, no son publicados en el Diario Oficial. Al ser publicada la norma, ésta tiene vida propia y su interpretación sólo debe darse mediante el análisis de las normas jurídicas en su conjunto.

TEXTO PROPUESTO:

(SUPRIMIDO).

Artículo 19. Por fraude de acreedores se entenderá la elusión de una o más obligaciones crediticias respecto a uno o varios acreedores, contraídas por la persona moral, pero cuyo producto ha generado un beneficio económico principal al integrante o tercero.

No necesariamente el fraude debe ser a acreedores, y no necesariamente un beneficio económico.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 19. (SUPRIMIDO).

Artículo 20. Las autoridades deberán valorar las presunciones que permitan inferir la existencia del fraude de acreedores. Serán presunciones de fraude de acreedores:

- I. La concentración de pasivos en la persona moral con relación a otras personas morales relacionadas a aquélla, y existentes dentro de un mismo conglomerado de empresas, determinada por el integrante o tercero.
- II. La utilización del patrimonio de la persona moral como si fuese el propio del integrante o tercero.
- III. El otorgamiento de préstamos de cualquier naturaleza, sin las correlativas garantías suficientes, y sin el estudio de riesgo idóneo para el proyecto objeto del préstamo.
- IV. El participar en operaciones con un riesgo inherente mayor al del común de los competidores en el mismo nicho de mercado.
- V. La gestión administrativa técnicamente inapropiada o fraudulenta.
- VI. Todas aquéllas razonablemente similares a las establecidas por la legislación concursal.
- VII. Todas aquéllas que coadyuven al esclarecimiento de la existencia del fraude de acreedores.

Como se ha señalado con anterioridad, no deben enumerarse presunciones de abuso de la personalidad jurídica, simplemente al aplicar la fracción cuarta, se podría desconocer la personalidad jurídica de cualquier empresa exitosa.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 20. (SUPRIMIDO).

CAPÍTULO CUARTO

CONSECUENCIAS DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Artículo 21. Una vez que sea desestimada la personalidad jurídica de la persona moral, conforme a los supuestos normativos y al procedimiento establecido en esta ley, las autoridades extenderán de modo subsidiario e ilimitado, la responsabilidad civil de la persona moral al integrante o al tercero, con el objetivo de impedir el fraude de ley, el fraude de acreedores, o en general, la violación a una norma imperativa.

La desestimación debe ser parcial y únicamente respecto a aquel individuo que tenga el control efectivo de la sociedad.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 21. Una vez que sea desestimada la personalidad jurídica de la persona moral, conforme a los supuestos normativos y al procedimiento establecido en esta ley, las autoridades extenderán de modo subsidiario e ilimitado, la responsabilidad civil de la persona moral al integrante o al tercero, con el objetivo de impedir el fraude de ley, el fraude de terceros, o en general, la violación a una norma de orden público, sin perjuicio de que la personalidad subsista para los demás efectos jurídicos.

Artículo 22. Aun cuando por la naturaleza del asunto, no sea procedente la extensión de la responsabilidad civil, de acuerdo con lo establecido en el artículo precedente, las autoridades desestimarán la personalidad jurídica de la persona moral conforme a lo establecido en esta ley, para impedir el fraude de ley, el fraude de acreedores, o en general la violación a una norma imperativa; e impondrán al

integrante o al tercero, la sanción administrativa a que haya lugar, de conformidad con la legislación aplicable.

La desestimación de la personalidad jurídica pierde razón de ser cuando no es para fincar la responsabilidad civil a los socios o tercero dominantes. En caso de una sociedad con objeto ilícito ya existen disposiciones en la LGSM o en el CC Federal que establecen la liquidación de la sociedad.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 22. (SUPRIMIDO).

Artículo 23. La desestimación de la personalidad jurídica de la persona moral regulada por esta ley, no prejuzga sobre la responsabilidad penal, fiscal, o de cualquiera otra naturaleza en que haya incurrido la propia persona moral, el integrante o el tercero.

Sin comentario alguno.

TEXTO PROPUESTO:

(Mismo del proyecto).

CAPÍTULO QUINTO

PROCEDIMIENTO PARA LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Artículo 24. El procedimiento para la desestimación de la personalidad jurídica societaria, se sustanciará como un recurso extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas morales y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de ellas.

Artículo 25. El procedimiento quedará regulado dentro del marco normativo de los procesos jurisdiccionales o las investigaciones administrativas, según corresponda a la naturaleza de la persona moral sujeta a desestimación.

Artículo 26. En todo caso, las autoridades competentes estarán obligadas a sustanciar el procedimiento de desestimación, a solicitud de la parte actora legitimada en caso de procesos jurisdiccionales, o incluso de modo oficioso en investigaciones administrativas,

en el momento procesal oportuno, de acuerdo con la regulación propia de cada proceso jurisdiccional o investigación administrativa, pero siempre antes de la sentencia o resolución de primera instancia.

Artículo 27. Si así fuere necesario, las autoridades competentes estarán obligadas a desestimar de modo subsiguiente y en un mismo procedimiento, la personalidad jurídica de todas las personas morales involucradas de modo tal que, todos los integrantes o terceros sean sancionados conforme a las consecuencias previstas por esta ley.

Artículo 28. La carga de la prueba de los elementos objetivo, subjetivo y resultante, necesarios conjuntamente para proceder a la desestimación de la personalidad jurídica de las personas morales y la aplicación de las consecuencias jurídicas conforme a lo previsto por esta ley, corresponderá a la parte actora en los procesos jurisdiccionales, o de la autoridad administrativa en las investigaciones de esta naturaleza.

Artículo 29. Pese a lo establecido en el artículo precedente, las autoridades competentes estarán obligadas a requerir a cualquier individuo o entidad colectiva, la información necesaria que les permita determinar la procedencia de la desestimación y de sus consecuencias jurídicas conforme a lo establecido por esta ley.

Artículo 30. Todo individuo o entidad colectiva que sea requerido por la autoridad competente, para poner a su disposición la información señalada en el artículo anterior, tendrá la obligación de exhibirla dentro del plazo que le sea otorgado, de conformidad con la regulación del proceso jurisdiccional o de la investigación administrativa. De no hacerlo, se hará acreedor a la imposición de las sanciones administrativas y penales a que hubiere lugar, de conformidad con la legislación aplicable al asunto en cuestión.

Por lo que hemos expuesto, este capítulo debe suprimirse. Además de que, de cumplirse lo previsto en este último artículo, se violarían disposiciones que protegen el secreto bancario, notarial, profesional, etcétera.

TEXTO PROPUESTO:

Artículos 24 a 30 (SUPRIMIDOS).

DERECHOS DEL HOMBRE Y GARANTÍAS INDIVIDUALES. VALLARTA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917*

Andrés LIRA GONZÁLEZ

El artículo 1 de la Constitución de 1917 se discutió los días 11, 12 y 13 de diciembre de 1916. Por lo que se ve en el *Diario de Debates*, a los diputados les pareció bien la propuesta hecha por la Comisión en los siguientes términos:

Artículo 1. En la República Mexicana, todo individuo gozará de las garantías que esta Constitución otorga, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.¹

No puede concebirse expresión más cabal de lo que llamamos positivismo jurídico. Se trata de un precepto que hace depender los derechos del predicado del texto, en el que se prevén los alcances de su vigencia y posibilidad; escueto, admirable por la concisión y por la radical diferencia con el artículo 1 de la Constitución de 1857, que no está por demás recordar:

* Trabajo presentado en el "Reconocimiento a la destacada contribución del Dr. Lucio Cabrera Acevedo en torno al conocimiento histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", El Colegio de México, 18 de noviembre de 2004.

¹ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 1916-1917*, 2 ts., México, Ediciones para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960, t. I, p. 541.

Las discusiones sobre el artículo 1 en los Congresos Constituyentes de 1856-1857 y de 1916-1917 se han recogido en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, 1994, 12 ts., t. I, pp. 28-76.

Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que la presente Constitución otorga.

Se ha señalado el giro de la concepción jusnaturalista a la positivista y no deja de sorprender que este problema haya quedado en segundo término, durante la discusión que esos días, del 11 a 13 de diciembre de 1916, tuvo lugar en el Congreso convocado en Querétaro para "reformular" la Carta de 1857. Contando las intervenciones de fondo y dejando fuera interrupciones y llamadas de atención, hallamos 15 discursos tocantes al proyecto, 12 de los cuales se refirieron a la expresión "Estados Unidos Mexicanos", que debía emplearse en lugar de "República Mexicana", para armonizar el texto del artículo con el de un preámbulo que aún no se presentaba, pero del que sabían los señores diputados más cercanos al Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. En fin, se gastó más tiempo y energía en la cuestión formal que en la de fondo, pese al relieve que se quiso dar argumentando que con la expresión Estados Unidos Mexicanos se afirmaba el federalismo, confundido y hasta contradicho bajo el nombre de República Mexicana por los conservadores partidarios del centralismo bajo el nombre de República Mexicana.²

En esas discusiones se percibe más un ajuste de cuentas entre grupos y personas, que cuestiones de fondo, y nos parece que ocurrió lo mismo en lo que hace a la concepción jusnaturalista de 1857 y la positivista de 1916. Al repasar los tres discursos que abordaron el tema, sin dejar de reconocer el tono patético de uno de ellos (el del diputado Martínez Rafael, "Rip-Rip"),³ advertimos que había parecer unánime en la necesidad de establecer postulados "positivos y prácticos", dejando de lado las declaraciones generales que nada contribuían al orden social. Era una aspiración reclamada en el foro y los abogados que actuaron como diputados la llevaron al Constituyente. Para ilustrarlo traeré a cuento la intervención de José Natividad Ma-

² *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, t. I, pp. 537-633.

³ *Ibidem*, pp. 618-624 y 630-631.

cias, señalado como autor del proyecto enviado por Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, al Congreso.⁴

Macías habló el 13 de diciembre, después del diputado Martínez Escobar, quien propuso la expresión "garantías constitucionales" como mejor opción respecto a "garantías individuales y derechos del hombre", y de Martínez Rafael, "Rip-Rip", quien señalaba la necesidad de declarar el carácter irrenunciable de los derechos consagrados en la Constitución. En su alocución, José Natividad Macías citó de memoria el artículo 1 de la Constitución de 1857, que según él decía "Los derechos *naturales* del hombre son la base de las instituciones sociales". Le faltaba algo y le sobraba lo de *naturales*, que hemos subrayado para advertir la forma en que el diputado seguía a los críticos de la Constitución de 1857, quienes habían insistido en el espíritu jusnaturalista evidente desde el primer artículo. Según el *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, en aquel memorioso arrebató Macías llegó a decir:

...La redacción de este artículo dio lugar a que el inmortal Batalla (*sic*) formulara un dicho tan conocido por nosotros: "ni están todos los que son, ni son todos los que están". Porque hay en la sección primera [de la Constitución de 1857] derechos que no son naturales, sino políticos, y no están todos los derechos naturales, porque una certeza expresa no ha habido en este punto.⁵

El inmortal Batalla no es otro que Ignacio Luis Vallarta, el error en el nombre, pensamos, se debe al taquígrafo del Constituyente. El texto recordado por Macías era el voto que en diciembre de 1881 expresó Vallarta siendo presidente de la Suprema Corte de Justicia, al fallar el juicio de amparo promovido contra el alcalde cuarto de Morelia, a propósito del despojo de un terreno cuyo precio era de 50 pesos.⁶ Si el valor económico del bien en disputa era mínimo, la cuestión de principio para Vallarta era de la máxima importancia,

⁴ *Ibidem*, pp. 624-630.

⁵ *Ibidem*, p. 627.

⁶ Vallarta, Ignacio, *Cuestiones constitucionales. Votos que como presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los casos más notables*, México, Imprenta de J. J. Terrazas, t. III, 1896, pp. 5-55.

implicaba su labor de juez intérprete de la Constitución y una larga experiencia cuya memoria se remontaba al Constituyente de 1856, en el que fue diputado por su natal Jalisco a los 25 años de edad y con menos de un año de haberse recibido de abogado. Vallarta no escatimó recuerdos ni experiencias en ese voto de 1881, que no por casualidad inspiró a críticos de la Constitución de 1857. En él se encuentran razones que sustentaban en su momento la posición del Constituyente de 1916-1917. Para advertirlo debemos ir por partes, refiriendo algunos momentos de la actuación de Vallarta como diputado y como juez.

En la sesión del 11 de julio de 1856, al discutirse el artículo 1 del proyecto de Constitución presentado por Ponciano Arriaga, Vallarta señaló que el precepto contenía inexactitudes, pues no era el pueblo, sino en caso de admitirlo, sus representantes quienes reconocían los derechos del hombre como base de las instituciones; que resultaba inútil imponer a las autoridades el deber de acatar y respetar esos derechos, puesto que en artículos subsecuentes se establecían límites y alcances de sus atribuciones y, lo que resulta más interesante para nuestro propósito, Vallarta quería que la Constitución sólo contuviera disposiciones preceptivas, sin formular principios teóricos ni verdades científicas, pues de que el pueblo reconociera los derechos del hombre, no se debía inferir que las leyes debieran respetar y defender las garantías.⁷

Poco brillante resulta la noticia de esa intervención si la comparamos con la de Ignacio Ramírez, expresada el día anterior, y con la de otros diputados más avezados en la oratoria parlamentaria; pero tiene en cambio el valor de la consistencia y de la claridad. A esas participaciones habría de referirse Vallarta en su voto de diciembre de 1881,⁸ al tiempo que lo hacía también respecto a otros votos que le antecedieron y que marcan el camino de su elaboración conceptual.

Uno de esos votos antecedentes es el relativo al amparo pedido por Antonio Rosales contra la sentencia definitiva del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla en juicio civil (el objeto en

disputa era un piano que debió entregar la casa Wagner), alegando como violación de garantía la inexacta aplicación de la ley, según lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución.

Vallarta hizo un análisis del artículo y señaló que las partes que lo integraban nada tenían que ver con la ley civil, pues el primer periodo del precepto se refería al poder legislativo prohibiéndole legislar con alcance retroactivo y el segundo, desprendido de la discusión del artículo 26 del proyecto de Constitución, se refería a la ley penal, cuyo principio era la ley previa al acto para considerar una conducta como delito. El resultado de las discusiones de dos artículos se agrupó en un solo precepto, que resultó ser el artículo 14 constitucional y éste se colocó en la sección "De los derechos del hombre", de suerte tal que al considerarse como garantía otorgada por la Constitución, dio lugar a demandas de amparo contra el poder judicial en materia civil, siendo que la exigencia de exactitud y prelación se refería a los delitos, no a cualquier acto jurídico.

Para entonces la cuestión era vieja, Vallarta refiere en ese voto de 1878 un estudio anterior,⁹ en el que la sentencia fue igualmente negativa. Su argumento seguiría ganando fuerza, pues al año siguiente votó en otro amparo contra una sentencia de graduación de créditos en un concurso hipotecario,¹⁰ en el que también se había invocado el artículo 14, sólo que esta vez por un hábil y reconocido abogado, Alfonso Lancaster Jones. Una vez más y con más argumentos, Vallarta advirtió que la garantía otorgada en el artículo 14 sólo podía aplicarse en materia penal considerando los derechos del hombre, no los derechos sobre las cosas o las conductas, que eran objeto de la ley civil, derechos creados por ésta y no anteriores a la ley, según argumentó en algún momento de este voto y en situación debatible o cuestionable, nos parece.¹¹

Como sea, lo definitivo aquí era la trascendencia negativa que cobraba la consideración del artículo 14, como sustento del amparo contra actos del poder judicial en materia civil, pues una vez admitida la garantía de exacta aplicación de la ley, ésta podía invocarse no

⁷ Cfr. Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente [1856-1857]*, México, El Colegio de México, 1956, p. 487.

⁸ Cfr. Vallarta, *op. cit.*, nota 6, p. 7.

⁹ Cfr. Vallarta, *op. cit.*, nota 6, t. I, pp. 57-58.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 284-346.

¹¹ *Ibidem*, pp. 312-314.

sólo contra sentencias definitivas, sino en cualquier momento del proceso, interrumpiendo el curso de los juicios, y si no, aun en casos de sentencias definitivas, lo que ocurría era que el Poder Judicial de los estados se sometía a un poder central, contraviniendo así el principio del régimen federal.

El voto en que culmina los argumentos que nos acercan al artículo 1 de la Constitución de 1917 es el pronunciado en diciembre de 1881 y fue éste el que dejó más huella en la vida del foro, según se advierte, entre otras, en una obra tan acabada como la de Emilio Rabasa, *El Artículo 14*.¹²

En 1881 Vallarta atacó de frente la concepción jusnaturalista de la Constitución de 1857. Era necesario hacerlo, pues si se sostenía la ambigüedad y amplitud a que daba lugar el primer periodo del artículo 1, podía acudir al amparo invocando cualquier artículo en el que hubiera visos de garantía de los derechos del hombre, como ocurría en el presente caso, en el que el quejoso invocó ya no el artículo 14, sino el 16, para mostrar la ilegalidad con que había sido despojado de un terreno que adquirió, según él, de buena fe, pues cuando lo compró ignoraba que se hallaba en litigio. El alcalde cuarto de Morelia ante quien se seguía el litigio (recordemos que era un bien cuyo precio llegaba a 50 pesos), falló en contra del vendedor y, consecuentemente, el comprador fue despojado sin ser oído (no era su pleito). Acudió al amparo ante el juez de distrito de Michoacán, alegando que la decisión del alcalde no estaba fundada ni motivada legalmente como lo exigía el artículo 16, con lo que se había violado el principio de defensa garantizado en la Constitución. El juez de distrito concedió el amparo y, al revisarse la sentencia en la Corte, fue revocado el amparo el 4 de diciembre de 1881.

Al abordar el caso, Vallarta hizo hincapié en que, si bien el artículo 1 constitucional hablaba de *los derechos del hombre*, en su última parte se refería a *las garantías que otorga la presente Constitución*, restringiendo así, con términos claros, el alcance ideológico que podía darse a la expresión *los derechos del hombre*. Tan era así, que buscando la coherencia en la propia Constitución, se advertía que en

¹² Cfr. Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 3a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 91.

el artículo 29, último de la sección "De los derechos del hombre", se hablaba de la *suspensión de garantías otorgadas por la Constitución*, refiriéndose a las facultades del presidente de la República en casos de invasión, de perturbación de la paz pública y de peligros y conflictos que pusieran en riesgo la seguridad; esas facultades sólo podían ejercitarse en los términos fijados por el propio artículo. Ciertamente que Vallarta no ocultaba sus reparos y temores ante la indeterminación de mecanismos para asegurar la integridad de los derechos consagrados en la Constitución, algo que, según recordaba, había señalado como diputado en 1856 y recientemente en su libro *El juicio de amparo y el Writ of Habeas Corpus*, publicado ese año de 1881.¹³

Pero si bien miramos, encontramos aquí los elementos de la escueta fórmula del artículo 1 constitucional de 1917: *Garantías otorgadas por la Constitución, que sólo se pueden modificar o suspender en los términos establecidos en la misma Constitución*.

Siguiendo con el voto, advertimos cómo Vallarta exigía que había que atenerse a la evidencia del texto constitucional para ver la consistencia y el alcance de los artículos que consagraban *garantías individuales*. El 16, evidentemente, se refería a la materia penal (el segundo periodo hablaba de delito *in fraganti*, de delincuente y de cómplices) no a la civil, derechos que, como había visto en votos anteriores, no debían reclamarse por vía de amparo, sin que por ello quedaran desprotegidos. "El amparo —decía Vallarta— no suprime la apelación, la súplica, la nulidad, la casación, etcétera, recursos siempre expeditos para la defensa de los derechos no declarados en los textos constitucionales".¹⁴

No podemos detenernos en la rica argumentación de Vallarta en este caso, en el que hizo gala de conocimientos de la legislación y de la doctrina francesa, inglesa y mexicana (en la que encuentra obras de no escaso valor, como las de José María Lozano e Isidro Montiel y Duarte), ya que debemos abreviar para acercarnos al Constituyente de 1916 y rescatar en palabras de Vallarta lo que confiado en su memoria citaba José Natividad Macías el 13 de diciembre de ese año:

¹³ Cfr. Vallarta, *op. cit.*, nota 6, t. III, pp. 5-9.

¹⁴ *Ibidem*, p. 13. Las cursivas son nuestras.

...Nuestra declaración de derechos —decía Vallarta— ni enumera todos los derechos naturales generalmente reconocidos por los publicistas, ni son de esta clase todos los contenidos en ella: de éstos bien puede decirse: “ni son todos los que están, ni están todos los que son”. Y es que el Constituyente no se preocupó queriendo hacer una obra filosófica, sino que se inspiró en las necesidades del país que organizó, en las exigencias de las instituciones que planteó, en ciertas condiciones de progreso que quiso realizar, y proclamó como fundamentales derechos que sin ser primitivos, debían ser en todos los casos inviolables. ...¹⁵

He aquí la declaración de un positivista, es decir, de quien considera la experiencia como única evidencia de realidad y como única vía del conocimiento. La de Vallarta era la experiencia del jurista empeñado en la perfección de su oficio, esto es, en el conocimiento y aplicación de las normas del derecho, en la coherencia y efectividad de un sistema de orden social y político. El contenido de las normas, los valores que las inspiraban, eran variables según lo hacía ver la experiencia histórica en la que se insertaba la del jurista, como lo reconoce Vallarta en el párrafo que citamos. En esa experiencia no vale sólo lo idealizado, supuestamente primitivo y original. Valen más otras cosas que el jurista, obsesionado por el aparato más potente de creación de normas, el Congreso Constituyente, ha elaborado como obra. Para hacer efectivo ese aparato había que expresarse en “preceptos positivos y prácticos”. Sólo así concebía como factible un orden que no por cuestionado resulta menos deseable. Se trata de lo que hoy llamamos “Estado de Derecho”.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 31-32.

LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS

Miguel Ángel BISOGNO CARREÓN

SUMARIO: I. *Los derechos políticos carecen de un sustento constitucional.* II. *Garantías individuales son únicamente las que se encuentran dentro de los primeros veintinueve artículos de la Carta Magna.* III. *La jurisprudencia de la quinta época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* IV. *El artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo expresamente establece la improcedencia del juicio de amparo.* V. *Los tratados celebrados y ratificados sobre los derechos políticos.* VI. *La socialización de los derechos políticos.* VII. *Conclusiones.*

El tema de los derechos políticos hoy parece ser uno de los temas que está de moda, pero en realidad es una lucha de más de ciento treinta años, eso sí, con la constante de que siempre ha sido un tema muy debatido.

El derecho electoral ha tenido diversos avances, pero entre los que considero más sobresalientes son los siguientes: en 1947, se concedió el voto a la mujer en las elecciones municipales y en 1953 para toda clase de comicios, poniéndose término a una injusta discriminación, que llegó al grado de que una mujer podía aspirar a ser notaria, pero no tenía derecho a votar; el 21 de diciembre de 1962 cuando el presidente de los Estados Unidos Mexicanos Adolfo López Mateos presentó una iniciativa de reformas constitucionales para que se mencionara por primera vez el término de partidos políticos; el 15 de agosto de 1990 se publicó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), modificando sustancialmente la materia electoral, al establecer al Tribunal Federal Electoral (hoy

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), al Instituto Federal Electoral y la instalación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; por último, no fue sino hasta el 22 de agosto de 1996 que se incluyó el término de derechos políticos por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la misma fecha se publicó la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

La trascendencia de la materia electoral va más allá de lo que mucha gente podría llegar a considerar, ya que tal como en el prólogo del libro titulado *La lucha por el derecho*, de R. Von Ihering, Leopoldo Alas señala: "Pero aún más triste... que la ausencia de leyes que den al derecho de la autonomía todo lo que en justicia le pertenece, mucho más triste es la ausencia del sentido jurídico de la autonomía en los pueblos... Si con sufragios se gana la gloria, con sufragios se conquista esa soberanía... Lo primero que se le hace al pueblo con su soberanía es ponérsela donde no la vea; como voto, el ciudadano es tan soberano como cualquiera otro...".¹

Ahora bien, dentro de la materia electoral están los derechos políticos, los que conceptualizo como los derechos fundamentales del ser humano que constituyen el medio más puro para alcanzar la soberanía. Es decir, si la soberanía es el fin, los derechos políticos son el medio para conseguirla.

No obstante el gran avance en materia electoral y en particular sobre los derechos políticos, en nuestro México, aún falta mucho por estudiar, analizar y observar bajo el microscopio jurídico.

Los derechos políticos, cada vez que se han puesto bajo la lente del análisis, han creado diversas polémicas, causando diversos pronunciamientos, pero sin abarcar la totalidad de lo sustancial. En efecto, no obstante que hoy en día existe el juicio para la protección de los derechos político-electorales, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral,² no se ha superado el antiguo criterio que

¹ IHERING, VON R., *La lucha por el derecho*, México, Porrúa, 2002, pp. LXI y LXII.

² "Artículo 79. El juicio para la protección de los derechos político-electorales, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de

desde su quinta época, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció al considerar: "DERECHOS POLÍTICOS. IMPROCEDENCIA. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales".³

De esta manera, no obstante aun cuando hoy en día existe un juicio que protege la violación a los derechos políticos, éstos siguen sin reevaluarse para determinar si son o no derechos fundamentales del ser humano o como garantías individuales como lo establece nuestra Carta Magna.

El presente ensayo tiene dos objetivos principales, reconocer que los derechos políticos son derechos fundamentales; y que por su violación debe ser procedente el juicio de amparo.

I. LOS DERECHOS POLÍTICOS CARECEN DE UN SUSTENTO CONSTITUCIONAL

Los derechos políticos sí tienen un fundamento constitucional. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al respecto señala lo siguiente:

"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. En el supuesto previsto en el inciso e) del párrafo 1 del siguiente artículo, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada".

³ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época; Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice de 1995, t. VI, Parte SCJN; Tesis: 219, p. 149.

De lo dispuesto en el primer párrafo está claro que no se realiza una distinción entre los derechos que protege, es decir, no limita los derechos que protege al mencionar que únicamente vela por los derechos civiles, mercantiles y labores, sino que tutela todos los derechos, y por ende, también los derechos políticos.

Además, también encuentran su fundamento en la Carta Magna, en los artículos 1o., 35, 39, 40, 41, 60 y 99.

II. GARANTÍAS INDIVIDUALES SON ÚNICAMENTE LAS QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DE LOS PRIMEROS VEINTINUEVE ARTÍCULOS DE LA CARTA MAGNA

La Constitución recibe, entre otras denominaciones, el nombre de Carta Magna, Norma Suprema, Ley Fundamental, Código Fundamental, Código Político.

El *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas establece: "(Del latín *constitutionis*) forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; ley fundamental de la organización de un estado".⁴

Para José María Iglesias una Constitución: "...debe ser en su conjunto una ley clara, sencilla, preceptiva, exenta de principios abstractos y de declaraciones metafísicas".⁵

Según Aristóteles: "La Constitución misma es el gobierno... es el ser del Estado⁶ ...la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la magistratura que es dueña y soberana de todo".⁷

En el derecho romano se llamaban Constituciones las leyes dadas por los emperadores. Justiniano en la *Institutas* señala: "...lo que el emperador establece por rescriptos, o lo que decide con conocimiento de causa, o lo que ordena por medio del edicto es una ley. Es lo que llamamos una Constitución".⁸

⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1998, p. 658.

⁵ IGLESIAS, José María, *Cuestiones constitucionales*, p. 16.

⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., p. 658.

⁷ PALLARES, Eduardo, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ed. Fontamara, 1997, p. 7.

⁸ *Loc. cit.*

Jellinek afirma: "Las Constituciones de los Estados abarcan los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación y sus relaciones mutuas, y por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado".⁹

Felipe Tena Ramírez señala que nuestra Constitución está dividida en dos partes, la dogmática y la orgánica;¹⁰ la primera trata de los derechos fundamentales del ser humano; y la segunda, que tiene por objeto organizar el poder público.

De esta manera, podemos observar que entre los distintos conceptos que se dan para la Constitución se concluye que no nada más brinda un sinónimo de libertad, sino el ordenamiento social de mayor jerarquía que tiene como teleología protegerla y preservarla, siendo la libertad el ideal permanente por alcanzar.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela ha manifestado: ¿Las garantías individuales, sólo están comprendidas por la Constitución en sus veintinueve primeros artículos que integran el capítulo respectivo, o por el contrario, abarcan otros preceptos constitucionales distintos? A don Ignacio L. Vallarta le preocupó tal cuestión, habiéndola resuelto en el sentido de que por garantías individuales no deben entenderse únicamente los veintinueve primeros artículos de la Constitución, sino que aquellas podían hacerse extensivas a otros preceptos de la Ley Fundamental que signifiquen una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que expresamente las prevén".¹¹

Ahora bien, el que la Constitución esté dividida en varios títulos, que su vez se subdividen en varios capítulos, no significa que no exista una correlación entre sus normas o que están separadas por alguna otra razón que no sea un orden. En efecto, no debe pasar desapercibido que el derecho se puede definir como "la ciencia que estudia el orden social justo expresado en términos lógicos. Y por ley la ordenación de la razón, para el bien común, dada y promulga-

⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ Esta división suele atribuirse al profesor español Adolfo Posada, quien así las llama y las explica en su obra *Tratado de derecho político*, Madrid, 1935, pp. 26 a 30. TENA RAMÍREZ, Fernando, op. cit., p. 23.

¹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1997, p. 188.

da por aquel que tiene a su cargo la sociedad, la comunidad o el Estado en forma legítima".¹²

A manera de ejemplo, se tiene el Código Civil Federal, el cual está dividido en cuatro libros, en donde cada uno trata un tema específico y concreto, donde se establecen diversos conceptos, tan variados y tan extensos que el código vigente tan sólo deroga a la legislación civil anterior (artículo 9o. transitorio del código de mérito), es decir al Código Civil de 1884 y éste a su vez deroga al código de 1779; pero no es lógico pensar que los preceptos señalados en cada uno de los libros son totalmente independientes del resto de los libros o que no pueden relacionarse por carecer de una misma jerarquía o valor, ya que si bien, cada libro está dividido para un tema que conceptualiza, explica y desarrolla, es con el fin de tener un fácil manejo y una mejor metodología, más no significa que deba darse un trato diferente a cada libro o en su defecto que no puedan relacionarse un artículo con otro, ya que de lo contrario el libro de las obligaciones, al ser uno de los principales (por no decir el fundamental en todo el derecho) no podría relacionarse con el libro de bienes o con el de sucesiones.

Así, sucede lo mismo al estudiarse la Carta Magna, ya que se debe unir sin confundir y distinguir sin separar. Y una cosa es que esté en una parte orgánica y otra dogmática, en títulos y capítulos, lo cual es únicamente para fines prácticos, pero no jurídicos, ya que desmembrar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos equivaldría a mutilar lo que es un todo, que funciona a manera de conjunto y con un solo fin, salvaguardar los derechos fundamentales del ser humano, ya sea estableciendo concretamente derechos específicos y concretos. O, a través de establecer la forma en que se integrará el Congreso de la Unión; o los requisitos para ser presidente, ministro, diputado o senador, etcétera, pero finalmente todo es con el fin de guardar una armonía entre todos los individuos de un Estado.

Adicionalmente, cada rama de la ciencia del derecho surge por el grado de especialización que requiere cada materia, mas no que cada materia que deba considerarse como un ente aislado e independiente.

¹² Notas tomadas en la clase de Filosofía del derecho con Alfonso Guerrero Martínez, catedrático en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Por último, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

"...Una hermenéutica jurídica que pretendiese hacer la interpretación gramatical de un precepto legal, sólo conduciría a consecuencias funestas, bien sabido es de acuerdo con los principios que norman la interpretación de la ley, cuando su redacción no es clara, es decir, cuando gramaticalmente resulta oscura, el intérprete debe atender al espíritu que inspira a todo catálogo jurídico, es decir debe hacer una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico".¹³

También se ha afirmado:

"...cuando se plantea un conflicto sobre la significación que deba asignarse a un término o palabra empleada en alguna disposición legal, de la que o exista una interpretación auténtica, es decir, elaborada por el propio legislador, es deber del tribunal servirse de todos los métodos: gramatical, lógico, sistemático o histórico, reconocidos por nuestro sistema jurídico, en cuanto le puedan servir en su tarea. Así debe procederse incluso tratándose de una norma de carácter fiscal...".¹⁴

De esta manera, la división establecida en la Constitución no tiene ningún valor jurídico trascendental, por el cual deban distinguirse los primeros veintinueve artículos de los ciento siete artículos restantes; lo anterior, en razón de que en el fondo la Constitución, tal como su nombre lo indica es donde se erigen, se instituyen todas y cada una de las normas que rigen a nuestra sociedad, que tiene como fin último el establecer un orden social justo para la armónica convivencia de todos los individuos en los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución al ser un todo, cada una de sus normas debe ser considerada como derechos fundamentales del ser humano, independientemente del artículo en que se encuentren. En efecto, todas las normas contempladas en dicho ordenamiento implican un derecho

¹³ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. CXIX, p. 2612. Rubro LEY PENAL, INTERPRETACIÓN DE LA.

¹⁴ Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, t. VII, abril, p. 192. Rubro: "INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL AL-CANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA".

(sin pasar desapercibido que también existen deberes), ya que aun aquellos en donde se contemplan los requisitos para ocupar un cargo, ya sea de elección popular o no, su formalidad implica que en caso de que no se observen, se tiene el derecho de impugnarlo.

El antiguo criterio de considerar únicamente los primeros veintinueve artículos de la Carta Magna como las únicas garantías individuales debe ser actualizado, ya que hoy en día no es posible seguir sosteniéndolo, ya que equivaldría a decir que únicamente son obligaciones las que se contienen en el Libro Cuarto del Código Civil; así como que los artículos 103 y 107, 31, fracción IV,¹⁵ y 123 no pueden considerarse como derechos fundamentales del ser humano por no estar contemplados en los primeros veintinueve artículos de la Constitución.

De esta manera, está claro que los derechos políticos se interrelacionan de manera muy estrecha con diversos derechos fundamentales del ser humano, tales como el derecho de la libre manifestación de ideas, la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito y el inalienable derecho que tiene el pueblo de alterar o modificar la forma de su gobierno, lo anterior de conformidad con los artículos 6, 7, 9 y 39 constitucionales, tal como la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha sustentado,¹⁶ no implica que

¹⁵ Quinta época. Instancia: Pleno. Fuente: *Apéndice* de 1995, t. VI. Parte SCJN. Tesis: 219, p. 149. Quinta época. Amparo en revisión 337/17. Villa García, vecinos de. 16 de diciembre de 1918. Mayoría de nueve votos. Amparo en revisión 759/19. Heredia Marcelino. 17 de abril de 1919. Unanimidad de once votos. Amparo en revisión 1051/19. Guerra Alvarado José y coags. 13 de junio de 1919. Mayoría de siete votos. Amparo en revisión 83/20. Orihuela Manuel y coags. 9 de marzo de 1920. Unanimidad de ocho votos, t. VII, p. 941. Amparo en revisión. Ayuntamiento de Acayucan. 4 de septiembre de 1920. Unanimidad de diez votos. Nota: En los Apéndices al *Semanario Judicial de la Federación* correspondientes a los tomos de la Quinta época y en los de 1917-1954, 1917-1965 y 1917-1975, la tesis aparece publicada con el rubro: "DERECHOS POLÍTICOS".

¹⁶ DELITOS POLÍTICOS, PUNIBILIDAD DE LOS. Los artículos 6o., 7o., 9o. y 39 constitucionales consagran con el rango de garantías individuales la libre manifestación de ideas, la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito y el inalienable derecho que tiene el pueblo de alterar o modificar la forma de su gobierno; sin embargo estas garantías no pueden y deben entenderse sino dentro del marco de la legalidad, o sea que pueden organizarse grupos políticos de las más diversas ideologías siempre y cuando su actuación la realicen dentro de las normas fijadas por el sistema jurídico que nos rige, sin emplear la violencia

los derechos políticos estén contenidos y se ejerzan dependiendo de otros derechos, sino que son autónomos en su ejercicio. En efecto, la importancia y campo de acción de los derechos políticos es tan amplia que están íntimamente relacionados con diversos derechos fundamentales, pero sin embargo no necesitan de alguno de ellos para su existir o ejercicio.

Cabe mencionar que incluso se ha dicho que los derechos políticos no son derechos fundamentales del ser humano, ya que no son inherentes a la persona, pero que además son derechos que se utilizan en un momento determinado y con un fin específico, esto es, únicamente al votar.

Los derechos políticos como cualquier otro siempre están en la esfera jurídica de los ciudadanos y el que no haya un periodo electoral, no significa que no se tenga el derecho, por ejemplo, si durante todavía mi vida decido no ejercer el derecho de asociarme, no significa que no tenga ese derecho, sino que simplemente nunca lo ejercí. Es decir, no depende del ejercicio o no de un derecho para contemplarlo dentro de la esfera jurídica de una persona. Y el que se ejerza únicamente en los plazos establecidos para votar y/o ser votado, tampoco es una razón para no considerar a los derechos políticos como derechos fundamentales, ya también es como cualquier otro derecho, se requiere de una situación en particular que la exija para su

ni atentar contra el orden establecido, porque en el momento en que los integrantes de un grupo político organizado al amparo de las garantías que establece la Constitución Política Mexicana actúan en contravención a los principios de la misma, se hacen acreedores a las sanciones que corresponden a la ilicitud de su conducta, ya que aun cuando en estricta lógica debe admitirse que cualquier grupo o partido político tiende a llegar al fondo para implantar un gobierno acorde a su ideología, su actuación tendiente a esa finalidad tendrá que encuadrarla forzosa y necesariamente dentro de los cánones legales, o sea la obtención del poder a través del proceso que señalan las leyes. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. 48, Segunda Parte, p. 49. Séptima época. Segunda Parte, vol. 39, p. 51. Amparo directo 622/70. Adán Nieto Castillo. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 684/70. Raúl Prado Bayardi y otros. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 688/70. Víctor Rico Galán y otros. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 690/70. Raúl Álvarez y otros. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 1235/70. José Luis Calva Téllez y coagraviados. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

uso, por ejemplo, se tiene el derecho de presentar un escrito de demanda de amparo por la violación de cualquier derecho fundamental, pero es indispensable un acto de autoridad que viole algún derecho, ya que no puedo ejercer ese derecho, aun cuando está en mi esfera jurídica, sino existe un acto de autoridad, que además se pueda considerar como violatorio de algún derecho fundamental.

Y lo que es más, la gran mayoría de los derechos fundamentales se adquieren sin mayor requisito, pero los derechos políticos son de tal alta importancia y valía, que además exigen que sea mayor de edad y que se tenga un modo honesto de vivir.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA QUINTA ÉPOCA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La jurisprudencia de la quinta época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "DERECHOS POLÍTICOS. IMPROCEDENCIA. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales", considero que hace ochenta y cinco años que se integró como jurisprudencia, muy probablemente fue un muy buen criterio, pero el derecho es dinámico. Es decir, debe ser acorde con las necesidades de la sociedad a la que pretende servir, por lo que por la sencilla razón de que el México de hoy, en comparación con la época en que se estableció dicho criterio no es él mismo y que necesita un reevaluación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para un criterio acorde en las necesidades actuales de la sociedad mexicana. Y para tal situación se requiere de los abogados para hacerlo notar ante dicho órgano.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela considera a la jurisprudencia de mérito como una pseudo-tesis jurisprudencial, ya "que se atribuye que este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación obedece a que no se involucra en una verdadera tesis de jurisprudencia, por la sencilla razón de que ésta no existe. En efecto, las ejecutorias que informan la citada tesis número 87 no concuerdan en sus pronunciamientos resolutivos ni en las cuestiones que respectivamente abordan. Así, las ejecutorias 'Villagarcía, Vecinos de' y 'Herdía Marcelino', publicadas respectivamente en los ts. III, p. 1312 y IV, p. 862, se refieren a la calificación de determinadas elecciones; las ejecutorias 'Orihuela Manuel y Coags.' y 'Ayuntamiento de Aca-

yucan', que aparecen en los ts. VI, p. 463 y VII, p. 491, aluden a casos relacionados con la negativa a registrar credenciales de miembros edilicios; y la ejecutoria 'Guerra Alvarado José y Coags.', que consta en el t. IV, p. 1135, se refiere a la procedencia de la suspensión en materia política".

Al respecto, las ejecutorias señaladas, que corresponden a la Quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*, se dictaron bajo la vigencia de la Ley de Amparo de 1919, cuyo artículo 148 establecía lo siguiente:

"Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, votadas por mayoría de siete o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario".

De esta manera, observamos que la base sobre la cual se ha edificado un criterio que está muy cerca de cumplir cien años, no cumplió con los requisitos que la ley en vigor en ese momento exigía para integrar una jurisprudencia.

Ahora bien, en el caso de los derechos políticos los considero de suma importancia, ya que implican el derecho a elegir la forma de gobierno, es decir la autodeterminación del pueblo, lo cual se traduce en la forma de expresión más pura de la soberanía, el derecho de votar y/o ser votado para ocupar los cargos de elección popular, así como la conformación del resto del Estado.

El ejercicio de los derechos políticos lo considero tan esencial como el requisito *sine qua non* para conformar un Estado de Derecho, el cual por definición debe ser democrático, ya que la democracia es un estilo de vida y no un momento en particular que vive la sociedad. Es decir, la libertad de votar y/o ser votado para un cargo de elección no puede concebirse sin democracia y sin ésta el Estado de derecho es una utopía.

Los derechos políticos al ser medio más puro de llegar a ejercer la soberanía, y por ende, un estilo de vida denominado democracia, trasciende su importancia en el hecho de precisar, que sin los derechos políticos difícilmente podríamos hablar de que el pueblo ejerce su soberanía para vivir en un pleno Estado de Derecho.

Y a nivel internacional, el pleno ejercicio de los derechos políticos es como una muralla a todo aquel que pretendiera o quisiera conquistar un país, ya que la soberanía es la forma de autodeterminación del pueblo hacia su interior y hacia el exterior.

De esta manera ya sea por lo viejo del criterio, la importancia de los derechos políticos o simplemente para reevaluar el mismo criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería pronunciarse al respecto, a fin de brindar una mayor seguridad jurídica a la actual sociedad mexicana.

IV. EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN VII, DE LA LEY DE AMPARO EXPRESAMENTE ESTABLECE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO

El artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo establece lo siguiente:

“Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:

VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.

Considero que lo establecido en la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo, va más allá de lo establecido en el artículo 14 constitucional, ya que dicho artículo no excluye ni clasifica que proteja a determinados derechos, sino que quedan comprendidos todos los derechos de los que goza cualquier ser humano.

Considero que la razón de ser esta fracción lejos de ser por alguna razón jurídica, fue curiosamente una decisión política, a fin de que no se mezclara lo político con lo jurídico. Lo cual en el año de 1920 muy probablemente fuera una buena decisión, ya que el país históricamente se encontraba en un momento de transición, complejo y difícil. Y lo que menos se quería es dar la oportunidad a que alguien para que abusara del ejercicio de sus derechos políticos.

No obstante, aun cuando actualmente sigue siendo improcedente el juicio de amparo por la violación de derechos políticos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha tenido mayor remedio que comenzar a conocer de asuntos que versan sobre los derechos políticos. En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 98

constitucional, párrafo primero, establece que por la contradicción de tesis entre el Tribunal Electoral, con alguna de las Salas o el Pleno de la Suprema Corte, este último decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer, por lo que forzosamente conocerá de la violación de derechos políticos; el artículo 97 constitucional, segundo párrafo, faculta a la Suprema Corte a iniciar una investigación de oficio, por algún hecho o hechos que constituyan una violación al voto público. Lo anterior sin mencionar los distintos artículos constitucionales que expresamente hacen mención a los derechos políticos, tales como el 5o., sexto párrafo, 41, fracción IV, 95, fracción I, y 99, fracción V, y que por su violación (incluyendo el primer párrafo del artículo 14 constitucional) debe proceder el juicio de garantías.

V. LOS TRATADOS CELEBRADOS Y RATIFICADOS SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS

No obstante todo lo que hasta aquí se ha mencionado y suponiendo que no se cambiara un ápice, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los tratados celebrados y ratificados son Ley Suprema de toda la Unión.

Los tratados en donde se reconocen a los derechos políticos como derechos fundamentales del ser humano, celebrados por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos y ratificados por el Senado de los Estados Unidos Mexicanos que son Ley Suprema de toda la Unión a la fecha son los siguientes:

- *Declaración de los Derechos del Ser Humano, de Francia.*

“Artículo 21. Participación Política.

1. Toda persona tiene derecho a participar, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresa mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

• *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberando del temor y de la miseria, a menos que creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁷

• *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

“Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.¹⁸

• *Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer.*

“Artículo I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres sin discriminación alguna.

¹⁷ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0968; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 20 de mayo de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Y el 22 de junio del mismo año se publicó una fe de erratas. Localización C.T. Apéndice II, p. 171, UNTS, 14668.

¹⁸ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0985; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 7 de mayo de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Localización C.T. Apéndice IV, p. 621, UNTS, 17955.

Artículo II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III. Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.

• *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.*

“Artículo I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III. Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.¹⁹

• *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.*

“Artículo I. Las altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones del sexo”.²⁰

De esta manera, aun cuando no se considerara que la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo es contraria al artículo 14 constitucional, sí resultaría que en virtud de los diversos tratados celebrados y ratificados, violando lo dispuesto en el artículo 133 de la Carta Magna, ya que dichos tratados constituyen Ley Suprema de toda la Unión.

Y adicionando que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis cuyo rubro es “TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN

¹⁹ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0900; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 28 de abril de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Localización C.T. Apéndice I, p. 227, UNTS, 2613.

²⁰ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0878; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 29 de abril de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Localización C.T. Apéndice I, p. 149, UNTS, 24375.

JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” (Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos (ausente José Vicente Aguinaco Alemán). Ponente Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel, no habría lugar a duda de que los derechos políticos son derechos fundamentales del ser humano, y por ende, que por su violación debe proceder el juicio de garantías.

Adicionalmente, a nivel internacional el asunto es posible ventilarlo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con lo establecido en los estatutos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se tiene que esperar a tener la resolución definitiva del máximo órgano del país, que en el caso de México sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de realizar la impugnación que proceda en derecho. Es decir, que en caso de que se presentara un juicio de amparo por la violación de derechos políticos, se admitiera a trámite (en el mejor de los escenarios) y se resolviera que es improcedente; acto seguido se interpondría un recurso de revisión, que por la trascendencia del asunto podría llegar a conocer la Suprema Corte o en el peor de los casos, ésta determinara que lo resolviera un Tribunal Colegiado.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 23, 44 y 46 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, como individuo tendría que esperar a obtener la sentencia definitiva (ya sea de la Suprema Corte o del Tribunal Colegiado), a fin de realizar la impugnación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto cabe señalar que Héctor Fix-Zamudio exmagistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente:

“...Ignacio Luis Vallarta, con un pensamiento menos idealista que el de Iglesias, pugnó por que la Corte abandonara sus anteriores decisiones sobre incompetencia de origen que la hacía participar en actividades político-electorales... Sin embargo, este criterio de autolimitación del Poder Judicial Federal respecto de las cuestiones políticas, que fue el imperante en los ordenamientos de la época, inclusive en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, ha sido superado en la actualidad, en la que los tribunales abordan los problemas políticos desde su ángulo jurídi-

co, es decir, respecto de su legalidad, y no en cuanto a su oportunidad política, por medio del concepto de las cuestiones políticas judiciales o justiciables, que son cada vez más amplias. Por ello debe modificarse, o al menos atemperarse, la tesis tradicional de nuestra Suprema Corte, originada en las ideas vallartinas, de que los derechos políticos no pueden tutelarse por medio del amparo, porque no son ‘garantías individuales’, es decir, derechos humanos pues ese criterio ya no puede sostenerse en nuestra época”.

Y el ministro Genaro David Góngora Pimentel ha considerado sobre el mismo tema lo siguiente:

La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante Estados Unidos) se auto limitó en el conocimiento de lo que calificó como *political questions*.

Sin embargo, esta orientación ha cambiado en forma considerable, por un lado, el Consejo de Estado Francés ha elaborado una jurisprudencia muy penetrante, en cuanto a la posibilidad de revisar los actos discrecionales de la administración, a través de la institución del desvío de poder, que permite al juez administrativo determinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos, sin necesidad de cuestionar su contenido.

Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos ha restringido mucho el concepto de *political questions* al resolver controversias que tradicionalmente se estimaban dentro de esta materia, incluyendo algunos problemas de régimen electoral de las entidades federativas.

En el ámbito latinoamericano los tribunales han sido mucho menos audaces y en términos generales se ha mantenido dentro del esquema tradicional de los actos políticos no justiciables, actitud que naturalmente ha sido favorecida, cuando no provoca, especialmente por la administración para impedir la intervención judicial en muchos de sus actos de gobierno.

Algún intento se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos impugnados, a través del concepto de razonabilidad que esencialmente ha sido sostenido por la Corte Suprema de Argentina; y en algunos ordenamientos se ha establecido tribunales electorales, lo que ha permitido determinar los límites jurídicos de una de las materias que se han considerado “políticas” por excelencia.

De manera alguna tenemos la pretensión de que los tribunales latinoamericanos lleguen a adoptar una actitud valiente como la del Consejo de Estado Francés o de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos, en cuanto a la revisión judicial de los actos discrecionales y de las cuestiones políticas, pero sí consideramos que debe intentarse una precisión de los aspectos políticos en general y de gobierno en particular, todo ello en forma muy

paulatina y equilibrada, evitando aventuras desafortunadas de intervención de los organismos judiciales en la vida política partidista, que sólo pueden conducir a un conflicto con los otros órganos del poder, controversia en la cual el perdidoso será forzosamente el departamento judicial.

VI. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

El presente trabajo de nada serviría si no se socializa. Cabe mencionar que la fuente de inspiración sobre este punto para el presente ensayo es la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, del 12 de abril de 1928, ya que paradójicamente aun cuando ha pasado más de setenta años de haberse publicado continúan siendo una meta por alcanzar y un ideal por el cual debemos de seguir esforzándonos por lograr. Y se dice paradójicamente, ya que en el caso de la socialización del derecho ya se hizo mención desde hace setenta años pero sigue siendo una meta por alcanzar, mientras que los derechos políticos desde hace ochenta y cinco años están esperando que se analice a fondo para cambiar su destino. La exposición de motivos (así como la mayor parte del trabajo) fue elaborada por el maestro Francisco H. Ruiz, quien encabezó la comisión encargada de hacer las reformas necesarias al Código Civil anterior de 1884, en el año de 1928. Por lo que, es una necesidad de mi parte el hacer mención de dichas ideas por considerarme un hombre con valores, un abogado idealista (pero pendiente de las necesidades y realidades que se viven hoy en día), con el único fin de transmitir mis inquietudes, mi sentir y la preocupación por hacer de México un mejor lugar para vivir.

La exposición de motivos menciona lo siguiente:

“Es preciso socializar el derecho, porque como dice un publicista: Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social. Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra.

Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad, y por

eso se condena enérgicamente la adaptación de leyes e instituciones existentes en otros países. Esa opinión encierra un gran fondo de verdad; pero como toda idea unilateral y exclusivista, no expresa toda la verdad.

Para legislar no deben tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir.

La fuerza de la tradición, la obra de las costumbres, sin duda que son irresistibles; pero muchas veces sancionan irritantes injusticias, privilegios odiosos, que el legislador con valentía debe borrar, y debe también recoger las reivindicaciones de los oprimidos, de los vejados, para convertirlas en preceptos legales.

Se ha dicho, no sin cierta razón, que las leyes no crean las condiciones del mundo social y que no hacen más que expresarlas. Pero la legislación no se limita a este papel pasivo; es en gran parte el eco de las condiciones sociales nuevas, de los sentimientos y de las necesidades nuevas; y las sanciones del legislador ejercen a su vez acción propulsiva y estimulan a reivindicaciones. Por otra parte, la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe olvidarse que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta.

Las anteriores consideraciones norman la conducta de la comisión y por eso fue que tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas. Esto, sin descuidar nuestros propios problemas y necesidades, y, sobre todo, procurando que enraizaran en el Código civil los anhelos de emancipación económica de las clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en los artículos 27, 28 y 123 de la Constitución Federal de 1917”.

Ahora bien, al trasladar estas ideas a la materia de derecho electoral, en particular sobre los derechos políticos, lo fundamental es hacer todo lo que esté a la mano para difundirlo, a fin de generar la polémica y discusión suficiente y necesaria primero para que se conozca el tema y en segundo lugar para resaltar la gran trascendencia de votar; ya que a primera instancia puede parecer algo muy sencillo, pero en realidad implica diversas responsabilidades, tales como el informarse, no nada más de lo que es el voto, sino también del

país, estado, delegación y/o municipio, y comunidad en donde uno vive, con el objeto de cuando llegue el momento de elegir al candidato que quiera ocupar un puesto de elección popular, cada uno tenga la capacidad de analizar las propuestas que se realicen y seleccionar a la persona más idónea para ocupar el cargo, ya que no debe perderse de vista que votar *es la forma más pura de ejercer la soberanía de un país*; o, impugnar cuando no se haya respetado el derecho de votar y/o ser votado; o cuando el candidato que resultó ganador del puesto de elección popular no ha cumplido, no nada más se traduce en una irresponsabilidad sujeto a un juicio, sino también el incumplimiento del mandato para ejercer la soberanía trasladada del ciudadano a ese candidato electo para que cumpliera las funciones del encargo.

VII. CONCLUSIONES

Los derechos políticos deben ser reconocidos plenamente como derechos fundamentales del ser humano.

El juicio de amparo debe ser procedente por la violación de los derechos políticos.

La democracia no nada más es un estilo que vida, sino que además es muy frágil, ya que con el más mínimo incidente se puede romper.

El temor a mezclar lo político y lo jurídico ha sido superado, ya que al día de hoy en México, como en el resto del mundo, todas las decisiones tienen una repercusión en todos los ámbitos social, político, jurídico y económico. Y en el caso de los derechos políticos no debe perderse de vista que lo que la autoridad judicial va a resolver es única y exclusivamente el punto de vista legal, independientemente de las consecuencias políticas que pudieran llegar a generarse, tal como sucede en muchas otras materias y asuntos, por ejemplo, cuando un juez penal que tenga que resolver sobre la situación jurídica de una persona conocida públicamente por la razón que fuera, su deber es resolver el punto legal y no otro, ya que si se sujetara a que por no resolver un asunto legal, por las consecuencias paralelas o secundarias que podría producir, sería imposible resolver cualquier asunto de cualquier materia en cualquier parte del mundo.

La peor decisión es "no hacer nada", ya que aun cuando se tomara una decisión equivocada, lo único que la historia no perdona es la inmovilidad.

Lo mejor es impulsar el tema para que se tome una decisión actual y acorde con las necesidades de la sociedad mexicana que está en la puerta del siglo XXI y sin duda alguna, será un gran avance para nuestro México.

LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS

Miguel Ángel BISOGNO CARREÓN

SUMARIO: I. *Los derechos políticos carecen de un sustento constitucional.* II. *Garantías individuales son únicamente las que se encuentran dentro de los primeros veintinueve artículos de la Carta Magna.* III. *La jurisprudencia de la quinta época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* IV. *El artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo expresamente establece la improcedencia del juicio de amparo.* V. *Los tratados celebrados y ratificados sobre los derechos políticos.* VI. *La socialización de los derechos políticos.* VII. *Conclusiones.*

El tema de los derechos políticos hoy parece ser uno de los temas que está de moda, pero en realidad es una lucha de más de ciento treinta años, eso sí, con la constante de que siempre ha sido un tema muy debatido.

El derecho electoral ha tenido diversos avances, pero entre los que considero más sobresalientes son los siguientes: en 1947, se concedió el voto a la mujer en las elecciones municipales y en 1953 para toda clase de comicios, poniéndose término a una injusta discriminación, que llegó al grado de que una mujer podía aspirar a ser notaria, pero no tenía derecho a votar; el 21 de diciembre de 1962 cuando el presidente de los Estados Unidos Mexicanos Adolfo López Mateos presentó una iniciativa de reformas constitucionales para que se mencionara por primera vez el término de partidos políticos; el 15 de agosto de 1990 se publicó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), modificando sustancialmente la materia electoral, al establecer al Tribunal Federal Electoral (hoy

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), al Instituto Federal Electoral y la instalación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; por último, no fue sino hasta el 22 de agosto de 1996 que se incluyó el término de derechos políticos por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la misma fecha se publicó la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

La trascendencia de la materia electoral va más allá de lo que mucha gente podría llegar a considerar, ya que tal como en el prólogo del libro titulado *La lucha por el derecho*, de R. Von Ihering, Leopoldo Alas señala: "Pero aún más triste... que la ausencia de leyes que den al derecho de la autonomía todo lo que en justicia le pertenece, mucho más triste es la ausencia del sentido jurídico de la autonomía en los pueblos... Si con sufragios se gana la gloria, con sufragios se conquista esa soberanía... Lo primero que se le hace al pueblo con su soberanía es ponérsela donde no la vea; como voto, el ciudadano es tan soberano como cualquiera otro...".¹

Ahora bien, dentro de la materia electoral están los derechos políticos, los que conceptualizo como los derechos fundamentales del ser humano que constituyen el medio más puro para alcanzar la soberanía. Es decir, si la soberanía es el fin, los derechos políticos son el medio para conseguirla.

No obstante el gran avance en materia electoral y en particular sobre los derechos políticos, en nuestro México, aún falta mucho por estudiar, analizar y observar bajo el microscopio jurídico.

Los derechos políticos, cada vez que se han puesto bajo la lente del análisis, han creado diversas polémicas, causando diversos pronunciamientos, pero sin abarcar la totalidad de lo sustancial. En efecto, no obstante que hoy en día existe el juicio para la protección de los derechos político-electorales, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral,² no se ha superado el antiguo criterio que

¹ IHERING, VON R., *La lucha por el derecho*, México, Porrúa, 2002, pp. LXI y LXII.

² "Artículo 79. El juicio para la protección de los derechos político-electorales, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de

desde su quinta época, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció al considerar: "DERECHOS POLÍTICOS. IMPROCEDENCIA. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales".³

De esta manera, no obstante aun cuando hoy en día existe un juicio que protege la violación a los derechos políticos, éstos siguen sin reevaluarse para determinar si son o no derechos fundamentales del ser humano o como garantías individuales como lo establece nuestra Carta Magna.

El presente ensayo tiene dos objetivos principales, reconocer que los derechos políticos son derechos fundamentales; y que por su violación debe ser procedente el juicio de amparo.

I. LOS DERECHOS POLÍTICOS CARECEN DE UN SUSTENTO CONSTITUCIONAL

Los derechos políticos sí tienen un fundamento constitucional. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al respecto señala lo siguiente:

"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. En el supuesto previsto en el inciso e) del párrafo 1 del siguiente artículo, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada".

³ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época; Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice de 1995, t. VI, Parte SCJN; Tesis: 219, p. 149.

De lo dispuesto en el primer párrafo está claro que no se realiza una distinción entre los derechos que protege, es decir, no limita los derechos que protege al mencionar que únicamente vela por los derechos civiles, mercantiles y labores, sino que tutela todos los derechos, y por ende, también los derechos políticos.

Además, también encuentran su fundamento en la Carta Magna, en los artículos 1o., 35, 39, 40, 41, 60 y 99.

II. GARANTÍAS INDIVIDUALES SON ÚNICAMENTE LAS QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DE LOS PRIMEROS VEINTINUEVE ARTÍCULOS DE LA CARTA MAGNA

La Constitución recibe, entre otras denominaciones, el nombre de Carta Magna, Norma Suprema, Ley Fundamental, Código Fundamental, Código Político.

El *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas establece: "(Del latín *constitutionis*) forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; ley fundamental de la organización de un estado".⁴

Para José María Iglesias una Constitución: "...debe ser en su conjunto una ley clara, sencilla, preceptiva, exenta de principios abstractos y de declaraciones metafísicas".⁵

Según Aristóteles: "La Constitución misma es el gobierno... es el ser del Estado⁶ ...la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la magistratura que es dueña y soberana de todo".⁷

En el derecho romano se llamaban Constituciones las leyes dadas por los emperadores. Justiniano en la *Institutas* señala: "...lo que el emperador establece por rescriptos, o lo que decide con conocimiento de causa, o lo que ordena por medio del edicto es una ley. Es lo que llamamos una Constitución".⁸

⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1998, p. 658.

⁵ IGLESIAS, José María, *Cuestiones constitucionales*, p. 16.

⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., p. 658.

⁷ PALLARES, Eduardo, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ed. Fontamara, 1997, p. 7.

⁸ *Loc. cit.*

Jellinek afirma: "Las Constituciones de los Estados abarcan los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación y sus relaciones mutuas, y por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado".⁹

Felipe Tena Ramírez señala que nuestra Constitución está dividida en dos partes, la dogmática y la orgánica;¹⁰ la primera trata de los derechos fundamentales del ser humano; y la segunda, que tiene por objeto organizar el poder público.

De esta manera, podemos observar que entre los distintos conceptos que se dan para la Constitución se concluye que no nada más brinda un sinónimo de libertad, sino el ordenamiento social de mayor jerarquía que tiene como teleología protegerla y preservarla, siendo la libertad el ideal permanente por alcanzar.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela ha manifestado: ¿Las garantías individuales, sólo están comprendidas por la Constitución en sus veintinueve primeros artículos que integran el capítulo respectivo, o por el contrario, abarcan otros preceptos constitucionales distintos? A don Ignacio L. Vallarta le preocupó tal cuestión, habiéndola resuelto en el sentido de que por garantías individuales no deben entenderse únicamente los veintinueve primeros artículos de la Constitución, sino que aquellas podían hacerse extensivas a otros preceptos de la Ley Fundamental que signifiquen una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que expresamente las prevén".¹¹

Ahora bien, el que la Constitución esté dividida en varios títulos, que su vez se subdividen en varios capítulos, no significa que no exista una correlación entre sus normas o que están separadas por alguna otra razón que no sea un orden. En efecto, no debe pasar desapercibido que el derecho se puede definir como "la ciencia que estudia el orden social justo expresado en términos lógicos. Y por ley la ordenación de la razón, para el bien común, dada y promulga-

⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ Esta división suele atribuirse al profesor español Adolfo Posada, quien así las llama y las explica en su obra *Tratado de derecho político*, Madrid, 1935, pp. 26 a 30. TENA RAMÍREZ, Fernando, op. cit., p. 23.

¹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1997, p. 188.

da por aquel que tiene a su cargo la sociedad, la comunidad o el Estado en forma legítima".¹²

A manera de ejemplo, se tiene el Código Civil Federal, el cual está dividido en cuatro libros, en donde cada uno trata un tema específico y concreto, donde se establecen diversos conceptos, tan variados y tan extensos que el código vigente tan sólo deroga a la legislación civil anterior (artículo 9o. transitorio del código de mérito), es decir al Código Civil de 1884 y éste a su vez deroga al código de 1779; pero no es lógico pensar que los preceptos señalados en cada uno de los libros son totalmente independientes del resto de los libros o que no pueden relacionarse por carecer de una misma jerarquía o valor, ya que si bien, cada libro está dividido para un tema que conceptualiza, explica y desarrolla, es con el fin de tener un fácil manejo y una mejor metodología, más no significa que deba darse un trato diferente a cada libro o en su defecto que no puedan relacionarse un artículo con otro, ya que de lo contrario el libro de las obligaciones, al ser uno de los principales (por no decir el fundamental en todo el derecho) no podría relacionarse con el libro de bienes o con el de sucesiones.

Así, sucede lo mismo al estudiarse la Carta Magna, ya que se debe unir sin confundir y distinguir sin separar. Y una cosa es que esté en una parte orgánica y otra dogmática, en títulos y capítulos, lo cual es únicamente para fines prácticos, pero no jurídicos, ya que desmembrar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos equivaldría a mutilar lo que es un todo, que funciona a manera de conjunto y con un solo fin, salvaguardar los derechos fundamentales del ser humano, ya sea estableciendo concretamente derechos específicos y concretos. O, a través de establecer la forma en que se integrará el Congreso de la Unión; o los requisitos para ser presidente, ministro, diputado o senador, etcétera, pero finalmente todo es con el fin de guardar una armonía entre todos los individuos de un Estado.

Adicionalmente, cada rama de la ciencia del derecho surge por el grado de especialización que requiere cada materia, mas no que cada materia que deba considerarse como un ente aislado e independiente.

¹² Notas tomadas en la clase de Filosofía del derecho con Alfonso Guerrero Martínez, catedrático en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Por último, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

"...Una hermenéutica jurídica que pretendiese hacer la interpretación gramatical de un precepto legal, sólo conduciría a consecuencias funestas, bien sabido es de acuerdo con los principios que norman la interpretación de la ley, cuando su redacción no es clara, es decir, cuando gramaticalmente resulta oscura, el intérprete debe atender al espíritu que inspira a todo catálogo jurídico, es decir debe hacer una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico".¹³

También se ha afirmado:

"...cuando se plantea un conflicto sobre la significación que deba asignarse a un término o palabra empleada en alguna disposición legal, de la que o exista una interpretación auténtica, es decir, elaborada por el propio legislador, es deber del tribunal servirse de todos los métodos: gramatical, lógico, sistemático o histórico, reconocidos por nuestro sistema jurídico, en cuanto le puedan servir en su tarea. Así debe procederse incluso tratándose de una norma de carácter fiscal...".¹⁴

De esta manera, la división establecida en la Constitución no tiene ningún valor jurídico trascendental, por el cual deban distinguirse los primeros veintinueve artículos de los ciento siete artículos restantes; lo anterior, en razón de que en el fondo la Constitución, tal como su nombre lo indica es donde se erigen, se instituyen todas y cada una de las normas que rigen a nuestra sociedad, que tiene como fin último el establecer un orden social justo para la armónica convivencia de todos los individuos en los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución al ser un todo, cada una de sus normas debe ser considerada como derechos fundamentales del ser humano, independientemente del artículo en que se encuentren. En efecto, todas las normas contempladas en dicho ordenamiento implican un derecho

¹³ Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. CXIX, p. 2612. Rubro LEY PENAL, INTERPRETACIÓN DE LA.

¹⁴ Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava época, t. VII, abril, p. 192. Rubro: "INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL AL-CANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA".

(sin pasar desapercibido que también existen deberes), ya que aun aquellos en donde se contemplan los requisitos para ocupar un cargo, ya sea de elección popular o no, su formalidad implica que en caso de que no se observen, se tiene el derecho de impugnarlo.

El antiguo criterio de considerar únicamente los primeros veintinueve artículos de la Carta Magna como las únicas garantías individuales debe ser actualizado, ya que hoy en día no es posible seguir sosteniéndolo, ya que equivaldría a decir que únicamente son obligaciones las que se contienen en el Libro Cuarto del Código Civil; así como que los artículos 103 y 107, 31, fracción IV,¹⁵ y 123 no pueden considerarse como derechos fundamentales del ser humano por no estar contemplados en los primeros veintinueve artículos de la Constitución.

De esta manera, está claro que los derechos políticos se interrelacionan de manera muy estrecha con diversos derechos fundamentales del ser humano, tales como el derecho de la libre manifestación de ideas, la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito y el inalienable derecho que tiene el pueblo de alterar o modificar la forma de su gobierno, lo anterior de conformidad con los artículos 6, 7, 9 y 39 constitucionales, tal como la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha sustentado,¹⁶ no implica que

¹⁵ Quinta época. Instancia: Pleno. Fuente: *Apéndice* de 1995, t. VI. Parte SCJN. Tesis: 219, p. 149. Quinta época. Amparo en revisión 337/17. Villa García, vecinos de. 16 de diciembre de 1918. Mayoría de nueve votos. Amparo en revisión 759/19. Heredia Marcelino. 17 de abril de 1919. Unanimidad de once votos. Amparo en revisión 1051/19. Guerra Alvarado José y coags. 13 de junio de 1919. Mayoría de siete votos. Amparo en revisión 83/20. Orihuela Manuel y coags. 9 de marzo de 1920. Unanimidad de ocho votos, t. VII, p. 941. Amparo en revisión. Ayuntamiento de Acayucan. 4 de septiembre de 1920. Unanimidad de diez votos. Nota: En los Apéndices al *Semanario Judicial de la Federación* correspondientes a los tomos de la Quinta época y en los de 1917-1954, 1917-1965 y 1917-1975, la tesis aparece publicada con el rubro: "DERECHOS POLÍTICOS".

¹⁶ DELITOS POLÍTICOS, PUNIBILIDAD DE LOS. Los artículos 6o., 7o., 9o. y 39 constitucionales consagran con el rango de garantías individuales la libre manifestación de ideas, la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito y el inalienable derecho que tiene el pueblo de alterar o modificar la forma de su gobierno; sin embargo estas garantías no pueden y deben entenderse sino dentro del marco de la legalidad, o sea que pueden organizarse grupos políticos de las más diversas ideologías siempre y cuando su actuación la realicen dentro de las normas fijadas por el sistema jurídico que nos rige, sin emplear la violencia

los derechos políticos estén contenidos y se ejerzan dependiendo de otros derechos, sino que son autónomos en su ejercicio. En efecto, la importancia y campo de acción de los derechos políticos es tan amplia que están íntimamente relacionados con diversos derechos fundamentales, pero sin embargo no necesitan de alguno de ellos para su existir o ejercicio.

Cabe mencionar que incluso se ha dicho que los derechos políticos no son derechos fundamentales del ser humano, ya que no son inherentes a la persona, pero que además son derechos que se utilizan en un momento determinado y con un fin específico, esto es, únicamente al votar.

Los derechos políticos como cualquier otro siempre están en la esfera jurídica de los ciudadanos y el que no haya un periodo electoral, no significa que no se tenga el derecho, por ejemplo, si durante todavía mi vida decido no ejercer el derecho de asociarme, no significa que no tenga ese derecho, sino que simplemente nunca lo ejercí. Es decir, no depende del ejercicio o no de un derecho para contemplarlo dentro de la esfera jurídica de una persona. Y el que se ejerza únicamente en los plazos establecidos para votar y/o ser votado, tampoco es una razón para no considerar a los derechos políticos como derechos fundamentales, ya también es como cualquier otro derecho, se requiere de una situación en particular que la exija para su

ni atentar contra el orden establecido, porque en el momento en que los integrantes de un grupo político organizado al amparo de las garantías que establece la Constitución Política Mexicana actúan en contravención a los principios de la misma, se hacen acreedores a las sanciones que corresponden a la ilicitud de su conducta, ya que aun cuando en estricta lógica debe admitirse que cualquier grupo o partido político tiende a llegar al fondo para implantar un gobierno acorde a su ideología, su actuación tendiente a esa finalidad tendrá que encuadrarla forzosa y necesariamente dentro de los cánones legales, o sea la obtención del poder a través del proceso que señalan las leyes. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. 48, Segunda Parte, p. 49. Séptima época. Segunda Parte, vol. 39, p. 51. Amparo directo 622/70. Adán Nieto Castillo. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 684/70. Raúl Prado Bayardi y otros. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 688/70. Víctor Rico Galán y otros. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 690/70. Raúl Álvarez y otros. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera, vol. 39, p. 51. Amparo directo 1235/70. José Luis Calva Téllez y coagraviados. 1o. de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

uso, por ejemplo, se tiene el derecho de presentar un escrito de demanda de amparo por la violación de cualquier derecho fundamental, pero es indispensable un acto de autoridad que viole algún derecho, ya que no puedo ejercer ese derecho, aun cuando está en mi esfera jurídica, sino existe un acto de autoridad, que además se pueda considerar como violatorio de algún derecho fundamental.

Y lo que es más, la gran mayoría de los derechos fundamentales se adquieren sin mayor requisito, pero los derechos políticos son de tal alta importancia y valía, que además exigen que sea mayor de edad y que se tenga un modo honesto de vivir.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA QUINTA ÉPOCA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La jurisprudencia de la quinta época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "DERECHOS POLÍTICOS. IMPROCEDENCIA. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales", considero que hace ochenta y cinco años que se integró como jurisprudencia, muy probablemente fue un muy buen criterio, pero el derecho es dinámico. Es decir, debe ser acorde con las necesidades de la sociedad a la que pretende servir, por lo que por la sencilla razón de que el México de hoy, en comparación con la época en que se estableció dicho criterio no es él mismo y que necesita un reevaluación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para un criterio acorde en las necesidades actuales de la sociedad mexicana. Y para tal situación se requiere de los abogados para hacerlo notar ante dicho órgano.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela considera a la jurisprudencia de mérito como una pseudo-tesis jurisprudencial, ya "que se atribuye que este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación obedece a que no se involucra en una verdadera tesis de jurisprudencia, por la sencilla razón de que ésta no existe. En efecto, las ejecutorias que informan la citada tesis número 87 no concuerdan en sus pronunciamientos resolutivos ni en las cuestiones que respectivamente abordan. Así, las ejecutorias 'Villagarcía, Vecinos de' y 'Herdía Marcelino', publicadas respectivamente en los ts. III, p. 1312 y IV, p. 862, se refieren a la calificación de determinadas elecciones; las ejecutorias 'Orihuela Manuel y Coags.' y 'Ayuntamiento de Aca-

yucan', que aparecen en los ts. VI, p. 463 y VII, p. 491, aluden a casos relacionados con la negativa a registrar credenciales de miembros edilicios; y la ejecutoria 'Guerra Alvarado José y Coags.', que consta en el t. IV, p. 1135, se refiere a la procedencia de la suspensión en materia política".

Al respecto, las ejecutorias señaladas, que corresponden a la Quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*, se dictaron bajo la vigencia de la Ley de Amparo de 1919, cuyo artículo 148 establecía lo siguiente:

"Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, votadas por mayoría de siete o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario".

De esta manera, observamos que la base sobre la cual se ha edificado un criterio que está muy cerca de cumplir cien años, no cumplió con los requisitos que la ley en vigor en ese momento exigía para integrar una jurisprudencia.

Ahora bien, en el caso de los derechos políticos los considero de suma importancia, ya que implican el derecho a elegir la forma de gobierno, es decir la autodeterminación del pueblo, lo cual se traduce en la forma de expresión más pura de la soberanía, el derecho de votar y/o ser votado para ocupar los cargos de elección popular, así como la conformación del resto del Estado.

El ejercicio de los derechos políticos lo considero tan esencial como el requisito *sine qua non* para conformar un Estado de Derecho, el cual por definición debe ser democrático, ya que la democracia es un estilo de vida y no un momento en particular que vive la sociedad. Es decir, la libertad de votar y/o ser votado para un cargo de elección no puede concebirse sin democracia y sin ésta el Estado de derecho es una utopía.

Los derechos políticos al ser medio más puro de llegar a ejercer la soberanía, y por ende, un estilo de vida denominado democracia, trasciende su importancia en el hecho de precisar, que sin los derechos políticos difícilmente podríamos hablar de que el pueblo ejerce su soberanía para vivir en un pleno Estado de Derecho.

Y a nivel internacional, el pleno ejercicio de los derechos políticos es como una muralla a todo aquel que pretendiera o quisiera conquistar un país, ya que la soberanía es la forma de autodeterminación del pueblo hacia su interior y hacia el exterior.

De esta manera ya sea por lo viejo del criterio, la importancia de los derechos políticos o simplemente para reevaluar el mismo criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería pronunciarse al respecto, a fin de brindar una mayor seguridad jurídica a la actual sociedad mexicana.

IV. EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN VII, DE LA LEY DE AMPARO EXPRESAMENTE ESTABLECE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO

El artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo establece lo siguiente:

“Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:

VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.

Considero que lo establecido en la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo, va más allá de lo establecido en el artículo 14 constitucional, ya que dicho artículo no excluye ni clasifica que proteja a determinados derechos, sino que quedan comprendidos todos los derechos de los que goza cualquier ser humano.

Considero que la razón de ser esta fracción lejos de ser por alguna razón jurídica, fue curiosamente una decisión política, a fin de que no se mezclara lo político con lo jurídico. Lo cual en el año de 1920 muy probablemente fuera una buena decisión, ya que el país históricamente se encontraba en un momento de transición, complejo y difícil. Y lo que menos se quería es dar la oportunidad a que alguien para que abusara del ejercicio de sus derechos políticos.

No obstante, aun cuando actualmente sigue siendo improcedente el juicio de amparo por la violación de derechos políticos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha tenido mayor remedio que comenzar a conocer de asuntos que versan sobre los derechos políticos. En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 98

constitucional, párrafo primero, establece que por la contradicción de tesis entre el Tribunal Electoral, con alguna de las Salas o el Pleno de la Suprema Corte, este último decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer, por lo que forzosamente conocerá de la violación de derechos políticos; el artículo 97 constitucional, segundo párrafo, faculta a la Suprema Corte a iniciar una investigación de oficio, por algún hecho o hechos que constituyan una violación al voto público. Lo anterior sin mencionar los distintos artículos constitucionales que expresamente hacen mención a los derechos políticos, tales como el 5o., sexto párrafo, 41, fracción IV, 95, fracción I, y 99, fracción V, y que por su violación (incluyendo el primer párrafo del artículo 14 constitucional) debe proceder el juicio de garantías.

V. LOS TRATADOS CELEBRADOS Y RATIFICADOS SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS

No obstante todo lo que hasta aquí se ha mencionado y suponiendo que no se cambiara un ápice, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los tratados celebrados y ratificados son Ley Suprema de toda la Unión.

Los tratados en donde se reconocen a los derechos políticos como derechos fundamentales del ser humano, celebrados por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos y ratificados por el Senado de los Estados Unidos Mexicanos que son Ley Suprema de toda la Unión a la fecha son los siguientes:

- *Declaración de los Derechos del Ser Humano, de Francia.*

“Artículo 21. Participación Política.

1. Toda persona tiene derecho a participar, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresa mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

• *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberando del temor y de la miseria, a menos que creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁷

• *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

“Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.¹⁸

• *Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer.*

“Artículo I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres sin discriminación alguna.

¹⁷ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0968; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 20 de mayo de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Y el 22 de junio del mismo año se publicó una fe de erratas. Localización C.T. Apéndice II, p. 171, UNTS, 14668.

¹⁸ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0985; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 7 de mayo de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Localización C.T. Apéndice IV, p. 621, UNTS, 17955.

Artículo II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III. Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.

• *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.*

“Artículo I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III. Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.¹⁹

• *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.*

“Artículo I. Las altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones del sexo”.²⁰

De esta manera, aun cuando no se considerara que la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo es contraria al artículo 14 constitucional, sí resultaría que en virtud de los diversos tratados celebrados y ratificados, violando lo dispuesto en el artículo 133 de la Carta Magna, ya que dichos tratados constituyen Ley Suprema de toda la Unión.

Y adicionando que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis cuyo rubro es “TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN

¹⁹ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0900; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 28 de abril de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Localización C.T. Apéndice I, p. 227, UNTS, 2613.

²⁰ <http://tratados.sre.gob.mx/BusquedaGlobal.htm>... Núm. de registro 0878; Categoría Tratados Multilaterales; Estatus Vigente; publicado el 29 de abril de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*. Localización C.T. Apéndice I, p. 149, UNTS, 24375.

JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” (Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos (ausente José Vicente Aguinaco Alemán). Ponente Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel, no habría lugar a duda de que los derechos políticos son derechos fundamentales del ser humano, y por ende, que por su violación debe proceder el juicio de garantías.

Adicionalmente, a nivel internacional el asunto es posible ventilarlo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con lo establecido en los estatutos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se tiene que esperar a tener la resolución definitiva del máximo órgano del país, que en el caso de México sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de realizar la impugnación que proceda en derecho. Es decir, que en caso de que se presentara un juicio de amparo por la violación de derechos políticos, se admitiera a trámite (en el mejor de los escenarios) y se resolviera que es improcedente; acto seguido se interpondría un recurso de revisión, que por la trascendencia del asunto podría llegar a conocer la Suprema Corte o en el peor de los casos, ésta determinara que lo resolviera un Tribunal Colegiado.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 23, 44 y 46 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, como individuo tendría que esperar a obtener la sentencia definitiva (ya sea de la Suprema Corte o del Tribunal Colegiado), a fin de realizar la impugnación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto cabe señalar que Héctor Fix-Zamudio exmagistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente:

“...Ignacio Luis Vallarta, con un pensamiento menos idealista que el de Iglesias, pugnó por que la Corte abandonara sus anteriores decisiones sobre incompetencia de origen que la hacía participar en actividades político-electorales... Sin embargo, este criterio de autolimitación del Poder Judicial Federal respecto de las cuestiones políticas, que fue el imperante en los ordenamientos de la época, inclusive en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, ha sido superado en la actualidad, en la que los tribunales abordan los problemas políticos desde su ángulo jurídi-

co, es decir, respecto de su legalidad, y no en cuanto a su oportunidad política, por medio del concepto de las cuestiones políticas judiciales o justiciables, que son cada vez más amplias. Por ello debe modificarse, o al menos atemperarse, la tesis tradicional de nuestra Suprema Corte, originada en las ideas vallartinas, de que los derechos políticos no pueden tutelarse por medio del amparo, porque no son ‘garantías individuales’, es decir, derechos humanos pues ese criterio ya no puede sostenerse en nuestra época”.

Y el ministro Genaro David Góngora Pimentel ha considerado sobre el mismo tema lo siguiente:

La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante Estados Unidos) se auto limitó en el conocimiento de lo que calificó como *political questions*.

Sin embargo, esta orientación ha cambiado en forma considerable, por un lado, el Consejo de Estado Francés ha elaborado una jurisprudencia muy penetrante, en cuanto a la posibilidad de revisar los actos discrecionales de la administración, a través de la institución del desvío de poder, que permite al juez administrativo determinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos, sin necesidad de cuestionar su contenido.

Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos ha restringido mucho el concepto de *political questions* al resolver controversias que tradicionalmente se estimaban dentro de esta materia, incluyendo algunos problemas de régimen electoral de las entidades federativas.

En el ámbito latinoamericano los tribunales han sido mucho menos audaces y en términos generales se ha mantenido dentro del esquema tradicional de los actos políticos no justiciables, actitud que naturalmente ha sido favorecida, cuando no provoca, especialmente por la administración para impedir la intervención judicial en muchos de sus actos de gobierno.

Algún intento se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos impugnados, a través del concepto de razonabilidad que esencialmente ha sido sostenido por la Corte Suprema de Argentina; y en algunos ordenamientos se ha establecido tribunales electorales, lo que ha permitido determinar los límites jurídicos de una de las materias que se han considerado “políticas” por excelencia.

De manera alguna tenemos la pretensión de que los tribunales latinoamericanos lleguen a adoptar una actitud valiente como la del Consejo de Estado Francés o de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos, en cuanto a la revisión judicial de los actos discrecionales y de las cuestiones políticas, pero sí consideramos que debe intentarse una precisión de los aspectos políticos en general y de gobierno en particular, todo ello en forma muy

paulatina y equilibrada, evitando aventuras desafortunadas de intervención de los organismos judiciales en la vida política partidista, que sólo pueden conducir a un conflicto con los otros órganos del poder, controversia en la cual el perdedor será forzosamente el departamento judicial.

VI. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

El presente trabajo de nada serviría si no se socializa. Cabe mencionar que la fuente de inspiración sobre este punto para el presente ensayo es la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, del 12 de abril de 1928, ya que paradójicamente aun cuando ha pasado más de setenta años de haberse publicado continúan siendo una meta por alcanzar y un ideal por el cual debemos de seguir esforzándonos por lograr. Y se dice paradójicamente, ya que en el caso de la socialización del derecho ya se hizo mención desde hace setenta años pero sigue siendo una meta por alcanzar, mientras que los derechos políticos desde hace ochenta y cinco años están esperando que se analice a fondo para cambiar su destino. La exposición de motivos (así como la mayor parte del trabajo) fue elaborada por el maestro Francisco H. Ruiz, quien encabezó la comisión encargada de hacer las reformas necesarias al Código Civil anterior de 1884, en el año de 1928. Por lo que, es una necesidad de mi parte el hacer mención de dichas ideas por considerarme un hombre con valores, un abogado idealista (pero pendiente de las necesidades y realidades que se viven hoy en día), con el único fin de transmitir mis inquietudes, mi sentir y la preocupación por hacer de México un mejor lugar para vivir.

La exposición de motivos menciona lo siguiente:

“Es preciso socializar el derecho, porque como dice un publicista: Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social. Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra.

Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad, y por

eso se condena enérgicamente la adaptación de leyes e instituciones existentes en otros países. Esa opinión encierra un gran fondo de verdad; pero como toda idea unilateral y exclusivista, no expresa toda la verdad.

Para legislar no deben tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir.

La fuerza de la tradición, la obra de las costumbres, sin duda que son irresistibles; pero muchas veces sancionan irritantes injusticias, privilegios odiosos, que el legislador con valentía debe borrar, y debe también recoger las reivindicaciones de los oprimidos, de los vejados, para convertirlas en preceptos legales.

Se ha dicho, no sin cierta razón, que las leyes no crean las condiciones del mundo social y que no hacen más que expresarlas. Pero la legislación no se limita a este papel pasivo; es en gran parte del eco de las condiciones sociales nuevas, de los sentimientos y de las necesidades nuevas; y las sanciones del legislador ejercen a su vez acción propulsiva y estimulan a reivindicaciones. Por otra parte, la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe olvidarse que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta.

Las anteriores consideraciones norman la conducta de la comisión y por eso fue que tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas. Esto, sin descuidar nuestros propios problemas y necesidades, y, sobre todo, procurando que enraizaran en el Código civil los anhelos de emancipación económica de las clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en los artículos 27, 28 y 123 de la Constitución Federal de 1917”.

Ahora bien, al trasladar estas ideas a la materia de derecho electoral, en particular sobre los derechos políticos, lo fundamental es hacer todo lo que esté a la mano para difundirlo, a fin de generar la polémica y discusión suficiente y necesaria primero para que se conozca el tema y en segundo lugar para resaltar la gran trascendencia de votar; ya que a primera instancia puede parecer algo muy sencillo, pero en realidad implica diversas responsabilidades, tales como el informarse, no nada más de lo que es el voto, sino también del

país, estado, delegación y/o municipio, y comunidad en donde uno vive, con el objeto de cuando llegue el momento de elegir al candidato que quiera ocupar un puesto de elección popular, cada uno tenga la capacidad de analizar las propuestas que se realicen y seleccionar a la persona más idónea para ocupar el cargo, ya que no debe perderse de vista que votar *es la forma más pura de ejercer la soberanía de un país*; o, impugnar cuando no se haya respetado el derecho de votar y/o ser votado; o cuando el candidato que resultó ganador del puesto de elección popular no ha cumplido, no nada más se traduce en una irresponsabilidad sujeto a un juicio, sino también el incumplimiento del mandato para ejercer la soberanía trasladada del ciudadano a ese candidato electo para que cumpliera las funciones del encargo.

VII. CONCLUSIONES

Los derechos políticos deben ser reconocidos plenamente como derechos fundamentales del ser humano.

El juicio de amparo debe ser procedente por la violación de los derechos políticos.

La democracia no nada más es un estilo que vida, sino que además es muy frágil, ya que con el más mínimo incidente se puede romper.

El temor a mezclar lo político y lo jurídico ha sido superado, ya que al día de hoy en México, como en el resto del mundo, todas las decisiones tienen una repercusión en todos los ámbitos social, político, jurídico y económico. Y en el caso de los derechos políticos no debe perderse de vista que lo que la autoridad judicial va a resolver es única y exclusivamente el punto de vista legal, independientemente de las consecuencias políticas que pudieran llegar a generarse, tal como sucede en muchas otras materias y asuntos, por ejemplo, cuando un juez penal que tenga que resolver sobre la situación jurídica de una persona conocida públicamente por la razón que fuera, su deber es resolver el punto legal y no otro, ya que si se sujetara a que por no resolver un asunto legal, por las consecuencias paralelas o secundarias que podría producir, sería imposible resolver cualquier asunto de cualquier materia en cualquier parte del mundo.

La peor decisión es "no hacer nada", ya que aun cuando se tomara una decisión equivocada, lo único que la historia no perdona es la inmovilidad.

Lo mejor es impulsar el tema para que se tome una decisión actual y acorde con las necesidades de la sociedad mexicana que está en la puerta del siglo XXI y sin duda alguna, será un gran avance para nuestro México.

EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de autoridad responsable. 1. Órganos estatales. A. Órganos de Estado como "autoridades responsables". B. Órganos de Estado que no son "autoridades responsables". C. Entes que, no siendo órganos de Estado, son "autoridades responsables". D. Conclusión preliminar. 2. Entes que disponen de fuerza pública. 3. Autoridades de facto. 4. Criterios expansivos. 5. Autoridades bajo derecho de amparo y bajo derecho administrativo. 6. Conclusión sobre el alcance del concepto de "autoridad responsable" para efectos del juicio de amparo. III. El árbitro. 1. La teoría jurisdiccional. 2. La teoría contractual. 3. La teoría mixta o híbrida. 4. La teoría autónoma. 5. Comentario sobre las teorías y su aplicación sobre el tema objeto de estudio. IV. El árbitro y la autoridad responsable: incompatibilidad de conceptos. 1. Interpretación del concepto de autoridad responsable. A. Interpretación textual. B. Interpretación exegética y teleológica. 2. Inexistencia de las circunstancias que han justificado la ampliación del concepto de autoridad responsable. A. Órganos estatales. B. Entes que disponen de fuerza pública. C. Autoridades de facto. D. Criterios expansivos. 3. La naturaleza de las instituciones. 4. La interpretación judicial. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una institución que en forma creciente se ha constituido como el mecanismo ideal para resolver los siguientes tipos de controversias: mercantiles, internacionales, o técnicas/complejas.¹

¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, pp. 1 y 561.

Mediante el arbitraje, las partes depositan su confianza en uno o varios árbitros para que éstos resuelvan su controversia.

El juicio de amparo es una institución profundamente enraizada en la tradición jurídica mexicana. Busca establecer un juicio especial para que ciertos tribunales analicen actos de autoridad con base en su constitucionalidad.

La ley de amparo² establece como requisito de procedencia que el acto del cual el quejoso solicita el amparo del Poder Judicial Federal provenga de una "autoridad responsable". Existe diferencia de opinión sobre la posibilidad de que el árbitro sea considerado como "autoridad responsable" para efectos del juicio de amparo. En forma interesante, si bien el tono del debate se ha apaciguado, las diferencias de opinión persisten y la calidad de los juristas en ambos lados de la controversia es elevada.

El objeto de este estudio es brindar una respuesta a dicho debate con base en el estudio de diversas fuentes de derecho, incluyendo la interpretación de la judicatura y la doctrina. Se enfrentarán las posturas que participan de la explicada controversia jurídica así como los preceptos y teoría de las dos áreas en cuestión (amparo y arbitraje) para determinar el *correcto* sentido jurídico, apoyándose en las demás fuentes del derecho para fundamentar la conclusión a la que se llegará. Para ello se estudiará el alcance del concepto de autoridad responsable, la naturaleza jurídica del árbitro y del arbitraje, para luego analizar la posibilidad de que la figura del árbitro actualice la hipótesis normativa de la definición de autoridad responsable, y se finalizará con una conclusión.

II. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD RESPONSABLE

La definición de autoridad responsable contenida en la ley de amparo es:

"...la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado".

² Ley de amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al margen de lo anterior, ni la Constitución ni la ley de amparo proporcionan una definición detallada de lo que se entiende o debe entender por dicho concepto.

El concepto de autoridad responsable que proporciona la ley de amparo es tan simplista y genérico que genera dudas sobre qué debemos entender por autoridad responsable para efectos del amparo. Así lo han hecho notar destacados juristas.³ En forma interesante, nuestra judicatura ha sido rica en precedentes que le dan contenido a dicho concepto. Del estudio de dichos precedentes se observan cuatro acepciones: a) órganos estatales; b) entes que disponen de fuerza pública; c) autoridades *de facto*; y d) ciertos criterios expansivos. A continuación se comentará cada una.

1. Órganos estatales

El concepto jurídico ortodoxo de "autoridad" es órgano del Estado. Como primer punto de partida, tomar esa acepción para efectos del juicio de amparo parece útil. Sin embargo, un análisis un poco más profundo sobre el tema arroja una conclusión interesante: no todos los órganos de Estado son autoridades para efectos del juicio de amparo, y existen algunos entes que, no siendo —estrictamente— órganos de Estado, pueden ser considerados autoridades responsables. Me explicaré.

A. Órganos de Estado como "autoridades responsables"

Asimilar "órgano de Estado" con "autoridad responsable" logra un propósito útil: simpleza y —como regla general— certeza.

Entender de esta manera a los entes a los que va dirigido el amparo parece congruente con el propósito medular de dicha institución: ser un juicio especial mediante el cual un gobernado puede resguardar garantías individuales en contra de los actos de entes dotados de poder público. Existen ejecutorias que soportan esta postura, por ejemplo:

AUTORIDAD, CARACTERÍSTICAS DE LA. Tiene carácter de autoridad todo órgano estatal, *de facto* o *de jure*, investido con facultades o poderes de

³ CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 434.

decisión o ejecución cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada, de una manera imperativa.⁴

Sin embargo, esta regla general tiene excepciones, que a continuación se explicarán.

B. Órganos de Estado que no son "autoridades responsables"

Existen entes de la administración pública que no califican como autoridades responsables. Por ejemplo:

TRANSPORTES ELÉCTRICOS DEL DISTRITO FEDERAL, SERVICIOS DE. NO ES AUTORIDAD. Siendo el servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal una institución descentralizada, con personalidad jurídica propia, distinta de la del Departamento del Distrito Federal, los actos de su mandatario no pueden ser considerados como de autoridad, por no poderse identificar con los del Estado.⁵

Otro ejemplo interesante es mostrado con la siguiente ejecutoria:

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. NO ES AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. La Comisión Federal de Electricidad es un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, corporación pública catalogada dentro de la categoría de persona moral en los términos de la fracción II del artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, por cuyo carácter particular no puede ser enjuiciada en la vía constitucional de amparo, instituida esencialmente para combatir actos de autoridad que violen garantías individuales, pues su naturaleza queda fuera del concepto de autoridad, al carecer de los atributos de ésta, por no tener imperio para hacer cumplir sus resoluciones. Es consecuencia, no puede ser demandada a través del juicio de amparo, ya que éste sólo procede por actos de autoridad que violen garantías individuales, como lo establece el artículo 1o., fracción I, de la ley de la materia.⁶

⁴ Amparo en revisión 2/88, 16 de octubre de 1991, Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, enero de 1992, p. 134.

⁵ Revisión Fiscal 123/67. Central de Fianzas, 3 de julio de 1967, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. CXXI, p. 50.

⁶ Amparo en revisión 16/78, 15 de mayo de 1978, Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Informe de 1978, p. 329.

A su vez:

UNIVERSIDAD DEL ESTADO DE SONORA. NO ES AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE. De acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica respectiva, la Universidad de Sonora es un organismo descentralizado que funciona como persona moral distinta del Estado, cuyos órganos internos no pertenecen a éste, por lo que las actividades que desarrollan dentro de la Institución no son actos de autoridad, en virtud de que carecen de fuerza pública. Por consiguiente, como las responsables recurrentes no tienen el carácter de autoridad para los efectos del amparo y, por tanto, se trata de actos de particulares los que provienen de éstas, en todo caso en la especie no existe materia para suspender los actos que se reclaman.⁷

Y el concepto puede complicarse más. Existen casos en los que órganos de Estado que pueden ser autoridades responsables, no lo son en ciertos casos, como lo describe la siguiente ejecutoria:

AUTORIDAD RESPONSABLE, NO LO ES QUIEN CON EL CARÁCTER DE DEMANDADO EN EL JUICIO NATURAL, EJECUTA EL ACTO RECLAMADO. Como lo expone el juez federal, por haber sido el director del Registro Público de la Propiedad uno de los demandados en el juicio natural, es obvio que con tal carácter se vio obligado a dar cumplimiento a la sentencia respectiva, y no con el de autoridad. Lo anterior se deduce del sentido en que está empleado tal concepto de autoridad en los artículos 103, fracción I, de la Constitución, y 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, esto es, el de que esos órganos, *de facto* o *de jure*, deben tener facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendre la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares de hecho o jurídicas, o bien produzca una alteración o afectación de ellas de manera imperativa, unilateral y coercitiva. Ahora bien, en el caso el acto impugnado a la autoridad en comento tuvo que ser necesariamente atacado por ésta (por lo que tuvo que cumplirlo sin ejercer potestad decisoria alguna), debido a que, por haber sido demandada, fue condenada a llevar a cabo el acto que se le atribuye en el juicio constitucional, o sea, sin ponderarlo por sí misma desde el punto de vista de su validez o invalidez, procedencia o improcedencia; de ahí que, como antes

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, ts. 145-150, sexta parte, p. 291.

se dice, el acto susodicho, por no provenir de autoridad, no es susceptible de impugnarse mediante el amparo.⁸

Lo mismo sucede en el caso explicado en la siguiente ejecutoria:

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. AUTORIDAD RESPONSABLE. Si bien existen criterios conforme a los cuales en el juicio de amparo tiene carácter de tercero perjudicado y no de autoridad responsable, en el presente caso necesariamente se le debe de considerar como responsable, pues es conforme a la ley, la encargada de calcular y de efectuar el cobro del impuesto especial sobre producción y servicios que grava el servicio de energía eléctrica.⁹

Algo similar ocurre con la siguiente tesis:

AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO. CUÁLES DEBEN CONSIDERARSE COMO TALES. La autoridad responsable en el juicio de amparo es el órgano estatal *de facto* o *de jure*, investido con facultades o poderes de decisión o ejecución, cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada de una manera imperativa; en otros términos, señala el artículo 11 de la Ley de Amparo, que es autoridad responsable la que dicta u ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado. Por tanto, se considera que un juez de distrito, por el hecho de haber concedido la libertad bajo fianza al inculpado, dentro del incidente de suspensión del juicio indirecto que promovió en contra de la sentencia que confirmó el auto de formal prisión decretado en su contra, no debe ser considerado como autoridad responsable en el juicio de amparo directo, pues no cae en su ámbito competencial la ejecución de la sentencia reclamada y, por tanto, el juicio con respecto a dicha autoridad es improcedente y debe ser sobreseído con fundamento en los artículos 166, fracción III, 73, fracción XVIII, y 74, fracción III, de la Ley de Amparo.¹⁰

⁸ Amparo en revisión 178/88, 31 de agosto de 1988, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, segunda parte-1, julio a diciembre de 1988, p. 132.

⁹ Incidente en revisión 463/83, 5 de octubre de 1984, Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, parte 187-192, sexta parte, p. 43.

¹⁰ Amparo directo 4267/67, y amparo directo 4265/67, 12 de marzo de 1969, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 3, segunda parte, p. 13.

C. Entes que, no siendo órganos de Estado, son "autoridades responsables"

Existen casos en los que entes que —estrictamente hablando— no existen, son consideradas "autoridades responsables" para efectos del juicio de amparo. Por ejemplo:

SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. LOS SUBDIRECTORES "A" Y "B" DE SANCIONES CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL. No es factible aceptar que el titular de una dependencia de Estado tenga facultad legal para crear autoridades, pues ésta la tienen únicamente el Congreso de la Unión mediante el proceso legislativo o el presidente de la República, a través de su facultad reglamentaria y por tanto, las subdirecciones de Sanciones "A", "B" o "X" de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, no son sino la enumeración de las que se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de esa Secretaría o en su reglamento interior, es decir, no están contempladas verdaderamente en el marco jurídico de esa dependencia ni en ninguna otra disposición constitucional; consecuentemente a dichos subdirectores no se les pueden delegar facultades propias de las autoridades que sí fueron creadas conforme a la ley, por tanto, la existencia de los subdirectores en cita es *de facto*, por lo que carecen de competencia para emitir y firmar resoluciones pese a que en éstas invoquen una diversidad de preceptos legales, ya que no es de esta manera que se justifica la existencia legal de una autoridad.¹¹

En forma similar:

DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDADES Y SANCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL ES AUTORIDAD *DE FACTO*. La autoridad indicada carece de existencia legal, toda vez que en el sistema constitucional la creación de autoridades es facultad exclusiva del Congreso de la Unión mediante el proceso legislativo o del presidente de la República a través de su facultad reglamentaria, circunstancia que no acontece con la Dirección de Responsabilidades y Sanciones de la Contraloría General del Departamento del Distrito Federal ya que en esta tesitura es

¹¹ Amparo directo 3094/95, 31 de octubre de 1995, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, marzo de 1996, p. 1019. Amparo directo 2704/95; 25 de octubre de 1995, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XV-1, febrero, p. 269.

inadmisible que por acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal en el que se otorgan facultades a dicha dirección, deba entenderse como creada ya que ni en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal ni en su reglamento se encuentra contemplada por lo que *la autoridad mencionada lo es de facto*.¹²

De estas ejecutorias se desprende que existen entes que, al ser creados por una autoridad distinta a aquellas que tienen la facultad para crearlas, no existen formalmente. Sin embargo, ello no será óbice para que sea procedente el amparo en contra de actos de las mismas. Ello puesto que llenarán los requisitos de lo que configura una "autoridad responsable" para efectos del amparo. La aseveración anterior encuentra fundamento en las siguientes ejecutorias:

AUTORIDAD, CARACTERÍSTICAS DE LA. Tiene carácter de autoridad todo órgano estatal, *de facto* o *de jure*, investido con facultades o poderes de decisión o ejecución cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada, de una manera imperativa.¹³

La anterior descripción general ha sido explayada en la siguiente tesis:

AUTORIDADES, QUIÉNES LO SON, PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. Conforme a la tesis de jurisprudencia visible con el número 54, en la página 115 de la sexta parte del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1965, autoridades son, para los efectos del amparo, todas aquellas personas que de hecho o de derecho disponen de la fuerza pública. Esa tesis, formada con ejecutorias que van del tomo IV al tomo LXX de la quinta época del semanario citado, necesita ser afinada en la época actual, en que las funciones del Poder Ejecutivo se han desplazado con compleji-

¹² Revisión fiscal 1814/95, 20 de septiembre de 1995, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Revisión fiscal 1804/95, 31 de octubre de 1995, Revisión fiscal 2134/95, 31 de octubre de 1995. Revisión fiscal 2924/95, 31 de enero de 1996, Revisión fiscal 224/96, 10 de abril de 1996, Tribunales Colegiados de Circuito, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, p. 591.

¹³ Amparo en revisión 2/88, 16 de octubre de 1991, Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, enero de 1992, p. 134.

dad creciente a organismos descentralizados y paraestatales. Y se tiene que llegar a la conclusión de que si los particulares no pueden por su voluntad unilateral ni por estipulación respecto de tercero (artículos 1860, 1861, 1868 y relativos del Código Civil aplicable en materia federal), imponer a otros cargas que sean exigibles mediante el uso de la fuerza pública, ni directa ni indirectamente (acudiendo para ello a los tribunales, por ejemplo), uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades para los efectos del amparo (artículo 103, fracción 1, de la Constitución Federal), es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública (según que dispongan ellos mismos de esa fuerza, o que haya posibilidad de un camino legal para acudir a otras autoridades que dispongan de ella). Y cuando esas cargas sean en alguna manera exigibles mediante el uso de la facultad económica coactiva, como impuestos, derechos o aprovechamientos (artículo 1o., fracción I, del Código Fiscal de la Federación), se estará frente a autoridades para dictar resoluciones de carácter fiscal.¹⁴

El siguiente criterio reciente también resulta ilustrativo:

AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS. Las notas que distinguen a una autoridad para efectos del amparo son las siguientes: a) la existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de *supra* a subordinación con un particular; b) que esa relación tenga su nacimiento en la ley, lo que dota al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de esa potestad; c) que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular; y, d) que para emitir esos actos no requiera de acudir a los órganos judiciales ni precise del consenso de la voluntad del afectado.¹⁵

¹⁴ Criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Informe de 1981, pp. 29 y 30. Se mencionan cinco precedentes.

¹⁵ Contradicción de tesis 76/99-SS (que no es jurisprudencia por no resolver el tema de la contradicción planteada) entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, 28 de septiembre de 2001, Unanimidad de cuatro votos, tesis 2a. CCIV/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, novena época, noviembre de 2001, p. 39.

D. Conclusión preliminar

A manera de conclusión preliminar puede decirse que, del cotejo del universo de "autoridades responsables" con el universo de "órganos de Estado", resulta un traslape *parcial*, mas no *total*, de conceptos, de tal forma no serán todos los que están, ni están todos los que son.

Dicho en términos más formales: *no existe igualdad entre los conceptos "órgano de Estado" y "autoridad responsable para efectos del juicio de amparo"*. Existen los siguientes casos que harán que las nociones no embonen: los entes que cuentan con imperio y las autoridades *de facto*. A continuación se abordará cada uno.

2. Entes que disponen de fuerza pública

La posibilidad de hacer uso de la fuerza pública es un criterio que ha ganado aceptación jurisprudencial para calificar a un ente como autoridad responsable. La siguiente tesis es ejemplificativa:

AUTORIDADES PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. *El término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos público, por el hecho de ser fuerza pública de que disponen; por lo que si algún organismo no reúne tales características, el amparo pedido contra sus actos resulta improcedente y debe sobreseerse el juicio.*¹⁶

La siguiente ejecutoria continúa con la misma idea:

AUTORIDADES, QUIÉNES LO SON, PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. Conforme a la tesis de jurisprudencia visible con el número 54, en la página 115 de la sexta parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1965, autoridades son, para los efectos del amparo, todas aquellas personas que de hecho o de derecho disponen de la fuerza pública. Esa

¹⁶ Amparo en revisión 190/89, Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. IV, segunda parte-1, julio a diciembre de 1989, p. 125.

tesis, formada con ejecutorias que van del tomo IV al tomo LXX de la quinta época del semanario citado, necesita ser afinada en la época actual, en que las funciones del Poder Ejecutivo se han desplazado con complejidad creciente a organismos descentralizados y paraestatales. Y se tiene que llegar a la conclusión de que si los particulares no pueden por su voluntad unilateral ni por estipulación respecto de tercero (artículos 1860, 1861, 1868 y relativos del Código Civil aplicable en materia federal), *imponer a otros cargas que sean exigibles mediante el uso de la fuerza pública*, ni directa ni indirectamente (acudiendo para ello a los tribunales, por ejemplo), uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades para los efectos del amparo (artículo 103, fracción 1, de la Constitución Federal), es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública (según que dispongan ellos mismos de esa fuerza, o que haya posibilidad de un camino legal para acudir a otras autoridades que dispongan de ella). Y cuando esas cargas sean en alguna manera exigibles mediante el uso de la facultad económica coactiva, como impuestos, derechos o aprovechamientos (artículo 1º, fracción I, del Código Fiscal de la Federación), se estará frente a autoridades para dictar resoluciones de carácter fiscal.¹⁷

La justificación de dicha postura de la judicatura descansa en considerar que la fuerza pública es la característica primordial de la autoridad. Mediante el *imperium* se logra que ciertos mandatos tengan que ser cumplidos, aunque sea por medio de la fuerza, misma que está a la disposición de esas personas a las cuales denominamos *autoridades*.¹⁸

Lo que es más, la posibilidad de disponer de la fuerza pública puede derivarse de motivos legales o de hecho. Es decir, no sólo por razones jurídicas, sino también meta-jurídicas. La determinación de la existencia de la posibilidad de contar con la fuerza pública no se limitará a determinar si el origen de la misma es lícito (o no), ya que ello haría inaplicable el amparo a los actos de los entes que posiblemente más lo justifican: los que abusan del poder ilegítimo. Por con-

¹⁷ Criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Informe de 1981, pp. 29 y 30. Se mencionan cinco precedentes.

¹⁸ CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, p. 435.

siguiente, la legalidad del uso de la fuerza, o, cuando siendo ésta lícita, se sobrepasa (el abuso de poder), no constituirá un óbice para la procedencia del amparo.

3. Autoridades de facto

El tema de la existencia de autoridades de hecho —en contraposición con las autoridades de derecho— ha dado mucho de que hablar. La noción proviene de la judicatura, por lo que a continuación se transcribirán ejecutorias que lo contemplan, para luego resumir el concepto.

AUTORIDAD DE FACTO. CONCEPTO. Es aquélla cuyo origen no respeta los lineamientos establecidos en el artículo 16 constitucional habida cuenta de que la creación de autoridades con facultades para determinar responsabilidades administrativas o ejercer atribuciones señaladas en una ley, debe estar autorizada bien en un ordenamiento legal, o bien en su respectivo reglamento expedido por el Presidente de la República en términos de lo dispuesto por el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal.¹⁹

Otras ejecutorias proporcionan un concepto más detallado:

COMISIÓN PARA LA REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA. AUTORIDADES DE FACTO. Cuando la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra *priva de sus derechos* posesorios a un solicitante de regularización del lote que posee en el ejido expropiado, y dicha comisión decide donar ese terreno al Departamento del Distrito Federal, *sin acudir a los tribunales* previamente establecidos para proceder a la privación de derechos posesorios y para privar a la persona afectada de sus derechos posibles a la regularización sin decidir previamente sobre la que se le solicitó, y si lógica y razonablemente esa decisión unilateral de CORETT será coercitivamente impuesta a la persona afectada, sin el concurso de su voluntad, y aunque esto tenga que hacerse acudiendo para la ejecución forzada a otros órganos de autoridad, es manifiesto que dicho organismo descentralizado está actuando como una autoridad de facto para los efectos del amparo, y que sus dirigentes están sujetos al control de autoridades

¹⁹ Amparo en revisión 1205/89, 23 de junio de 1989, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 158.

superiores que pueden obligarlos a acatar un fallo constitucional, *por lo que el amparo es procedente contra tal organismo* en términos del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal. De otro modo, de entender las cosas haría del amparo un simple motivo de orgullo académico ornamental, permitiría que en la actual complejidad de la actuación administrativa gubernamental al través de organismos descentralizados y fideicomisos, las funciones de gobierno (y obviamente función gubernamental el regularizar tierras expropiadas a ejidos que han sido absorbidos por el urbanismo) pudieran venir a ser realizadas por las autoridades administrativas, a trasmano, sin control constitucional y con posibilidad de hacerlo con violación de garantías individuales, lo que es inadmisibles en un Estado de derecho.²⁰

La siguiente ejecutoria continúa con el mismo sentido:

COMISIÓN PARA LA REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA. ES AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. La Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra tiene por objeto, conforme al artículo 2o. del decreto publicado el 8 de noviembre de 1974, regularizar la tenencia de la tierra en donde existen asentamientos humanos irregulares, y a su director general corresponde, conforme al artículo 9o., fracciones III y VIII, ejecutar el programa nacional anual aprobado por el consejo y suscribir, cuando así proceda, las escrituras públicas en las que se reconozca la propiedad de los particulares en virtud de la regularización de sus predios. En esas condiciones, cuando el procedimiento de regularizar un inmueble ubicado en un antiguo terreno ejidal expropiado, la comisión, su director general, o sus funcionarios subalternos, *resuelven por sí y ante sí, en forma unilateral, un conflicto* sobre quién tiene derecho a la propiedad y a la escrituración de ese inmueble, y si su decisión unilateral va a ser apoyada por otros órganos de autoridad, debe estimarse que si actúa como autoridad, para los efectos del amparo. Sería contrario al artículo 103, fracción I, de la Constitución federal, que la comisión resolviera cuestiones legales controvertidas sobre derecho de propiedad, como si fuese autoridad, sin promover lo conducente ante las autoridades judiciales, y que su decisión unilateral, que crea derechos y priva de ellos, no pudiese ser impugnada en amparo. Tal interpretación haría nugatorio el juicio de amparo ante la crea-

²⁰ Amparo en revisión 54/81, 8 de abril de 1981, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, ts. 145-150, sexta parte, p. 74.

ción de organismos descentralizados y de organismos fiduciarios que actúan como órganos de autoridad, así sea *de facto*.²¹

La siguiente ejecutoria continúa con la misma doctrina:

AGRARIO. COMISIÓN PARA LA REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA. CASOS EN QUE RESULTA SER AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO (DERECHO DE PETICIÓN). Si la Comisión para la Regulación de la Tenencia de la Tierra, resulta ser la ejecutora del poblado quejoso, al ser la beneficiaria de tal expropiación, quedando facultada para lotificar y titular predios en favor de los ocupantes y aun de terceros y, para pagarle al quejoso las indemnizaciones a que tenía derecho, se colige que en este caso, la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra, resulta ser un ente de la administración pública descentralizada que queda incluida dentro de la categoría de autoridad, requerida por el artículo 103, fracción I, de la Constitución General de la República, puesto que la concepción simplificadora del concepto de autoridad para los efectos del juicio de garantías, ya ha sido superada por los tribunales de amparo, quienes en aras de la justicia social han sustentado diversos criterios, considerando en casos específicos a algunos organismos públicos descentralizados, entre éstos a la Corett, como autoridades para los efectos del juicio de amparo, ya sea que actúen como autoridades de facto o de derecho. Sustentar el criterio opuesto equivaldría a propiciar en algunos casos que las decisiones unilaterales de la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra, a su libre albedrío, creara y privara de derechos a los particulares, sin que dichas decisiones pudieran ser impugnadas en amparo y con detrimento de los titulares de tales derechos, quedando el juicio constitucional como un ornamento doctrinario, puesto que se permitiría que en la actual complejidad de función administrativa gubernamental, a través de organismos públicos descentralizados, se llevarán a trasmano actos de gobierno que pudieran venir a ser realizados por las autoridades administrativas, sin control constitucional y con posibilidad de hacerlo con flagrante violación de garantías individuales, lo que es inadmisibles en nuestro país, que tiene un Estado de derecho. Ahora bien, si el poblado amparista hizo alguna petición a la autoridad señalada como ejecutora, fundándose en el artículo 80. de la Constitución federal y la autoridad, sin justificación algu-

²¹ Amparo en revisión 570/79, 3 de octubre de 1979, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 127-132, sexta parte, p. 39.

na, suspende el trámite de dicha solicitud, es claro también que está violando la garantía constitucional de mérito. Por otra parte, si la autoridad responsable en su informe justificado reconoce que la amparista le formuló la petición en cuestión, corresponde a la propia autoridad demostrar el hecho positivo de que sí hubo la contestación respectiva y la que hizo del conocimiento del peticionario y como tal demostración no consta en autos, se concluye que se violó la garantía individual consagrada en el artículo 80. de la Carta Magna, debiéndose conceder la protección federal al poblado amparista para el efecto de que la responsable dé contestación por escrito a la solicitud que le presentó el peticionario de garantías.²²

La siguiente ejecutoria adopta un criterio similar:

COMISIÓN PARA LA REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA TIENE EL CARÁCTER DE AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. CUÁNDO CUMPLE FUNCIONES DE CARÁCTER SOCIAL. Del decreto de veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y nueve, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del tres de abril de ese año, mediante el cual se reestructuró al referido organismo descentralizado, se advierte que sus funciones son de carácter técnico y social, implicando esta última una tarea pública, la cual realiza no como órgano de consulta técnica sino como autoridad de facto, pues así se desprende tanto de algunas responsabilidades y obligaciones como de ciertas facultades decisorias que el Ejecutivo federal le ha delegado para el cumplimiento de esa actividad pública, de las cuales destacan la ejecución de los decretos expropiatorios y el otorgamiento de escrituras públicas o títulos de propiedad a los particulares con motivo de la regularización de sus predios. Entonces, si dicha institución en uso de sus facultades decisorias pretende desconocer los derechos posesorios del quejoso, al escriturar el predio litigioso en favor de un tercero, es indiscutible que, en este caso, está actuando como autoridad para los efectos del amparo, en virtud de que tal decisión, aun cuando tenga que auxiliarse de otras dependencias, la impone coercitivamente al promovente de garantías.²³

²² Amparo en revisión 8/89, 9 de marzo de 1989, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 68.

²³ Amparo en revisión 54/93, 24 de agosto de 1993, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito. Amparo en revisión 103/93, 17 de agosto de 1993. Queja 20/91, 13 de agosto de 1991. Amparo en revisión 134/89, 8 de febrero de

Aunque sobre un tema distinto, las siguientes ejecutorias continúan con la noción de autoridades *de facto*:

SEGURO SOCIAL. SUBDELEGACIONES DEL. SON AUTORIDADES *DE FACTO*. Si bien es verdad que en el artículo 258 D de la Ley de del Seguro Social se establecen las facultades de los subdelegados del Instituto Mexicano del Seguro Social, no es menos cierto que ello no implica la creación material de las unidades burocráticas correspondientes, pues la ley no dice cuántas son, cuál es el ámbito territorial de competencia de cada una de ellas ni el lugar de su residencia; en consecuencia, aun cuando existió la voluntad expresa del órgano legislador para la creación de esas autoridades, lo cierto es que al no haber precisado su número, circunscripción territorial, domicilio, los requisitos que deban satisfacer las personas físicas que se designen para despacharlas ni qué personal las integra, es evidente que solamente las instituyó y que dejó a cargo del Poder Ejecutivo el acto material de su creación, a través de un reglamento, por ser ésta la forma idónea de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley. Dicho proceder está inspirado en un sentido práctico indiscutible, pues si el propio legislador hubiera creado esas dependencias en la ley, sería imperativa su reforma al existir la necesidad de aumentar su número o de modificar sus circunscripciones territoriales o sus lugares de residencia; en tanto, que, si el acto material de su creación se deja a un reglamento, como en el caso se hizo, las reformas que del mismo se requieran se cumplen con mayor dinamismo por quedar a cargo de una sola persona (titular del Poder Ejecutivo) y no de un órgano colegiado numeroso que normalmente funciona durante cuatro meses cada año (Congreso de la Unión). De ahí que, si las aludidas subdelegaciones surgieron materialmente del acuerdo número 304/88 de 18 de mayo de 1988, emitido por el Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, es obvio que *se crearon por quien carece de atribuciones para establecer órganos de autoridad y, por tanto, son autoridades de facto*.²⁴

1989, Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, enero de 1994, p. 177.

²⁴ Amparo directo 1112/90, 2 de octubre de 1990, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, octava época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 65, mayo de 1993, tesis: I.2o.A. J/32, p. 36. Amparo directo 12/91, 15 de febrero de 1991. Amparo directo 552/91, 19 de junio de 1991. Amparo directo 762/91, 9 de julio de 1991. Amparo en revisión 1792/91, 7 de agosto de 1991.

En el mismo sentido:

CONTRALORÍA INTERNA DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. ES AUTORIDAD *DE FACTO* (ANTES DEL ONCE DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO). La existencia legal de la contraloría interna del Instituto Mexicano del Seguro Social se concretizó a partir del once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en que se expidió su reglamento de organización interna, en el que se establece que contará con una unidad de contraloría interna que se regirá conforme al artículo 82 del propio reglamento; por lo que si con anterioridad emitió una resolución administrativa con tal carácter, es obvio que no estaba facultada legalmente para hacerlo, toda vez que en nuestro sistema constitucional la creación de autoridades es facultad exclusiva del Congreso de la Unión mediante el proceso legislativo o del presidente de la República a través de su facultad reglamentaria, circunstancias que hasta antes de la fecha relacionada no acontecieron respecto de la dirección de contraloría interna del Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo que en tal orden de ideas es inadmisibles sostener que del contenido de los artículos 62 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 26, fracción III, del Reglamento Interior de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, así como los artículos segundo y cuarto del acuerdo secretarial mediante el cual se adscriben orgánicamente las unidades administrativas de la Secretaría de Contraloría, e instituye genéricamente órganos de control interno, sus facultades y funciones, se desprenda que la creación de la referida Dirección de Contraloría Interna se encontraba contemplada, por lo que *la autoridad mencionada lo es de facto*.²⁵

En forma similar:

DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDADES Y SANCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL ES AUTORIDAD *DE FACTO*. *La autoridad indicada carece de existencia legal*, toda vez que en el sistema constitucional la creación de autoridades es facultad exclusiva del Congreso de la Unión mediante el proceso legislativo o del presidente de la República a través de su facultad reglamentaria, circunstancia que no acontece con la Dirección de Responsabilidades y Sanciones de la Contraloría

²⁵ Revisión fiscal 75/2001, 28 de marzo de 2001, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, p. 1301.

General del Departamento del Distrito Federal ya que en esta tesitura es inadmisibles que por acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal en el que se otorgan facultades a dicha Dirección, deba entenderse como creada ya que ni en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal ni en su reglamento se encuentra contemplada por lo que *la autoridad mencionada lo es de facto*.²⁶

Auxiliares de la administración pública: Otra categoría de autoridades responsables para efectos del juicio de amparo lo ha sido los "auxiliares de la administración pública". Dicha categoría puede considerarse como una especie del género "autoridades *de facto*".

Esta figura tiene su origen en la necesidad de resolver un problema que ciertas leyes tributarias generaban. Con anterioridad, la procedencia del amparo contra leyes heteroaplicativas requería un acto de aplicación de la ley respectiva. Problemáticamente, existían algunos impuestos que no eran cobrados por autoridades, sino por particulares.²⁷ En estos casos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrentó ante la disyuntiva de otorgar al encargado de aplicar la ley²⁸ el carácter de autoridad *de facto*, o admitir que dicha ley estaba causando perjuicios al particular aun cuando el acto de aplicación no proviniera de una autoridad.

Si bien el criterio que prevaleció fue considerar que para efectos de la procedencia del juicio de amparo contra leyes lo importante es la afectación al interés jurídico del promovente,²⁹ se generaron una serie de tesis que, sin llegar a constituir jurisprudencia, otorgaban el carácter de auxiliares de la administración pública a particulares aplicadores de la ley en cuestión:

²⁶ Revisión fiscal 1814/95, 20 de septiembre de 1995, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Revisión fiscal 1804/95, 31 de octubre de 1995. Revisión fiscal 2134/95, 31 de octubre de 1995. Revisión fiscal 2924/95, 31 de enero de 1996. Revisión fiscal 224/96, 10 de abril de 1996. Tribunales Colegiados de Circuito, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, tesis: I.4o.A. J/5, p. 591.

²⁷ Notoriamente, el impuesto al valor agregado y el impuesto a la energía eléctrica.

²⁸ Por ejemplo, un cajero.

²⁹ Lo cual motivó la modificación a la fracción VI del artículo 73 de la ley de amparo que antes establecía la improcedencia del amparo contra leyes heteroaplicativas que no fueran aplicadas por un acto de autoridad, y ahora establece que el amparo es improcedente contra leyes que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio.

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. ACTÚA COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO RECAUDA EL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. Tanto la doctrina, como la legislación positiva mexicana, aceptan la posibilidad de que los particulares funjan como auxiliares de la administración pública a fin de recaudar las contribuciones que señala la ley, la obligación de retener un impuesto a cargo de compradores y posteriormente su entero a las oficinas hacendarias respectivas, son deberes impuestos a terceros que corresponden a la facultad que el fisco tiene para el más eficaz control de los impuestos y hacer rápida y efectiva su recaudación, esta facultad se encuentra implícita en la fracción IV del artículo 31 constitucional, que al conceder atribuciones a la autoridad para establecer contribuciones, no consigna una relación jurídica simple en la que el gobernado tenga sólo la obligación de pagar el tributo y el Estado el derecho correlativo de recaudarlo, sino que de ese precepto se deriva un complejo de derechos, obligaciones y atribuciones.³⁰

A su vez:

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. ACTÚA COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO RECAUDA EL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. Tanto la doctrina, como la legislación positiva mexicana, aceptan la posibilidad de que los particulares funjan como auxiliares de la administración pública a fin de recaudar las contribuciones que señala la ley. La obligación retener un impuesto a cargo de compradores y posteriormente su entero a las oficinas hacendarias respectivas, son deberes impuestos a terceros que corresponden a la facultad que el fisco tiene para mayor control de los impuestos y hacer rápida y efectiva su recaudación, esta facultad se encuentra implícita en la fracción IV del artículo 31 constitucional, que al conceder atribuciones a la autoridad para establecer contribuciones, no consigna una relación jurídica simple en la que el gobernado tenga sólo la obligación de pagar el tributo y el Estado el derecho correlativo de recaudarlo, sino que de ese precepto se deriva un complejo de derechos, obligaciones y atribuciones que forman el contenido del derecho tributario, y entre éstas se halla la de imponer medidas eficaces para la recaudación del tributo mediante el señalamiento de obligaciones a terceros; esta actividad puede catalogarse como una cooperación de los particulares en la realización de los fines del Estado. En nuestra legislación

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe de labores correspondiente al año 1987, parte II, tercera sala, p. 32.

positiva puede citarse la existencia de diversas intervenciones que desempeñan particulares dentro de la determinación y recaudación de los impuestos, como es el caso de los patrones que retienen el importe del impuesto sobre productos de trabajo a sus empleados; el caso de los notarios públicos que tienen la obligación de calcular y vigilar el pago de impuestos por las personas que solicitan su intervención; y otros supuestos en los que los particulares, auxiliares del fisco federal, también tienen el carácter de deudores solidarios cuando no retienen los impuestos que deben, o no se cercioran de que se cumplan los requisitos que determinan las leyes fiscales.³¹

En forma similar:

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. ACTÚA COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO RECAUDA EL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. Tanto la doctrina, como la legislación positiva mexicana, aceptan la posibilidad de que los particulares funjan como auxiliares de la administración pública a fin de recaudar las contribuciones que señala la ley, la obligación de retener un impuesto a cargo de compradores y posteriormente su entero a las oficinas hacendarias respectivas, son deberes impuestos a terceros que corresponden a la facultad que el fisco tiene para el más eficaz control de los impuestos y hacer rápida y efectiva su recaudación, esta facultad se encuentra implícita en la fracción IV del artículo 31 constitucional, que al conceder atribuciones a la autoridad para establecer contribuciones, no consigna una relación jurídica simple en la que el gobernado tenga sólo la obligación de pagar el tributo y el Estado el derecho correlativo de recaudarlo, sino que de ese precepto se deriva un complejo de derechos, obligaciones y atribuciones que forman el contenido del derecho tributario, y entre éstas se halla la de imponer medidas eficaces para la recaudación del tributo mediante el señalamiento de obligaciones a terceros. Esta actividad que, como se dijo, encuentra su apoyo en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal, puede catalogarse como una cooperación o colaboración de los particulares en la realización de los fines del Estado. En nuestra legislación positiva puede citarse la existencia de diversas intervenciones que desempeñan particulares dentro de la determinación y recaudación de los impuestos, como es el caso de los patrones que retienen el importe del impuesto sobre productos del trabajo a sus empleados; el caso de los notarios públicos que tienen la obligación de

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, tercera sala, t. 271-228, cuarta parte, p. 49.

calcular y vigilar el pago de impuestos por las personas que ante ellos solicitan actos que requieren su intervención, por la fe pública que ellos dan; y otros supuestos en los que los particulares, auxiliares del fisco federal, también tienen el carácter de deudores solidarios cuando no retienen los impuestos que deben, o no se cercioran de que se cumplan los requisitos que determinan las leyes fiscales.³²

4. Criterios expansivos

Además de los criterios señalados, existen otros que expanden la noción de “autoridad responsable”. Estos criterios descansan en una noción interesante: existen situaciones que rebasan los criterios tradicionales que, de no tomarse en cuenta y de adoptarse una postura estrecha de la noción de autoridad responsable, se podría (por un tecnicismo) dejar a un gobernado sin medio para recurrir actos que le merman derechos. Por consiguiente, una aproximación relajada del concepto de “autoridad responsable” es procedente. Una tesis que hace eco a dicha noción es la siguiente:

ORGANISMO DESCENTRALIZADO AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, CUANDO RESUELVE CONTROVERSIA ADMINISTRATIVA ENTRE PARTICULARES. Las tesis relativas a la necesidad de contar con el apoyo de la fuerza pública, para poder determinar si se está o no en presencia de una autoridad, no resultan aplicables cuando se trata de un ente de la administración pública descentralizada que puede también incurrir en actos de autoridad, ya sea *de facto* o de derecho, cuando sus decisiones constituyen una resolución que pone fin a una controversia administrativa entre particulares, misma resolución que puede hacerse exigible mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública, bien sea que la autoridad atraiga el concurso de otras autoridades para hacer respetar su resolución, o bien que el particular favorecido por esa resolución acuda ante otras autoridades que dispongan de fuerza pública, para hacerla respetar como obligatoria, de manera que no resulta estrictamente indispensable que la autoridad señalada como responsable disponga directamente de la fuerza pública, como puede verse en todos los casos en los cuales nuestras leyes administrativas establecen un procedimiento contencioso en el cual se ventilan derechos de

³² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, segunda sala, t. VI, diciembre de 1997, p. 367.

particulares. *Una concepción simplista del concepto de autoridad para los efectos del juicio de amparo, que se vincule al imperio, ya ha sido superada por los tribunales de amparo* quienes han sentado diversos criterios, considerando en casos específicos, a algunos organismos descentralizados como autoridades para los efectos del juicio de amparo. Como el concepto de autoridad abarca tanto las de derecho como las *de facto* y como además los particulares carecen de facultades para determinar, por sí ante sí, cómo debe resolverse un conflicto de posesión de terrenos, se impone concluir que en este caso la autoridad recurrente sí queda incluida dentro de la categoría requerida por el artículo 103, fracción I, de la Constitución General de la República.³³

La siguiente ejecutoria también puede ser citada como fundamento de la doctrina extensiva:

AUTORIDAD RESPONSABLE, NO LO ES QUIEN CON EL CARÁCTER DE DEMANDADO EN EL JUICIO NATURAL, EJECUTA EL ACTO RECLAMADO. Como lo expone el juez federal, por haber sido el director del Registro Público de la Propiedad uno de los demandados en el juicio natural, es obvio que con tal carácter se vio obligado a dar cumplimiento a la sentencia respectiva, y no con el de autoridad. Lo anterior se deduce del sentido en que está empleado tal concepto de autoridad en los artículos 103, fracción I, de la Constitución, y 1o., fracción I, de la ley de amparo, esto es, el de que esos *órganos, de facto o de jure, deben tener facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendre la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares de hecho o jurídicas, o bien produzca una alteración o afectación de ellas de manera imperativa, unilateral y coercitiva*. Ahora bien, en el caso el acto impugnado a la autoridad en comento tuvo que ser necesariamente atacado por ésta (por lo que tuvo que cumplirlo sin ejercer potestad decisoria alguna), debido a que, por haber sido demandada, fue condenada a llevar a cabo el acto que se le atribuye en el juicio constitucional, o sea, sin ponderarlo por sí misma desde el punto de vista de su validez o invalidez, procedencia o improcedencia; de ahí que, como antes se dice, el acto susodicho, por no provenir de autoridad, no es susceptible de impugnarse mediante el amparo.³⁴

³³ Amparo en revisión 1551/86, 24 de septiembre de 1987, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, ts. 217-228, sexta parte, p. 423.

³⁴ Amparo en revisión 178/88, 31 de agosto de 1988, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, segunda parte-1, julio a diciembre de 1988, p. 132.

A su vez:

AUTORIDADES, QUIÉNES LO SON, PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. Conforme a la tesis de jurisprudencia visible con el número 54, en la página 115 de la sexta parte del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1965, autoridades son, para los efectos del amparo, todas aquellas personas que de hecho o de derecho disponen de la fuerza pública. Esa tesis, formada con ejecutorias que van del tomo IV al tomo LXX de la quinta época del semanario citado, necesita ser afinada en la época actual, en que las funciones del Poder Ejecutivo se han desplazado con complejidad creciente a organismos descentralizados y paraestatales. Y se tiene que llegar a la conclusión de que si los particulares no pueden por su voluntad unilateral ni por estipulación respecto de tercero (artículos 1860, 1861, 1868 y relativos del Código Civil aplicable en materia federal), imponer a otros cargas que sean exigibles mediante el uso de la fuerza pública, ni directa ni indirectamente (acudiendo para ello a los tribunales, por ejemplo), *uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades para los efectos del amparo* (artículo 103, fracción 1, de la Constitución federal), *es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública (según que dispongan ellos mismos de esa fuerza, o que haya posibilidad de un camino legal para acudir a otras autoridades que dispongan de ella)*. Y cuando esas cargas sean en alguna manera exigibles mediante el uso de la facultad económica coactiva, como impuestos, derechos o aprovechamientos (artículo 1o., fracción I, del Código Fiscal de la Federación), *se estará frente a autoridades para dictar resoluciones de carácter fiscal*.³⁵

La noción puede acabarse de explicar con la siguiente ejecutoria:

AUTORIDADES, QUIÉNES LO SON. Este tribunal estima que para los efectos del amparo, *son actos de autoridad todos aquellos* mediante los cuales funcionarios o empleados de organismos estatales o descentralizados *pretenden imponer dentro de su actuación oficial, con base en la ley y unilateralmente, obligaciones a los particulares, o modificar las existentes, o limitar sus derechos*.³⁶

³⁵ Criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Informe de 1981, tercera parte, tesis 4, p. 29. Se mencionan cinco precedentes.

³⁶ Criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Informe de 1981, tercera parte, tesis 3, p. 29. Se mencionan cinco precedentes.

La siguiente ejecutoria parece llevar el criterio aún más lejos al versar sobre un fideicomiso:³⁷

FIDEICOMISOS. CASOS EN QUE LA FIDUCIARIA TIENE OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE. Si las autoridades responsables han ejecutado o realizado en cualquier forma *actos tendientes a desposeer a particulares, o a afectarlos de cualquier manera en sus derechos*; y si esos actos se están ejecutando o se pretenden ejecutar por medio de un fideicomiso, es claro que la fiduciaria y sus representantes sí están obligados a proporcionar en el juicio de amparo los documentos e informes que correspondería aportar a las autoridades responsables (artículo 152 de la Ley de Amparo), si hubiesen actuado directamente, en vez de actuar como fideicomitentes o como fideicomisarias, ya que de lo contrario dichas autoridades podrían eludir sus obligaciones constitucionales y legales mediante el expediente de constituir fideicomisos para afectar a los gobernados, en los que los fiduciarios contarán *de facto* con todo el apoyo de los recursos y la fuerza pública de las autoridades, lo que resulta claramente violatorio de las garantías de audiencia y de seguridad legal, consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, las que obligan a las autoridades y, por ende, a sus fiduciarios, *en estos casos en que el fideicomiso tiende a realizar funciones públicas que, en principio, corresponde a las autoridades ejecutar* en forma directa. Pues los gobernados tienen derecho cabal y pleno a que las autoridades y sus fiduciarios proporcionen en el juicio de amparo todos los elementos e informes que de actuar directamente deberían proporcionar las autoridades, para que al ser afectados no queden indefensos y el juez constitucional esté en aptitud de juzgar sobre la constitucionalidad de los actos reclamados. Y aun puede pensarse, *en estos casos, que la fiduciaria es una autoridad de facto, para los efectos del amparo, cuando la institución fiduciaria está sujeta al control gubernamental y, por ende, lo están también sus administradores, y cuando de hecho dispone del poder y de la fuerza públicos para imponer sus decisiones unilaterales a los particulares afectados, sin que de hecho tenga que acudir para ello a los tribunales previamente establecidos. De lo contrario, el particular resultaría afectado por un acto unilateralmente realizado con apoyo de la fuerza pública, sin mandamiento escrito, motivado y fundado de autoridad competente y sin haber sido*

³⁷ Podría considerarse que en verdad no hay diferencia alguna puesto que los fideicomisos públicos son parte de la administración pública. Sin embargo, no es del todo claro de la ejecutoria si se trataba de un fideicomiso público. No tuve acceso a la sentencia que dio lugar a esta ejecutoria.

vencido en juicio, y aparentemente sin poder acudir al amparo contra la autoridad fideicomitente, porque ella no realizó el acto, ni contra la fiduciaria, porque ella no es autoridad de jure, lo cual equivaldría a derogar las garantías constitucionales mediante la constitución de fideicomisos y mediante el ejercicio del poder público al través de autoridades de facto. Por lo demás, en principio las autoridades *de facto* han sido reconocidas como tales, para los efectos del amparo, como puede verse en la tesis de jurisprudencia que aparece el núm. 54 en la p. 115 de la Sexta Parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1965 (tesis 53, página 98, Octava Parte, Apéndice 1917-1975).³⁸

El criterio descrito por las ejecutorias anteriores resulta interesante y parece ser positivo en cuanto a que evita adoptar una postura miope sobre lo que puede ser una autoridad o un acto autoritario, con miras a evitar que la realidad supere al derecho. Sin embargo, llevarlo demasiado lejos podría hacer aplicable el amparo a situaciones o instituciones que deben de quedar fuera del mismo.

5. Autoridades bajo derecho de amparo y bajo derecho administrativo

El lector podría preguntarse si el camino tomado para identificar la existencia de autoridades responsables es el más nítido. Posiblemente una manera más clara o exacta de aproximar el tema hubiera sido identificar las especies de autoridades que cataloga el derecho administrativo³⁹ para luego determinar cuáles de estas cumplen con los requisitos de autoridad responsable.

Existen dos motivos por los cuales ello no se ha realizado: en primer lugar, el método, si bien científicamente defendible, no es el que ha normado los criterios de las ejecutorias de la judicatura federal.⁴⁰

³⁸ Queja 107/75, 3 de febrero de 1976, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 86, sexta parte, p. 41.

³⁹ Autoridades centralizadas, descentralizadas, desconcentradas y empresas de participación estatal.

⁴⁰ Por ejemplo, si se utilizará este ángulo de estudio, se observaría que, en un principio, se consideró que los organismos descentralizados no tenían el carácter de autoridad responsable, y que con posterioridad el criterio cambió —o más bien se matizó— estable-

El enfoque se ha centrado en determinar si el acto reclamado reúne los requisitos del acto de autoridad (imperatividad, unilateralidad, coercitividad y uso de la fuerza pública)⁴¹ y no en la naturaleza del organismo que lo emite.

En segundo motivo es que el método seguido es el exigido por el foro del cual forma parte este estudio: la búsqueda de una teoría constitucional con base en las decisiones del Poder Judicial.

6. Conclusión sobre el alcance del concepto de "autoridad responsable" para efectos del juicio de amparo

El concepto tradicional de autoridad, estimada como aquel funcionario Estatal que puede imponer coactivamente sus resoluciones a los particulares, ha sido rebasado. El órgano de Estado puede ser de la administración centralizada o bien de la administración pública descentralizada (paraestatal). Además, será autoridad responsable el ente que pueda hacer exigible su resolución a un particular mediante

ciendo una corriente de ejecutorias que consideraban que si dichos organismos realizaban actos de autoridad, serían autoridades responsables (*de facto*) para el juicio de amparo.

⁴¹ Como puede observarse en la siguiente ejecutoria: "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE SON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO (...) la llamada administración paraestatal formada por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, que indudablemente escapan al concepto tradicional de autoridad (...). Por ello, la aplicación generalizada de éste en la actualidad conduce a la indefensión de los gobernados, pues estos organismos en su actuación, con independencia de la disposición directa que llegaren a tener o no de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado. Esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. Por ello, este tribunal Pleno considera que (...) a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades". (Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. V, febrero de 1997, novena época, pleno, p. 118.)

el uso *indirecto* de la fuerza pública, a través de otras autoridades que disponen de esa fuerza. Lo anterior puede resultar por circunstancias jurídicas o fácticas (de hecho).⁴²

En resumen, desde la perspectiva subjetiva,⁴³ el juicio de amparo procede en contra de los actos de las siguientes autoridades:

1. Actos de órganos de Estado;
2. Actos de autoridades establecidas con arreglo a las leyes y que hayan obrado dentro de la esfera legal de sus atribuciones;
3. Actos de autoridades establecidas con arreglo a las leyes y que *no* hayan obrado dentro de la esfera legal de sus atribuciones;
4. Actos de personas que disponen de la fuerza pública;
5. Actos de personas que disponen de la fuerza pública por razones de hecho, como lo son aquellos que tienen el siguiente resultado:
 - a) Afectan situaciones jurídicas;
 - b) Merman derechos;
 - c) Resuelven controversias entre particulares, y su resolución puede hacerse exigible mediante el uso de la fuerza pública o porque su concurso con otras autoridades hace respetar la resolución como obligatoria;
 - d) Están en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen; o
 - e) Usurpan atribuciones que legalmente no les corresponden.

Habiendo delineado los casos en los cuales se estará en presencia de actos de una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, a continuación procederé a analizar si el árbitro cae (o debe caer) dentro de las hipótesis aludidas.

⁴² GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio de juicio de amparo*, 5a. ed., Porrúa, 1995, p. 2.

⁴³ Es decir, asumiendo que el resto de los requisitos de procedencia se cumplen, y que no se está en una de las causales de improcedencia del juicio de amparo.

III. EL ÁRBITRO

La figura del árbitro es interesante puesto que es una institución que reúne un doble perfil: el de juez, y el de prestador de servicios profesionales. Es decir, es un *juez privado*.⁴⁴ Mucho se ha escrito al respecto y no se abordará en este estudio.⁴⁵ Me limito a mencionar lo anterior por ser el aspecto relevante a este estudio.

Ahora bien, la naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que a la fecha dicho debate no ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, existen cuatro teorías sobre la naturaleza del arbitraje: a) la jurisdiccional; b) la contractual; c) la mixta o híbrida; y d) la autónoma o *sui géneris*. A continuación se resumirá cada postura.⁴⁶

1. La teoría jurisdiccional

Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar y en ocasiones idéntica. Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Lo anterior puesto que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal.

⁴⁴ La naturaleza jurídica del "árbitro" es objeto de debate. No abundaré al respecto. Me limito a mencionar la teoría más aceptada.

⁴⁵ Para abundar sobre esto, puede acudir a GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, op. cit., pp. 167-208.

⁴⁶ Este resumen es escueto. En caso de desear abundar sobre las teorías, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, op. cit., pp. 12 et seq.

2. La teoría contractual

Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. En su esencia la teoría contractual considera que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje siendo los mismos un "conjunto de actos contractuales privados".⁴⁷

Siendo el arbitraje un caso particular de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a un sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y alegan que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes.⁴⁸

3. La teoría mixta o híbrida

Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros como representantes de las partes) fueron objeto de crítica severa.⁴⁹ De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos.⁵⁰ Ante ello se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. No obstante la (aparente) oposición de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas, y así surge la teoría mixta.⁵¹

⁴⁷ SAMUEL, *Jurisdiction of Problems*, pp. 39-44; BERNARD, *L'Arbitrage Voluntaire*, párrafo 473.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, el caso estadounidense *Reily v. Russel*, 34 Mo 524, 1864; y el caso francés *Roses v. Moller et Cie.*, Corte de Casación, 27 de julio de 1937.

⁴⁹ Por ejemplo, puede refutarse que la naturaleza contractual del arbitraje es útil para iniciar el procedimiento arbitral; sin embargo, una vez comenzado, las partes tienen una autonomía de la voluntad limitada y es el tribunal arbitral quien tiene las facultades para tomar decisiones importantes en el procedimiento. No obstante estas reflexiones, la teoría contractual ha sido importante en el desarrollo del arbitraje moderno.

⁵⁰ Por ejemplo, muchos cuestionan que el arbitraje sea un simple juicio más argumentando que tiene elementos que lo diferencian en forma importante.

⁵¹ Esta teoría fue desarrollada por el profesor SAUSER-HALL en su reporte al *Institut de Droit International* en 1952 en el cual argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de todos los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la

De conformidad con esta postura, los árbitros son tomadores de decisiones que realizan una función cuasi-judicial pero que carece de poder Judicial (estatal) alguno dado que no existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, con base en derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, mas ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida.⁵²

4. La teoría autónoma

La teoría de más reciente creación argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, de carácter autónomo.⁵³ Sostiene que el carácter del arbitraje puede ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no puede ser clasificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una "institución mixta".

La teoría autónoma observa al arbitraje *per se*, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para ayudar y

validez de la sumisión al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisoluble.

⁵² La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional representa elementos tanto jurisdiccionales como contractuales. De conformidad con la teoría mixta el arbitraje es un sistema de justicia privada creada contractualmente. Dicho sistema existe *de facto* ya que cohabita con la postura jurisdiccional de la Convención de Nueva York y con la contractual bajo derecho francés. Por consiguiente, tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje. Un efecto importante que la teoría mixta o híbrida ha tenido es reconocer la fuerte, mas no avasalladora, relación entre el arbitraje y su sede.

⁵³ Fue originalmente desarrollada en 1965 por RUBELLIN-DEVICHI, *L'Arbitrage: Nature juridique*, pp. 17-18.

facilitar la consecución armónica del arbitraje y de las relaciones comerciales internacionales.

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan participar en el procedimiento arbitral. El arbitraje internacional se ha desarrollado puesto que las partes han buscado un sistema flexible, no-nacional, para la solución de sus controversias comerciales. Para ello, los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado a satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se desea evitar. Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros sean imparciales y justos, y que el laudo que eventualmente se emita sea final, obligatorio y de fácil ejecución.

5. Comentario sobre las teorías y su aplicación sobre el tema objeto de estudio

Si bien las diferencias de opinión sobre la conveniencia de cuál postura adoptar son, no sólo admisibles, sino bienvenidas, debo mencionar que, de las posturas soslayadas, la que menos aceptación tiene es la jurisdiccional. Se considera que es la más superada, además de los argumentos brindados por las demás, por dos verdades importantes: al acudir al arbitraje, las partes buscaron salirse de la judicatura para resolver su controversia; y puesto que lleva a resultados negativos cuando en presencia de problemas procesales arbitrales. La segunda razón no es relevante para este estudio, por lo que me concentraré en la primera.

El adoptar una postura jurisdiccional del arbitraje invita soluciones que con facilidad pueden resultar en justamente lo que se deseó evitar: acabar en tribunales nacionales. Por lo anterior, cualquiera que sea la postura del lector, invito a que se considere esta situación al aquilatar, no sólo su preferencia por la teoría que considera que es

más acorde con la institución arbitral, sino también el resultado que puede tener.

Existe una hebra de la teoría autónoma que deseó tomar para tejer una explicación sobre un aspecto que tiene especial relevancia en este estudio. A los ojos de quienes postulan una visión realmente internacional del arbitraje (a la que me uno), los criterios y particularidades legales y procesales nacionales deben tener poca relevancia, por no decir que deben ser eliminados. Ello obedece, no a un deseo de denostar lo nacional,⁵⁴ sino a la convicción de que en un medio pluricultural —como los son las relaciones jurídicas internacionales— el querer forzar nociones nacionales tendrá como resultado, en el mejor de los casos, problemas, y en el peor, la inexistencia de lazos que rebasen una jurisdicción. Si esto sucede, todos perdemos. El comercio es benéfico para todos quienes lo celebran. Esta verdad, tan frecuentemente pasada por alto por nacionalistas,⁵⁵ es tan evidente que puede calificarse de axioma. Y para probarlo tan sólo invito al lector a que considere: si no fuera así, ¿por qué incurren voluntariamente en el mismo agentes económicos? ¿Nadie los obliga? Si algo nos enseñan los paradigmas más aceptados es que el comercio internacional ocurre simple y sencillamente porque todos estamos mejor si, quienes tienen una ventaja competitiva en algo, se especializan en ello.

Y el arbitraje apoya el comercio internacional. Pero para que funcione, y para que una jurisdicción no se convierta en la oveja negra del rebaño internacional, es importante que tanto la legislación⁵⁶ como la judicatura nacional no imponga *sus* concepciones locales a las relaciones mercantiles internacionales.⁵⁷ Las concepciones locales

⁵⁴ A lo cual se le debe respeto, pero que debe aplicarse cuando es aplicable: a lo local.

⁵⁵ Ya decía Albert CAMUS "Quiero a mi país demasiado como para ser nacionalista". En forma relacionada, Albert EINSTEIN calificaba al nacionalismo como el sarampión de la humanidad. Me uno a esta convicción.

⁵⁶ México ya ha cumplido este requisito al adoptar como legislación interna a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, y al haber ratificado la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.

⁵⁷ Por "concepciones locales" me refiero a cualquier norma (sustantiva o adjetiva) o práctica que no encuentre cabida en los procedimientos de solución de controversias distintos al litigio. Ello sin importar lo arraigada de la misma, o la importancia del bien jurídico tutelado. La única excepción a esta última aseveración es el orden público internacional; pero me refiero al *verdadero* orden público internacional, no a disposiciones

tienen una razón de ser *local*, no *internacional*. La aldea global⁵⁸ tiene un *modus operandi* distinto. Y debe respetarse. Así lo han hecho jurisdicciones avanzadas de otras jurisdicciones. Ejemplos extraordinarios de ello lo constituyen las famosas decisiones *Mitsubishi*⁵⁹ y *Scherk*⁶⁰ de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. En el primer caso, dicho tribunal sostuvo, en resumen, que, no obstante que las controversias sobre competencia económica no podían ser arbitradas, cuando tengan un elemento internacional, sí podrán sujetarse al arbitraje. El motivo por el cual se establece una dicotomía de arbitrabilidad nacional *versus* internacional está plasmado en un pasaje que vale la pena transcribir:

"los intereses de la cortesía internacional, el respeto por las habilidades de los tribunales extranjeros e internacionales y la delicadeza del sistema comercial internacional en propiciar predecibilidad en la resolución de controversias requiere que ejecutemos el acuerdo de las partes, aún asumiendo que se hubiera llegado a un resultado contrario en un contexto local".⁶¹

En otro párrafo, la Corte dijo que:

"Para que las instituciones arbitrales internacionales puedan jugar un papel central en el sistema legal internacional, los tribunales nacionales deben deshacerse de su vieja hostilidad hacia el arbitraje así como su habitual y entendible renuencia a ceder competencia sobre una controversia que surja bajo derecho local a un tribunal extranjero o transnacional. Para dicho efec-

que admiten pacto en contrario, taxativas o imperativas. Correctamente entendido, el orden público (como causal de nulidad o no-reconocimiento contemplada en los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio) no incluye a dichos dispositivos. Se refiere a situaciones más serias. (Al respecto, véase, GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, pp. 429).

⁵⁸ Pido disculpa por el sustantivo social de moda, que es una traducción de uno aún más de moda: "Global village". El motivo por el que lo utilizo es que tiene un aspecto positivo: filtra una noción más internacionalista, y menos endocentrista, de la comunidad internacional.

⁵⁹ *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (473 U.S. 614), 1985.

⁶⁰ *Scherk v. Alberto-Culver Co.* (417 U.S. 506), 1974.

⁶¹ El texto original dice: "*concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context*".

to, será necesario que los tribunales nacionales subordinen las nociones locales de arbitrabilidad a la política internacional que favorece el arbitraje comercial".⁶²

En *Scherk*, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en un pasaje que ha ganado eco jurisprudencial, consideró que:

"Una negativa nacionalista⁶³ por las cortes de un país a ejecutar un acuerdo arbitral no solo frustraría estos⁶⁴ propósitos, sino que invitarían medidas inimaginables y autodestructivas por las partes para asegurarse de ventajas tácticas en litigio ... la peligrosa atmósfera que dicha tierra de nadie legal procuraría con toda probabilidad dañaría el comercio internacional y pondría en peligro el deseo y la habilidad de los hombres de negocios de celebrar acuerdos comerciales internacionales".⁶⁵

El razonamiento y la actitud judicial deben ser emulados. El tema del árbitro como autoridad responsable es, si bien no el primer paso en dicho sentido,⁶⁶ uno de gran importancia. Constituye una oportunidad preciosa para que la judicatura mexicana demuestre que no es

⁶² El texto original dice: "If [international arbitral institutions] are to take a central place in the international legal order, national courts will need to "shake off the old judicial hostility to arbitration," and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal. To this extent, at least, it will be necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration".

⁶³ Utilizo el término "nacionalista" para traducir "parochial" puesto que la voz "parroquial" tiene en castellano la acepción exclusiva de "perteneciente a una parroquia". En inglés significa, además, local o nacional.

⁶⁴ El contexto hacía alusión a la necesidad de procurar orden y predecibilidad por ser esenciales para las operaciones comerciales internacionales.

⁶⁵ El texto de la sentencia dice: "A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. ... the dicey atmosphere of such legal no-man's-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements".

⁶⁶ Existe un precedente reciente que debe ser mencionado, difundido y aplaudido: el Amparo en Revisión 759/2003 en el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la constitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio. La decisión ha atraído la atención internacional y le ha ganado (o, más bien, reiterado) a México el calificativo de una buena jurisdicción arbitral.

nacionalista ni endocentrista, y que entiende tanto la mecánica como los beneficios de ser abiertos a los paradigmas jurídicos internacionales más aceptados.

IV. EL ÁRBITRO Y LA AUTORIDAD RESPONSABLE: INCOMPATIBILIDAD DE CONCEPTOS

Las instituciones del árbitro y de autoridad responsable son radicalmente distintas. La anterior aseveración descansa en las siguientes premisas: a) una interpretación del concepto de autoridad responsable lo demuestra; b) las circunstancias que han justificado la ampliación del concepto de autoridad responsable son inexistentes en la figura del árbitro; c) la naturaleza de las instituciones es perfectamente opuesta; y d) la interpretación judicial así lo ha sostenido. A continuación se abordará cada premisa en el orden indicado.

1. Interpretación del concepto de autoridad responsable

A. Interpretación textual

Para analizar la posibilidad de que la figura del árbitro cumpla la hipótesis normativa de "autoridad responsable", es necesario hacer una interpretación *integral* de la figura; no sólo textual. Sin embargo, comenzaré por esta última puesto que es la que ha dado lugar a confusiones. Además, ningún ejercicio interpretativo puede hacer caso omiso de la letra de la ley. El artículo 11 de la ley de amparo dice:

"Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado".⁶⁷

Es de admitirse que es posible que, exclusivamente bajo la definición anterior, se llegue a la conclusión que el árbitro es una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. Ello puesto que, mediante un laudo, un árbitro "*dicta*" una resolución que pone fin a una controversia, y con frecuencia se "*ordena*" a una parte a hacer o

⁶⁷ Énfasis añadido.

abstenerse de hacer ciertos actos. Los dos verbos están expresamente contemplados en la definición de autoridad responsable.

Sin embargo, y como todo buen intérprete sabe, la interpretación textual es la más pobre, pues hace caso omiso de una verdad importante: el derecho está vivo. El derecho es tanto letra como espíritu. Intentar llegar a un resultado u opinión jurídica con base en una *mera* interpretación del texto de la ley sería anteponer forma sobre sustancia. Sería el equivalente de permitir que la forma cobre más importancia que el fondo. Por consiguiente, entremos al fondo.

B. Interpretación exegética y teleológica

La interpretación exegética es aquella que busca sondear la intención del legislador, mientras que la teleológica es aquella que toma en consideración los objetivos de la ley que contiene el precepto en vías de ser interpretado.

El juicio de amparo es uno de los “pesos y contrapesos” que contempla nuestra Constitución para evitar el abuso del poder. Es uno de los instrumentos mediante los cuales el poder frena al poder.⁶⁸ Como es de conocimiento del lector, en la concepción de Montesquieu, una forma de evitar el abuso de poder público era —más que *dividirlo*— *distribuirlo* en tres ramas diferentes que equilibrarán y armonizarán el ejercicio del poder público.⁶⁹ El amparo constituye uno de los medios jurídicos que logran que el poder público sea frenado. Detrás del amparo existe el deseo de darle a la víctima del abuso (o del uso ilegítimo) del poder público el medio para asegurarse que dicho poder siga su cause debido. Es decir, es el escudo que logra frenar el poder. Mediante el mismo, se le da la facultad a un individuo (gobernado) de anular, contando con el aval de un juez federal, el uso de poder público. Como lo dice el ministro Castro, el amparo es la forma de cuestionar el uso del poder público.⁷⁰

⁶⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, p. 150.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 157.

⁷⁰ Castro, Juventino, *La Suspensión del Acto Reclamado*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 8 *et seq.*

Entendido lo anterior, surge la siguiente interrogante: ¿dónde está el poder público del árbitro? No debe quedar duda al respecto, *el árbitro no tiene poder público*. La facultad de resolver la controversia tiene un origen enteramente privado: la autonomía de la voluntad.

2. Inexistencia de las circunstancias que han justificado la ampliación del Concepto de Autoridad Responsable

Como se mencionó con anterioridad, existen cuatro especies que se considera que están contenidas dentro del género “autoridad responsable”: 1) órganos estatales; 2) entes que disponen de fuerza pública; 3) autoridades *de facto*; y 4) ciertos criterios expansivos. A continuación se comentará la posibilidad de que la figura del árbitro caiga dentro de alguno de ellos.

A. Órganos estatales

De lo expuesto en la sección II de este estudio, se recordará que, como punto de partida, y sujeto a ciertos matices y excepciones, podía decirse que los órganos de Estado pueden ser considerados “autoridades responsables” para efectos del juicio de amparo. Si bien podría adentrarme a discernir —como se hizo con anterioridad— entre cuáles órganos son y cuáles órganos no son autoridades responsables para efectos del amparo, ello es innecesario: al no ser el árbitro un órgano de Estado, nunca puede considerarse, con base en este criterio, como “autoridad responsable”.

En este contexto vale la pena mencionar un criterio que puede causar confusión. En fechas recientes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que los laudos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico⁷¹ y de la Procuraduría Federal del Consumi-

⁷¹ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de *supra* a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de éste, de manera unilateral e imperativa

dor⁷² son actos de autoridad. El criterio es correcto en la medida en que se está en presencia de órganos estatales. El que hayan sido bautizados como “arbitrales” no implica que se trate de “árbitros” o “arbitraje” en el sentido que este estudio ha abordado (arbitraje privado). Lo anterior debe tenerse en mente para evitar que se utilicen

crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado. (Jurisprudencia por contradicción de tesis 14/2001-PL entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, todos del Primer Circuito, 26 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Tesis de jurisprudencia 56/2001, Segunda Sala, 31 de octubre de 2001, Tesis: 2a./J. 56/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, novena época, noviembre de 2001, p. 31).

⁷² PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentó la tesis 2a. XXXVI/99, de rubro: “AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. TIENE ESE CARÁCTER UN ÓRGANO DEL ESTADO QUE AFECTA LA ESFERA JURÍDICA DEL GOBIERNO EN RELACIONES JURÍDICAS QUE NO SE ENTABLAN ENTRE PARTICULARES”, conforme a la cual, se sostuvo que la teoría general del derecho distingue entre relaciones jurídicas de coordinación, enabladas entre particulares en materias de derecho civil, mercantil o laboral, requiriendo de la intervención de un tribunal ordinario con dichas competencias para dirimir las controversias que se susciten entre las partes; de subordinación, enabladas entre gobernantes y gobernados en materias de derecho público, donde la voluntad del gobernante se impone directamente y de manera unilateral sin necesidad de la actuación de un tribunal, existiendo como límite a su actuación las garantías individuales consagradas en la Constitución y las de supraordinación que se entablan entre órganos del Estado; y que tales parámetros resultan útiles para distinguir a una autoridad para efectos del amparo ya que, en primer lugar, no debe tratarse de un particular, sino de un órgano del Estado que unilateralmente impone su voluntad en relaciones de *supra* a subordinación, regidas por el derecho público, afectando la esfera jurídica del gobernado. Por consiguiente, los laudos que emite la Procuraduría Federal del Consumidor, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de *supra* a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre consumidor y proveedor, de manera unilateral crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado. (Jurisprudencia por contradicción de tesis 76/99-SS entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, 28 de septiembre de 2001, Unanimidad de cuatro votos, Tesis de jurisprudencia 49/2001, Tesis: 2a./J. 49/2001, Segunda Sala 17 de octubre de 2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, novena época, p. 426.)

como argumento para refutar la tesis propuesta en este estudio. De hacerse, se estaría utilizando un criterio basado en una institución radicalmente distinta, lo cual los haría improcedentes.

B. Entes que disponen de fuerza pública

Se recordará que un criterio que ha motivado que la jurisprudencia haga procedente el amparo es que el acto reclamado provenga de un ente que cuenta con fuerza pública. Bajo este criterio, es imposible que el árbitro se considere como autoridad responsable. El motivo es sencillo: el árbitro carece de fuerza pública.

En este contexto es importante hacer una distinción que con frecuencia motiva errores: *obligatoriedad no es lo mismo que coercitividad*. El laudo es final y obligatorio.⁷³ El que el laudo sea ejecutable, no implica que quien lo emite cuente con fuerza pública. En caso de que una de las partes incumpla con su deber (contractual) de cumplir con lo resuelto en el laudo, existe un medio para coactivamente hacerse valer el laudo.⁷⁴ Ello no quiere decir que la naturaleza jurídica del laudo sea la misma que la de una sentencia;⁷⁵ todo lo contrario. Es una opinión *privada*⁷⁶ sobre a quién asiste el

⁷³ En ocasiones reglamentos arbitrales utilizan el término “vinculatorio” en lugar de “obligatorio”. El resultado jurídico es el mismo: existe la obligación de acatar sus términos.

⁷⁴ Como lo existe para todas las obligaciones contractuales.

⁷⁵ LAUDO ARBITRAL, IMPROCEDENCIA DEL JUICIO CONSTITUCIONAL CONTRA EL. Si de común acuerdo, las partes ocurren ante la Junta para pedir la aprobación de un convenio celebrado entre ellas, acontece que el pronunciamiento hecho por el órgano no es en ejercicio de su facultad jurisdiccional, ya que sólo sanciona el convenio celebrado, lo que conlleva a la improcedencia del juicio de amparo. (Amparo directo 7655/93, 4 de noviembre de 1993, Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, septiembre de 1994, tesis: I. 5o. T. 738 L, p. 361.)

⁷⁶ ÁRBITROS. SU RESOLUCIÓN NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD. Es correcto el desechamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas, implica un acto de particular que no puede ser materia del juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la ley de amparo. (Reclamación 1/91, 20 de marzo de 1991, Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, octava época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, diciembre de 1991, p. 155).

derecho en una situación determinada, misma que las partes se han comprometido a honrar. Si incumplen, se impondrá la misma en contra de su voluntad.⁷⁷ No será el árbitro quien tome dicho paso, lo hará el órgano de Estado para ello facultado.⁷⁸ Dado que en éste último paso (el reconocimiento y ejecución) sí interviene un órgano de Estado, en contra de este último acto será procedente el juicio de amparo.⁷⁹

La posibilidad de hacer cumplir un laudo coactivamente no implica que quien lo dicta (el árbitro) cuenta con imperio.

Lo anterior amerita una digresión. La definición judicial de *imperium*⁸⁰ (para efectos de determinar quiénes son autoridades para los efectos del amparo) es: "personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen".

En forma interesante, si se analiza el (ambiguo) concepto de *poder* se dice que es una idea compleja que engloba dos elementos: fuerza y autoridad.⁸¹ En sus orígenes en Roma se le aludía con tres

⁷⁷ El medio será solicitando el reconocimiento y ejecución del mismo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1461 a 1463 del Código de Comercio.

⁷⁸ El juez de primera instancia, federal o local (artículo 1422 del Código de Comercio).

⁷⁹ LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO. Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado a los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el procedente es el juicio de amparo indirecto ante los jueces federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158 del mismo cuerpo legal. (Tesis Jurisprudencial 32/93, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 1993. (Contradicción de tesis 21/93 de los Tribunales Tercero y Segundo Colegiados y Quinto Tribunal Colegiado ambos en Materia Civil del Primer Circuito, 18 de octubre de 1993, octava época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 72, diciembre de 1993, tesis: 3a./J. 32/93, p. 41).

⁸⁰ Tesis 75 de la octava parte, p. 122 del *Apéndice* 1917-1985.

⁸¹ Joaquín Blanco Ande, *Teoría del poder*, Madrid, Pirámide, 1977, p. 20.

sinónimos: *auctoritas*,⁸² *imperium*⁸³ y *potestas*.⁸⁴ Sin embargo, son tres categorías de poderes distintas. Si bien abundar sobre el contenido de las mismas rebasa el propósito de este estudio, lo que es relevante mencionar es que, de las tres, la que han acogido nuestros tribunales federales es el *imperium*.

Lo anterior guarda relevancia con nuestro tema puesto que, al ser el *imperium* el criterio con base en el cual se ha (judicialmente) expandido el radio de acción de la noción de "autoridad responsable" para efectos del juicio de amparo, la carencia de dicha circunstancia milita a favor de *no* considerar al árbitro como autoridad responsable.

Dicho de otra manera, el motivo que ha justificado el estirar el concepto de "autoridad responsable" de su punto de partida original (órgano estatal), ha sido que el ente en cuestión cuente con imperio. Dado que el árbitro carece del mismo, el árbitro no debe quedar comprendido dentro de dicha definición.

C. Autoridades de facto

Mediante la noción de autoridad *de facto* se ha pretendido abarcar a los entes que se sitúan en alguna de las siguientes hipótesis:⁸⁵

- a) Autoridades establecidas con arreglo a las leyes y que no hayan obrado dentro de la esfera legal de sus atribuciones;
- b) Entes que cuentan con facultades decisorias que el Ejecutivo les ha delegado para el cumplimiento de la función pública que se les ha encargado;

⁸² La *auctoritas patrum* es aquella que expedía el Senado romano consistente en la ratificación por la asamblea senatorial de la ley votada por las asambleas del pueblo (los *comicios*). También llevaba dicho nombre la adhesión del Senado al proyecto de ley presentado por un magistrado.

⁸³ El *imperium* consistía en el poder o facultad suprema de mando con el que contaban los magistrados superiores. Inicialmente correspondía al rey. La *iusdictio* era una de las facetas del *imperium*.

⁸⁴ La *potestas* era la facultad de expresar la voluntad del Estado creando para los súbditos derechos y obligaciones.

⁸⁵ Los criterios que a continuación se enumeran constituyen una selección desglosada de los que en múltiples tesis han sido mencionados. Aunque con frecuencia los conceptos no están aislados, sino que están unidos con otras circunstancias, los he identificado en forma independiente por motivos de exhaustividad.

- c) Entes que carecen de existencia legal al ser creados por quienes carecen de atribuciones para establecer el órgano;
- d) Entes que realizan funciones públicas que, en principio, corresponde a las autoridades ejecutar;
- e) Entes sujetos a control gubernamental;
- f) Entes que usurpan atribuciones que legalmente no les corresponden;
- g) Entes que establecen obligaciones a los particulares, modifican las existentes, o limitan sus derechos.
- h) Entes que realizan actos tendientes a desposeer a particulares o a afectarlos de cualquier manera en sus derechos;
- i) Entes que afectan situaciones jurídicas al contar con fuerza pública por razones de hecho;
- j) Entes que merman derechos al contar con fuerza pública por razones de hecho;
- k) Entes que crean o privan de derechos como si fuesen autoridad;
- l) Entes que toman decisiones unilaterales que privan de derechos sin que puedan ser impugnadas en amparo; y
- m) Entes que resuelven controversias entre particulares, y su resolución puede hacerse exigible mediante el uso de la fuerza pública, o por que su concurso con otras autoridades hace respetar la resolución como obligatoria.

Si bien la mayoría de los criterios señalados son evidentemente inaplicables a la figura del árbitro, existen algunos que ameritan un comentario independiente. Son los contemplados en las fracciones (g) a (m). Dichos supuestos podrían interpretarse como el cimiento jurisprudencial del cual podría acoplarse la noción del árbitro como autoridad responsable. A continuación se tratará dicha posibilidad.

a. Establecimiento o modificación de obligaciones o limitación de derechos de particulares

Este criterio⁸⁶ podría utilizarse para argumentar que el árbitro establece o modifica obligaciones, o limita derechos, mediante la emi-

⁸⁶ Que además abarca el criterio siguiente: realización de actos tendientes a desposeer a particulares o a afectarlos de cualquier manera en sus derechos.

sión de un laudo que pone fin a una controversia. El criterio estaría mal entendido.

Es cierto que un laudo puede crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones; pero deducir de ello que se está en presencia de una autoridad sería tanto como decir que las partes actúan como tal al momento de celebrar un contrato. Después de todo, el objeto de todo contrato es precisamente crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.⁸⁷ Una interpretación más adecuada parece ser que la facultad de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones de un árbitro mediante un laudo es una consecuencia natural de su naturaleza contractual.

b. Afectación de situaciones jurídicas al contar con fuerza pública por razones de hecho

Dado que se ha aclarado que el árbitro carece de *imperium*, sólo se abordará la porción de esta aseveración que habla de la afectación de situaciones jurídicas. Sin embargo, si se contempla exclusivamente dicha hipótesis, el lector se percatará que aplica la misma razón detallada en la subsección anterior: el que un árbitro, mediante un laudo, genere o ponga fin a derechos u obligaciones parece acorde con la naturaleza contractual de la institución, más que acercarlo a la institución de autoridad.

c. Merma de derechos al contar con fuerza pública por razones de hecho

De nuevo, no se abordará el elemento de fuerza pública en la aseveración anterior. Lo que vale la pena comentar es la posibilidad de que alguna circunstancia *fáctica* convierta a la figura de árbitro en autoridad, como sucede con la corriente jurisprudencial detallada en la sección II.B de este estudio.

Si se examinan las ejecutorias que sobre el tema se han transcrito, se concluirá que no es el caso. El árbitro no cuenta con fuerza pública. El ente que hará ejecutar el laudo será un órgano de Estado (un juez), y contra éste sí es procedente el amparo.

⁸⁷ Artículo 1792 del Código Civil Federal.

d. Crean o privan de derechos como si fuesen autoridad

Si bien el árbitro tiene una faceta de juez, no actúa como autoridad. El árbitro es un juez privado y, la porción de la institución de juzgador con la que comparte la naturaleza es aquella que versa sobre lo que la doctrina procesal califica como la *notio*⁸⁸ y la *juditio*,⁸⁹ exclusivamente.⁹⁰ No incluye el *imperium*,⁹¹ que, siendo el tercer elemento, es precisamente el más característico de lo que constituye una autoridad.

Dicho de otra manera, al árbitro se le ha extirpado de la característica que más lo hubiera acercado a una autoridad: el imperio. Ante dicha carencia, las otras características que comparte con la institución del juez no son suficientes para tildarlo de autoridad. Lo anterior, aunado a la segunda faceta del árbitro (prestador de servicios profesionales), pone en relieve que no se está en presencia de un ente con características de autoridad, sino de un particular a quien se le ha confiado la solución de un problema.

e. Decisiones unilaterales que privan de derechos sin que puedan ser impugnadas en amparo

Es cierto que las decisiones del árbitro, sean mediante laudo o mediante orden procesal, son irrecurribles mediante el amparo. El amparo procederá exclusivamente contra la sentencia que un juez emita de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 1457 o 1462 del Código de Comercio. Sin embargo, ello tampoco es razón suficiente para calificar al árbitro de autoridad responsable puesto que las tesis que han contemplado dicha hipótesis han tenido en mente abordar situaciones en las que el perjudicado se vería desprovisto de un recurso para atacar un acto que viole sus garantías. Este no es el caso en el arbitraje por dos motivos: 1) el árbitro, al ser un particular,

⁸⁸ Como el lector sabe, la *notio* consiste en la facultad del juez de conocer de un asunto.

⁸⁹ La *juditio* es la facultad para juzgar un caso.

⁹⁰ La doctrina procesal le atribuye los siguientes tres elementos a un juzgador: *notio*, *juditio* e *imperium*.

⁹¹ *Imperium* es la facultad para obligar a las partes a cumplir con la resolución.

no puede violar garantías individuales; y 2) sí existe un recurso para que una parte que considere ha sido victimada haga valer lo que a su derecho convenga: aquéllos contemplados en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio.

f. Resuelven controversias entre particulares y su resolución puede hacerse exigible mediante el uso de la fuerza pública o porque su concurso con otras autoridades hace respetar la resolución como obligatoria

Este criterio puede ser el más peligroso en la confusión entre árbitro y autoridad. Contempla dos hipótesis: 1) que la resolución pueda hacerse exigible mediante el uso de la fuerza pública; y 2) que la resolución pueda hacerse exigible por el concurso con otras autoridades. Se comentarán en forma separada.

Resolución exigible por la fuerza: es cierto que el laudo puede ejecutarse coactivamente. Sin embargo, *dicha ejecución es realizada por el juez, no por el árbitro*. Por consiguiente, este criterio sería insuficiente para calificar al árbitro como autoridad.

Resolución exigible por el concurso con otras autoridades: esta noción puede generar duda. Su origen reside en la siguiente tesis:

ORGANISMO DESCENTRALIZADO AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, CUANDO RESUELVE CONTROVERSIA ADMINISTRATIVA ENTRE PARTICULARES. Las tesis relativas a la necesidad de contar con el apoyo de la fuerza pública, para poder determinar si se está o no en presencia de una autoridad, no resultan aplicables cuando se trata de un ente de la administración pública descentralizada que puede también incurrir en actos de autoridad, ya sea *de facto* o de derecho, cuando sus decisiones constituyen una resolución que pone fin a una controversia administrativa entre particulares, misma resolución que puede hacerse exigible mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública, bien sea que la *autoridad atraiga el concurso de otras autoridades para hacer respetar su resolución*, o bien que el particular favorecido por esa resolución acuda ante otras autoridades que dispongan de fuerza pública, para hacerla respetar como obligatoria, *de manera que no resulta estrictamente indispensable que la autoridad señalada como responsable disponga directamente de la fuerza pública*, como puede verse en todos los casos en los cuales nuestras leyes administrativas establecen un procedimiento contencioso en el cual se ventilan de-

rechos de particulares. Una concepción simplista del concepto de autoridad para los efectos del juicio de amparo, que se vincule al imperio, ya ha sido superada por los tribunales de amparo quienes han sentado diversos criterios, considerando en casos específicos, a algunos organismos descentralizados como autoridades para los efectos del juicio de amparo. Como el concepto de autoridad abarca tanto las de derecho como las *de facto* y como además los particulares carecen de facultades para determinar, por sí ante sí, cómo debe resolverse un conflicto de posesión de terrenos, se impone concluir que en este caso la autoridad recurrente sí queda incluida dentro de la categoría requerida por el artículo 103, fracción I, de la Constitución General de la República.⁹²

La preocupación que motiva esta tesis es que puede ser posible que, aun en ausencia de la ejecución de la resolución, se mermen derechos y, de no contarse con un mecanismo por el que el afectado pueda hacer valer sus derechos, se le dejaría en estado de indefensión. Esta circunstancia no sucede en arbitraje. Como se mencionó, existen dos recursos en contra del laudo.⁹³

De todo lo anteriormente expuesto puede concluirse que las hipótesis contempladas por las ejecutorias que a la fecha existen sobre autoridades *de facto* son insuficientes para tornar al árbitro en autoridad responsable.

D. Criterios expansivos

Como se hizo ver en la sección II.D de esta monografía, la judicatura ha emitido criterios diversos que, dada su naturaleza expansiva, podrían interpretarse en el sentido de abarcar a la figura del árbitro. Si bien la mayoría de los criterios *específicos* han sido señalados en la sección anterior (bajo autoridades *de facto*), consideré útil abordar el razonamiento *genérico* con base en el cual estos criterios han sido emitidos ya que el mismo podría servir en forma independiente como fundamento para ampliar aún más la noción de autoridad responsable.

⁹² Amparo en revisión 1551/86, 24 de septiembre de 1987, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, ts. 217-228, sexta parte, p. 423.

⁹³ Los contemplados en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio.

Las ejecutorias que han ampliado el alcance de autoridad responsable lo han hecho bajo la teoría que una concepción simplificadora del concepto de autoridad para el amparo ha sido superada por la práctica judicial, y que dicha actitud se justifica en aras de procurar justicia social y para abordar de una manera adecuada conceptos que posiblemente se han visto rebasados o cuestionados por lo que ha demostrado ser una administración gubernamental de creciente complejidad. Dicho en términos simples, la noción de "autoridad responsable" se ha relajado con miras a procurar que el derecho se mantenga a la par de la realidad, y que no se vea superado por la misma. No hacerlo podría hacer anacrónica a la institución.

En mi opinión, el razonamiento es correcto en lo conceptual, pero inaplicable a la figura del árbitro. Es apropiado que el derecho busque adecuarse al dinamismo de la realidad, pero bajo dicha premisa no pueden estirarse conceptos para hacerlos aplicables a situaciones que no lo justifican. Ello, lejos de adecuar el derecho a la cambiante realidad, desvirtuaría sus (verdaderos y sanos) propósitos. Lejos de ser *adaptación* del derecho se tornaría en *mutación* o *degeneración* del derecho.

La aplicación de la figura de "autoridad responsable" a la figura de árbitro me parece el mejor ejemplo de la aseveración anterior. Como se ha detallado, el juicio de amparo no aplica —ni debe aplicar— al arbitraje.

En este contexto vale la pena hacer un comentario sobre el proyecto de ley de amparo que se ha elaborado en fechas recientes para sustituir a nuestro actual ordenamiento de 1936. El artículo 4 de la versión que recibió más difusión⁹⁴ define a la autoridad responsable como:

"la que dicta, ordena, ejecuta, trata de ejecutar u omite el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria"

Como puede observarse, la definición propuesta daría más elementos para invitar confusiones; máxime que es mi entender que,

⁹⁴ Me refiero al Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 29 de agosto de 2000. Es mi entender que existe una versión más actualizada, a la que no tuve acceso por permanecer confidencial.

mediante el texto añadido, no es el deseo contemplar al árbitro como autoridad responsable. Considero que la mejor manera de abordar el problema es incluir a los actos de los árbitros dentro de las causales de improcedencia del amparo.⁹⁵

3. La naturaleza de las instituciones

Mientras que el juicio de amparo es una institución que tiene su origen en la *res pública*, el arbitraje es una institución privada. Como se explicó, el juicio de amparo es el instrumento mediante el cual se asegura que el poder público no sea abusado. A diferencia de ello, el arbitraje tiene una naturaleza eminentemente privada. Es un mecanismo de naturaleza contractual que tiene por objeto resolver controversias sin tener que acudir al litigio.⁹⁶ Por ende, el origen del mismo es totalmente privado: la autonomía de la voluntad.

Existen casos recientes que han puesto en relieve esta distinción. Si bien no se abundará al respecto,⁹⁷ tan sólo mencionaré que las teorías internacionales más aceptadas sobre el tema califican al arbitraje como una "criatura de contrato",⁹⁸ para dejar claro que un tribunal arbitral no es un órgano de Estado.

En cierto sentido, y toda proporción guardada, sería como confundir la naturaleza de una sentencia con la de un pagaré. Si bien ambas son ejecutables⁹⁹ la primera es una norma jurídica particularizada emitida por un ente público (un órgano de Estado) que, por consiguiente, cuenta con el *fiat*, la ejecutoriedad, para hacerse cumplir aun en contra de la voluntad de un particular mediante el uso de la fuerza pública. A diferencia de ello, el pagaré, si bien es un instrumento con aparejada ejecución por considerarse una prueba precons-

⁹⁵ Como parte del artículo 59 de la versión a la que tuve acceso.

⁹⁶ Es cierto que la naturaleza del arbitraje es controvertida. Sin embargo, para efectos de este estudio, puede decirse que se trata de un juicio privado. Para abundar sobre ello puede acudirse a GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 12 *et seq.*

⁹⁷ Para abundar sobre los casos que han tenido que ventilar estas nociones, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 315 *et seq.*

⁹⁸ Como lo sostuvo el tribunal del caso CCI núm. 10623. La palabra utilizada fue "creature [of the contract]".

⁹⁹ Aunque debe admitirse que con ciertas diferencias. Sin embargo, las diferencias no le restan a la utilidad del ejemplo.

tituida de un derecho,¹⁰⁰ proviene de un acto privado: la voluntad de las partes.

No debe perderse el punto medular: mientras que el amparo encuentra su *leitmotif* en el poder público (que emana del pueblo),¹⁰¹ el arbitraje es fruto de la creatividad de la libertad contractual. La diferencia entre ambos es abismal, lo que motiva la diferencia (también abismal) de recursos aplicables a cada uno.

Vale la pena hacer alusión a lo que la doctrina ha sostenido sobre este tema. He encontrado que el maestro Burgoa¹⁰² aborda el tema sosteniendo que:

"Nosotros no estamos de acuerdo con la apreciación ... respecto a que los laudos arbitrales no son actos de autoridad y que, consiguientemente, contra ellos no procede el amparo. En efecto, un laudo arbitral es una resolución eminentemente jurisdiccional, puesto que decide la controversia suscitada entre los sujetos del compromiso correspondiente, y dicha resolución ostenta un carácter autoritario, en virtud de que el juez que ordena su cumplimiento o ejecución no la revisa, y, por tanto, no la puede confirmar ni revocar, sino que debe contraerse obligatoriamente a proveer sobre su realización. Así el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal consigna dicha obligación en la inteligencia de que el laudo arbitral, según lo dispone el propio precepto, es recurrible ante el Tribunal Superior de Justicia, como si se tratara de una verdadera sentencia judicial. El hecho de que no incumba al árbitro la ejecución de sus propios laudos, no autoriza a considerar a éstos exentos de la índole de acto de autoridad, pues según el criterio sustentado por la Suprema Corte en las ejecutorias a que hemos aludido, si dicho carácter dependiese de la ejecutividad de las resoluciones arbitrales, imputable al juez competente, cabría decir lo mismo de las sentencias que en segunda instancia pronuncia el Tribunal Superior de Justicia, al que no compete la ejecución de las mismas."

Humildemente disiento. Los motivos por los que considero que la opinión no es acertada son: a) si bien el laudo tiene un elemento

¹⁰⁰ Lo que justifica que se beneficie del juicio ejecutivo mercantil.

¹⁰¹ Así lo esclarece el artículo 39 de la Constitución. En forma relacionada, el artículo 41 de la Constitución aclara que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión y de los estados, según corresponda en razón de la competencia de cada uno.

¹⁰² BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1994, pp. 186-187 y 486.

jurisdiccional y resuelve una controversia, no considero que revista un carácter autoritario; y b) el criterio sustentado para considerar a los árbitros como autoridades —por analogía de los tribunales de segunda instancia— es improcedente e insuficiente. Me explicaré.

Elemento jurisdiccional del laudo. El laudo resuelve una controversia en forma final y obligatoria. No con carácter autoritario.¹⁰³ “Final” significa que no hay una segunda instancia. “Obligatorio” significa que no existe potestad en el cumplimiento de lo resuelto. Como puede verse, las características descritas son insuficientes para otorgarle el carácter de autoridad a un árbitro.

Es cierto que el árbitro realiza una actividad jurisdiccional. Aplica normas generales a situaciones concretas para resolver una disputa. Sin embargo, por sí solo, este elemento es insuficiente para convertir al árbitro en autoridad. Si ello fuera el caso, cualquier persona que resolviera una diferencia sería tildada de tal.¹⁰⁴

Además, esta estrecha postura tiene un segundo problema: podría suceder que el árbitro no resuelva con base en la ley sino *ex aequo et bono*.¹⁰⁵ ¿Querrá ello decir que la resolución dejar de ser “jurisdic-

¹⁰³ Un matiz es aplicable. Al utilizar “autoridad” en este contexto deseo hacer alusión a su sentido jurídico, no sociológico. El sentido jurídico, dentro del contexto del juicio de amparo, queda en manifiesto de la explicación presentada en la sección II de este estudio. La noción sociológica de “autoridad” es diversa, significa: prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia. Dicho en forma coloquial, tiene “autoridad” el que manda sin tener poder, es decir, cuando es una cualidad la que exige respecto o logra obediencia. Como puede observarse, desde la perspectiva sociológica, podría (más no tendría que) ocurrir que una persona (designada como árbitro) cuente con “autoridad”.

¹⁰⁴ Por ejemplo, un experto en un área a quien se le solicita su perspectiva para resolver una diferencia de opinión entre expertos, un mediador que brinda elementos para avenir a las partes, y, llevado al extremo, un padre que resuelve una discusión entre sus hijos. Como puede verse, entendido de esta manera, los ejemplos de casos en los que puede detectarse una verdadera actividad jurisdiccional son múltiples. Podrían cuestionarse los ejemplos argumentándose que no se está en presencia de “jurisdicción” puesto que la misma implica la actividad *estatal* de resolver controversias aplicando leyes. Sin embargo, contestaría que dicha noción lo reduciría a su concepto procesal: la “función jurisdiccional”. Sin embargo, la jurisdicción puede entenderse en un sentido más amplio: “aplicar normas generales para resolver diferencias”. En su esencia, es lo que significa. Y las normas no tienen que ser legales, pueden ser principios éticos, normas técnicas de una rama del conocimiento, etcétera.

¹⁰⁵ Como lo permite el artículo 1445 del Código de Comercio.

cional” puesto que no aplica *leyes*?¹⁰⁶ No lo creo. Implicaría que el argumento no resiste un análisis cabal.

No puede darse el mismo tratamiento analógico al árbitro que a los tribunales de segunda instancia. El argumento presentado por el Dr. Burgoa¹⁰⁷ es interesante pero insuficiente. Dicho eminente jurista hace ver que los tribunales de segunda instancia no ejecutan sus decisiones. Al no existir diferencia de opinión del carácter de “autoridad” de dichos órganos, parecería ser que la carencia de dicho elemento (la facultad de ejecutar) es insuficiente para restarle el carácter de autoridad a un árbitro, que tampoco hace ejecutar sus decisiones.

El argumento, aunque agudo, es desatinado. Además, no está terminado. Mediante el mismo no se dice por qué, sino por qué no. Es decir, el argumento no pone en manifiesto que el árbitro sea autoridad, sino que existen entes que, siendo “autoridades”, no cuentan con facultades para ejecutar. Sin embargo, derivar de esta aseveración la conclusión que el árbitro es una autoridad tendría por resultado lo que la lógica llama un *non-sequitur*: una conclusión no suficientemente cimentada por sus premisas.

Es cierto que el árbitro se parece a los tribunales de apelación en que no ejecutan sus resoluciones. Sin embargo, mientras que los tribunales de apelación son órganos estatales, el árbitro no lo es. Es lo anterior lo que convierte a un tribunal de segunda instancia en autoridad responsable, aunque carezca de facultad de coacción.

Existe la posibilidad de que el mensaje que dicho argumento desea transmitir es que el *mero* hecho de que no incumba al árbitro la ejecución de sus propios laudos no autoriza a considerar a éstos exentos de la índole de acto de autoridad, sino que se tiene que buscar otro motivo. Si este es el caso, coincido.

Me uno a la opinión presentada (y magníficamente bien defendida) por una tesis doctoral reciente.¹⁰⁸ En resumidas cuentas, la (aho-

¹⁰⁶ Las “normas” con base en las cuales se resuelva la controversia podrían ser principios generales, cánones éticos o normas técnicas de una rama especializada. A lo que quiero llegar es que reducir la noción de “jurisdicción” a la aplicación por un juez de *leyes* (derecho positivo) es adoptar una postura (innecesariamente) restringida del concepto.

¹⁰⁷ A quien tengo un enorme respeto y admiración por todo lo que he aprendido de sus diversas obras.

¹⁰⁸ LUNA RAMOS, Margarita Beatriz, *Procedencia del juicio de amparo respecto de las resoluciones de los paneles binacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, tesis doctoral, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

ra) ministra de la suprema Corte de Justicia de la Nación, Dra. Margarita Beatriz Luna Ramos —defendiendo una caracterización contractual del arbitraje—¹⁰⁹ sostiene que contra el arbitraje voluntario¹¹⁰ no es procedente el amparo.¹¹¹

Además de la inaplicabilidad conceptual de la institución de “autoridad responsable” a la figura del árbitro, existen razones prácticas que ponen en manifiesto la distinción. Una de las áreas en las que más se utiliza el arbitraje es en las relaciones mercantiles internacionales. Una práctica habitual es que las partes en controversia designen a personas de nacionalidades distintas a las de la parte mexicana. Lo que es más, con frecuencia, el presidente del tribunal es escogido precisamente por que carece de la nacionalidad de las partes en controversia.¹¹² Como resultado, de aceptarse la noción que el árbitro fuera una autoridad responsable, necesariamente se tendría que aceptar que un extranjero tenga que presentar un informe justificado. O, aún más absurdo, ¡un doctor!¹¹³ Seguramente éste no puede ser el verdadero sentido detrás de la norma.

4. La interpretación judicial

Este estudio comenzó con el pie izquierdo. Es decir, inició haciendo alusión a los precedentes judiciales que —siendo válidos en su área de origen: amparo— han cimentado la posibilidad de que la figura del árbitro caiga dentro del cajón de la autoridad responsable. Sin em-

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 318.

¹¹⁰ La Dra. Luna Ramos hace una interesante distinción entre arbitraje: 1) voluntario, 2) obligatorio, 3) internacional, y 4) ante paneles binacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. El arbitraje al que se hace alusión en este estudio es lo que, bajo la categorización de la Dra. Luna Ramos, sería “arbitraje voluntario”.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 318 a 336, 351 y 382.

¹¹² Y así lo prefieren diversos reglamentos arbitrales. Por ejemplo, el artículo 9.5 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el artículo 8.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. La cualidad de carecer de una de las nacionalidades de las partes en controversia se le conoce en la doctrina arbitral como “neutralidad”.

¹¹³ Recuérdese que otro nicho de mercado en el que el arbitraje ha ganado aceptación son las controversias técnicas o complejas. El ejemplo de un médico con signo de exclamación busca poner en relieve lo que puede acontecer, no denostar la profesión, misma que admiro.

bargo, lo anterior no quiere decir que la *totalidad* de la tendencia judicial sea esta. Lo cierto es que existen precedentes judiciales acertados sobre esta materia. Estos son:

“La resolución dictada por un árbitro privado no constituye un acto de autoridad, pues para que tenga ese carácter es preciso que el órgano estatal correspondiente la invista de imperio, elevándola a la categoría de acto jurisdiccional, y de no ser así, no es susceptible de ser combatida por medio del juicio de amparo”.¹¹⁴

Otra ejecutoria sostuvo que:

ÁRBITROS. SU RESOLUCIÓN NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD. Es correcto el desechamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas, implica un acto de particular que no puede ser materia del juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo.¹¹⁵

En forma relacionada:

“De acuerdo con la fracción I del artículo primero de la Ley de Amparo, en relación con la fracción I del artículo 103 constitucional, el amparo sólo procede contra actos de autoridad que violen las garantías individuales, y aun cuando los árbitros, por disposición de ley, tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, no obstante, ello, como estos árbitros emanan de un compromiso formado entre particulares, su función es privada y de igual modo lo es el laudo que dictan. La función jurisdiccional es una función pública del Estado, por lo que su servicio no puede ser conferido sino por el Estado mismo. De modo que si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio,

¹¹⁴ Tomo CXXIII, p. 114. Sindicato de Cargadores de Camiones, Casas Comerciales y Conexos de la Región de Jalapa, Veracruz.

¹¹⁵ Reclamación 1/91. Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, diciembre de 1991, p. 155.

no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que *las funciones de los árbitros no son funciones públicas*. En tal virtud *no pueden conceptuarse como autoridades del Estado, siendo improcedentes*, por lo tanto, *los amparos que se intentan contra la resolución que dicten, mientras no exista un mandamiento de ejecución que libre el juez competente, cuando es requerido por los árbitros para el cumplimiento del laudo; exequatur que es indispensable para que la resolución arbitral pueda causar algún perjuicio a las partes*. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento, se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y es hasta entonces cuando el agraviado deberá ocurrir en demanda de amparo, ya sea porque en su concepto se hayan cometido violaciones a los términos del compromiso o porque se hayan desatendido los requisitos esenciales del procedimiento como la falta de recepción de pruebas, de audiencia, etcétera., o se ataquen en el laudo dicho, disposiciones de estricto orden público”.¹¹⁶

Y finalmente la siguiente:

ARBITRAJE. *El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las*

¹¹⁶ Amparo Directo 2474/48, 14 de octubre de 1949 (énfasis agregado). El maestro Ignacio Burgoa (*El juicio de amparo, cit.*, p. 186) menciona que este criterio ha sido constantemente reiterado en las ejecutorias que aparecen en los tomos siguientes del *Semanario Judicial de la Federación*: LXXVIII, p. 4196; LXXI, p. 2827; CIII, p. 2193; CIII, p. 441; XCVI, p. 477; CVII, p. 280; LXXIII, p. 7215; CII, p. 424; CVII, p. 1969, de la Quinta época.

materias y formas permitidas por la ley. El laudo es como los considerandos de la sentencia, en la que el elemento lógico, no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. *El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exequatur, deben ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción. Estas teorías han sido aceptadas por nuestra legislación, pues la ley de enjuiciamiento civil del Distrito dispone, en sus artículos 1314 y 1324, que los jueces tienen la obligación de impartir a los árbitros, cuando así lo soliciten, el auxilio de su jurisdicción, y de ejecutar, en su caso, la decisión que aquéllos pronuncien, y el artículo 1302, coloca al árbitro en la imprescindible necesidad de ocurrir al juez ordinario, para toda clase de apremios; pero más claramente se advierte el carácter de simples particulares que tienen los árbitros, del contexto del artículo 5o. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito, de treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho, que declara que *los árbitros no ejercen autoridad pública; por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación, los laudos arbitrales son actos privados que por sí mismos no constituyen una sentencia, y el mandamiento de ejecución que libra el juez competente, cuando es requerido para el cumplimiento de un laudo, integra, juntamente con éste, la sentencia*. Por otra parte, el citado artículo 5o. de la ley orgánica, al declarar que los tribunales deben prestar el apoyo de su autoridad a los laudos arbitrales,*

cuando éstos estuvieren dentro de la ley, implícitamente reconoce a los tribunales la facultad de hacer un análisis del laudo, a efecto de determinar si está conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pero no es racional suponer que tales facultades sean absolutas, esto es, que los jueces estén autorizados para revisar los laudos de una manera completa. Esta resolución no sería posible, porque no se advierte por los términos en que está concebido el repetido artículo 5o., que el legislador haya tenido la intención de que los jueces pudieran nulificar el juicio arbitral y a esto equivaldría la facultad otorgada a los tribunales para determinar, revisando las cuestiones de fondo, si el árbitro aplicó correctamente el derecho, en el caso sometido a su decisión. Además, para que los jueces pudieran proceder con completo conocimiento del negocio, y dictar una resolución justa, sería necesario que el pronunciamiento estuviera precedido de un debate habido entre las partes, ante el mismo juez, lo cual no está autorizado por nuestra ley de enjuiciamiento. El sistema generalmente adoptado, se basa en la distinción siguiente: si la violación contenida en el laudo ataca el orden público, el juez debe rehusar el exequatur, y por el contrario, debe decretar la ejecución, si la violación perjudica solamente intereses privados, mas como surge la dificultad sobre lo que debe considerarse intereses de orden público, debe atenderse a lo mandado por el artículo 1329 del Código de Procedimientos Civiles, del que se deduce que la intención del legislador fue que cuando la sentencia arbitral no se arregle a los términos del compromiso, o cuando se niegue a las partes la audiencia, la prueba o las defensas que pretendieron hacer valer, la impugnación del laudo se haga, no cuando se trata de ejecutarlo, sino mediante la interposición de un recurso; y aun cuando en el citado precepto se habla del ya suprimido recurso de casación, de todas maneras queda en pie la voluntad de la ley, sobre que éstas infracciones no preocupen al juez ejecutor, para el efecto de otorgar el exequatur; tanto más, cuanto que los interesados disponen de la vía del amparo para reclamar dichas violaciones; de modo que puede afirmarse que la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de los compromitentes y que las violaciones que daban lugar a la casación, no deben ser materia de la revisión de que se trate. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y el agraviado puede entonces ocurrir a los tribunales de la federación, en demanda de amparo, a fin de que se subsanen los vicios de que adolezca, desde el punto de vista constitucional, en la inteligencia de que el término para promover el juicio de garantías, empieza a correr desde la

fecha en que se notifica legalmente la resolución que acuerde, en definitiva, la ejecución.¹¹⁷

Los precedentes citados no pueden ser más acertados. La naturaleza del laudo es de un acto privado. Es la opinión que un particular —al que las partes han confiado la resolución de una diferencia dadas sus características personales (morales e intelectuales)— tiene sobre a quién asiste el derecho en una determinada controversia. Al tratarse de un acto de un gobernado, no existe el prerrequisito elemental para estar en presencia de una autoridad. Existe jurisprudencia al respecto.¹¹⁸

V. CONCLUSIÓN

El árbitro no sólo *no* es una “autoridad responsable” para efectos del juicio de amparo; *no debe serlo*.

El árbitro *no es* autoridad responsable puesto que no satisface los requisitos de la (correctamente entendida) definición de “autoridad responsable”. A su vez, tampoco puede entenderse que los criterios judiciales que han interpretado y ampliado la noción de autoridad responsable abarcan —sea en su letra o en su espíritu— dicha figura puesto que no está presente la circunstancia que los motivó: *imperium*.

Más aún, la figura del árbitro *no debe ser* autoridad responsable puesto que no están presentes los bienes jurídicos tutelados del amparo. Finalmente, la naturaleza jurídica y orígenes entre la institución del árbitro y la de la autoridad responsable son diametralmente opuestos.

Existe derecho *lege ferenda* que empieza a deslindar el alcance de la figura de autoridad responsable dejando fuera de la misma a la

¹¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, tercera sala, t. XXXVIII, p. 800 (énfasis agregado).

¹¹⁸ Dicha jurisprudencia sostiene que: ACTOS DE PARTICULARES. IMPROCEDENCIA. No pueden ser objeto de juicio de garantías, los actos de particulares, ya que éste se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estimen violatorios de la Constitución. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, t. VI, Materia Común, p. 12, que corresponde a la tesis contenida en el t. XVIII, Materia General, *Apéndice* 1975, y la tesis 14 del *Apéndice* 1985).

figura del árbitro. Dicho incipiente derecho debe convertirse en *lex lata*. El propósito de este estudio es asistir a que ello tenga lugar mediante la búsqueda de la teoría constitucional.

El momento ha llegado de ponerle fin al malentendido. Es hora que nuestra judicatura federal riegue la semilla jurisprudencial que existe para que nazca y florezca una frondosa planta jurisprudencial que corrija las equivocadas interpretaciones que han tenido lugar.

PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO DE AMPARO.
ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS
(NOTA COMPARATIVA CON LA PROPUESTA
PARA UNA NUEVA LEY DE AMPARO)

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

“Las leyes demasiado benévolas, rara vez son obedecidas.
Las leyes demasiado severas, rara vez son ejecutadas”.

Benjamin Franklin

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Objetivo*. III. *Instancia de parte agraviada*. IV. *Agravio personal y directo*. V. *La Suplencia de la queja deficiente*. VI. *El estricto derecho*. VII. *La relatividad de las sentencias y la interpretación conforme*. VIII. *La definitividad*. XI. *Opinión personal*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La justicia constitucional en el plano federal ha entrado en una etapa coyuntural, por un lado, porque en la actualidad es necesaria la adecuación de varios instrumentos de protección, como el juicio de amparo y por otro, la inclusión de nuevas figuras tendentes a proteger los derechos fundamentales de los gobernados; pues recordemos que en el ámbito local algunos de los estados de la República, han comenzado por reformar sus constituciones para dar pauta a novedosos instrumentos protectores de las mismas, a lo que en opinión del doctor Eduardo Ferrer-Macgregor, en la actualidad “se puede

afirmar la configuración de un nuevo sector que podemos denominar “derecho procesal constitucional local”, que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas”.¹ Con la creación de diversos medios de tutela, como ejemplo de ello, podemos mencionar:

- a) El juicio de protección de los derechos humanos.
- b) El recurso de regularidad constitucional de los actos del Ministerio Público.
- c) Las controversias constitucionales.
- d) Las acciones de inconstitucionalidad.
- e) La acción por omisión legislativa.
- f) La cuestión de inconstitucionalidad.²

Tales instrumentos que han sido incorporados en varios estados, como son Tlaxcala, Veracruz, Chiapas, Veracruz y, muy recientemente, el Estado de México, demuestran que en el plano federal, se ha rezagado, quizá por el olvido del foro, los legisladores y los jueces, el sentido progresista de protección a los derechos fundamentales.

Este trabajo busca traer la atención sobre uno de los instrumentos de la justicia constitucional por excelencia: *el juicio de amparo, y sus principios rectores*, que si bien no constituye el único medio de control constitucional de los actos y leyes de las autoridades, pues al efecto, en nuestro sistema también operan las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de revisión electoral; el juicio de protección de los derechos electorales; y la denuncia o queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, todos ellos con la característica de revestir *garantías constitucionales* para la defensa de la supremacía de la Constitución; no

¹ FERRER-MACGREGOR, Eduardo, “La Nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz”, en *Derecho procesal constitucional* (coord.), 4a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2003, pp. 3778 y 3779.

² ASTUDILLO REYES, César I., “La justicia constitucional en Veracruz”, en *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos en México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, 2004, pp. 72 y 73.

puede desconocerse, que el amparo es el instrumento con mayor utilidad para la protección de los derechos fundamentales que en nuestro medio son conocidos como garantías individuales; desde que en nuestro sistema se institucionalizó el juicio de amparo (en la Constitución Yucateca de 1840). “A decir de Morales Paulín, el juicio de amparo tiene un origen local a través de la Constitución Yucateca de 1841, bajo el auspicio de don Manuel Crescencio Rejón”.³

El juicio de amparo surgió, entre otras, con la finalidad fundamental, “proteger a los individuos contra los actos del gobernador y de la legislatura”,⁴ con una serie de principios, que dieron el basamento para su operación en nuestro sistema de derecho; sin embargo, tal parece que en lugar de orientarse hacia una plena tutela judicial efectiva, en el devenir del tiempo, se ha desviado de este objetivo, convirtiéndose el juicio en un procedimiento tortuoso, complicado, pluritécnico y casi inaccesible para la mayoría de los gobernados; “... pese a las bondades del juicio de amparo por cuanto a los alcances de los fallos correspondientes, su origen decimonónico ha hecho de éste un instrumento excesivamente técnico al que pocos justiciables pueden acudir con éxito, pues en todo caso un buen patrocinio exige de un buen abogado cuyos servicios no pueden ser cubiertos con holgura; consciente de ello el 17 de septiembre de 1999 el ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David Góngora Pimentel, convocó a la comunidad jurídica mexicana para presentar propuestas tendientes a la revisión del marco jurídico que rige al juicio de amparo...”⁵

En este sentido, es que se hace necesario reflexionar sobre los principios que lo inspiraron y la base tanto constitucional, como legal de la que parten, para distinguir si en realidad actualmente obedecen a la finalidad para la que fue creado, sin soslayar que al efecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con apoyo en los estudios realizados por una comisión especializada,⁶ ha presentado un pro-

³ MORALES PAULÍN, Carlos A., *Justicia constitucional*, México, Porrúa, 2002, p. 13.

⁴ Para consultar más información sobre este tema, véase TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1992, pp. 497-500.

⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁶ La denominada Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo, se integró por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Humberto Román Palacios, Presidente de la Comisión y Juan N. Silva Meza; por los magistrados de

yecto de reforma a la Ley de Amparo, precisamente para tratar de poner al día a nuestra bondadosa institución. Desde luego, tampoco nos es ajeno, que en el campo del proceso de amparo o juicio de garantías, como algunos tratadistas lo llaman, existen múltiples temas de igual importancia, como con meridiana puntualidad lo señala el doctor Héctor Fix-Zamudio, actualmente se discute tanto la reforma del amparo, como su propia naturaleza, esto es, si lo podemos ubicar dentro de la teoría general del proceso, dado que recuerda que, en opinión de don Ignacio Burgoa: "Resulta, pues, inaceptable la pretensión de querer incrustarlo (el amparo) dentro de una teoría general del proceso originada en el proceso civil, o sea en un proceso que es diferente al amparo por su motivación y teleología". En cambio, sobre el mismo tema, menciona que al respecto, Santiago Oñate, afirmaría: "...se tendrá que convenir en que el amparo es un capítulo de derecho procesal y está vinculado con la doctrina del proceso..."⁷ Problema, éste sobre su ubicación doctrinaria, entre muchos otros, del que no habremos de ocuparnos, puesto que sólo nos avocaremos sobre las bases descritas en el objetivo principal de este trabajo.

Asimismo, desde nuestro punto de vista, en la actualidad sobre el entramado no sólo del juicio de amparo, sino de nuestra práctica jurídica general, es menester oxigenar nuestro sistema de derecho, tanto con la actualización de nuestras instituciones, como la manera de visualizarlas; no es que las explicaciones tradicionales no sirvan para solucionar los problemas de la realidad, sino que las resuelven de una manera hartamente deficiente, impropia de un país que aspira a ser un Estado Constitucional de Derecho.⁸

II. OBJETIVO

Nuestra pretensión es tratar de visualizar la vigencia de los principios rectores del juicio de amparo, conforme a su actual base consti-

circuito César Esquinca Muñoa y Manuel Ernesto Saloma Vera; por los académicos José Ramón Cossío Díaz (hoy ministro de la Suprema Corte) y Héctor Fix-Zamudio y por los abogados Javier Quijano Baz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 12a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 176.

⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, p. XII.

tucional y también amalgamándola con lo que al efecto dispone la Ley de Amparo; sin perder de vista que al efecto existe un proyecto de reforma que ha sido presentado ante la Cámara de Diputados, producto de las reflexiones y trabajo de la Comisión Especializada formada por miembros destacados del foro, integrantes del Poder Judicial de la Federación y ministros de la Suprema Corte de Justicia, de la que ya hemos dado noticia, mismo al que habremos de referirnos administrando en cada caso la propuesta de reforma; destacándose, la pertinencia o actualidad de algunos de ellos, como son: la instancia de parte agraviada, el agravio personal y directo, la suplencia de la queja deficiente, la relatividad de las sentencias, el estricto derecho y la definitividad; sobre todo, porque partiendo de la base de que el juicio de amparo más que constituir un freno a los impulsos de los gobernados, debe erigirse como un contrapeso frente al ejercicio arbitrario del poder del Estado.

Sobre este aspecto es preciso recordar que la comisión especializada concluyó sus trabajos con un proyecto de Ley de Amparo que fue entregado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 29 de agosto de 2000 y, el Tribunal Pleno convocó a un Congreso Nacional de Juristas a efecto de recibir propuestas para perfeccionarlo y después de recibir más de mil cuatrocientas propuestas y de analizarlas, el 25 de abril de 2001 se aprobó por el propio Pleno de la Suprema Corte el Proyecto para la Reforma Integral de la Ley de Amparo, así como de los artículos 94, 100, 103, 105 y 107 de la Constitución Federal; debiendo señalarse, que es precisamente este último proyecto de reforma aprobado con motivo de la consulta nacional, al que habremos de hacer referencia cuando resulte necesario.⁹

III. PRINCIPIO DE INSTANCIA DE PARTE AGRAVIADA

Como un presupuesto fundamental para la iniciación del amparo, debe existir el pedimento, la solicitud o la exigencia de la interven-

⁹ El Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue distribuido por el máximo tribunal de justicia en el país, en el año de 2001, y la información relativa puede ser consultada en el texto que consta de 292 páginas, e incluye una presentación, una exposición de motivos y el proyecto de reforma.

ción de la autoridad de control para que pueda desarrollarse el mecanismo instructor del juicio, así, *la instancia de parte*, debe ser concebida, en mi concepto, análogamente como el derecho de acción previsto en la teoría general del proceso, que por sus características también es ejercido en el amparo, entendido éste como: el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional.¹⁰ Es decir, para la instauración del juicio, es menester que alguien active el mecanismo del amparo. En esencia, el principio de instancia de parte es un requisito de procedibilidad en el juicio de amparo.¹¹

El actual artículo 107 constitucional, fracción I, señala:

“...el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada...”

De la misma manera, su Ley Reglamentaria, en el artículo 4o., establece:

“Artículo 4o. El juicio de amparo únicamente puede promoverse *por la parte a quien perjudique* la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor.”

Bajo esta perspectiva, el principio de instancia de parte es fundamental, puesto que si no existe la petición del gobernado que se siente afectado por una ley o acto de autoridad, el órgano de amparo no podría iniciar “de oficio” alguna investigación al respecto, pues el proceso de tutela de garantías no puede fungir como una investigación inquisitorial del Estado para ponderar cuándo y cuántas ocasiones se estén violando garantías individuales; desde mi punto de vista, es necesaria y objetiva la subsistencia de este principio, pues nada

¹⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, 10a. ed., Oxford, p. 85.

¹¹ ESQUINCA MUÑOA, César, *El juicio de amparo indirecto en materia del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 73.

justificaría la investigación oficiosa de infracciones constitucionales; basta recordar, que incluso en casos extremos, en el caso de afectación a garantías previstas por el artículo 22 constitucional (los famosos amparos contra comunicaciones, golpes, torturas, privaciones ilegales de la libertad por parte de autoridades administrativas), aun en ellos, es menester que alguien presente la demanda de amparo y después el quejoso directo la ratifique.

Ahora bien, en el proyecto para una Nueva Ley de Amparo, se modifican los parámetros de la promoción del actual juicio de amparo (artículo 4o. de la norma vigente) sustancialmente los artículos 5o., 6o. y 7o. para quedar de la siguiente forma:

“Artículo 5o. El juicio de amparo puede promoverse por la persona física o moral a quien afecte la norma general o el acto reclamados en términos del artículo 4o., fracción I. El quejoso podrá hacerlo por sí, por su representante legal o por su apoderado.

Cuando el acto reclamado derive de un procedimiento penal, podrá promoverlo por conducto de su defensor o de cualquier persona en los casos en que esta ley lo permita.

Artículo 6o. La federación, los estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma general o un acto los afecten encontrándose en un plano de igualdad con los particulares.

Artículo 7o. El menor de edad o mayor sujeto a interdicción podrán pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo. El órgano jurisdiccional de amparo, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio, debiendo preferir a un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifiquen la designación de persona diversa.

Si el menor hubiere cumplido catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.

En las innovaciones que podemos apreciar a simple vista para la promoción del juicio constitucional, se han tomado en cuenta los criterios jurisprudenciales vigentes, en el específico caso de la federación, los estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier

entidad pública, cuando la norma general o el acto les afecten encontrándose en un plano de igualdad con los particulares; esto es, se plantea reconocer expresamente, que las entidades de gobierno, por lo general la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, pueden proyectar su actuación con un doble carácter, ya sea cuando actúan con facultades de imperio y de dominio frente a los particulares en su calidad de autoridades originándose las mencionadas relaciones de supra a subordinación, que frente a actos ilegales dan la base para la promoción del amparo por parte de los gobernados o, bien, se reconoce que las autoridades o entidades de gobierno excepcionalmente pueden actuar en un plano de igualdad en sus relaciones con los particulares, pues cuando celebran contratos civiles, laborales, mercantiles, es inobjetable que no lo hacen con el carácter de autoridad sino de particular, en cuyo caso, también es susceptible de que acudan al amparo.

Como ejemplo de ello, se puede citar la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 4/2003-SS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, misma que se encuentra publicada en la Novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, junio de 2003, Tesis 2a./J. 45/2003, p. 254, que dispone:

“PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO CUANDO ACTÚAN COMO AUTORIDADES DEMANDADAS EN UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, POR ACTOS RELACIONADOS CON SERVIDORES PÚBLICOS MIEMBROS DE CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA. Las personas morales oficiales pueden actuar con un doble carácter: como entes dotados de poder público y, esencialmente como personas morales de derecho privado. En el primer caso, su acción proviene del ejercicio de facultades de que se hallan investidos; en la segunda situación, obran en condiciones similares que los particulares, esto es, contraen obligaciones y adquieren derechos de la misma naturaleza y en la misma forma que los individuos. En consecuencia, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ley de Amparo, las personas morales oficiales pueden ocurrir en demanda de amparo a través de los funcionarios o representantes que designen las leyes respectivas cuando el acto o la ley que se reclame afecten sus intereses patrimoniales, ello no

ocurre cuando actúan como autoridades demandadas en el procedimiento contencioso administrativo con motivo de actos o resoluciones que conciernen a servidores públicos miembros de cuerpos de seguridad pública, dado que lo único que les otorga legitimación para acudir a la vía de amparo es que defiendan sus derechos patrimoniales, supuesto en el que no actúan en funciones de autoridad, sino como personas morales de derecho privado.

De esta suerte, el proyecto de reforma, en cuanto al aspecto precisado, no hace sino recoger los criterios de jurisprudencia actuales, que producen la posibilidad de que los entes de gobierno, puedan acudir al amparo cuando actúan en su carácter de particulares.

Por lo demás, se mantiene intacta la posibilidad de que cualquier persona física o moral o a quien afecte el acto o la norma impugnados puedan acudir al amparo; así como que dentro del proceso penal, que el juicio constitucional se pueda promover por el defensor del procesado.

Otro cambio importante lo significa que se permitiría a los menores de edad o alguien mayor sujeto a interdicción, podría pedir el amparo “sin la intervención de su legítimo representante” cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo, supuestos que si bien de alguna manera ya se contemplan en la legislación de amparo actual, se incluye la posibilidad de instauración del amparo por los menores de edad o mayores de edad sujetos a interdicción, cuando su representante legal se negare a presentar la demanda de amparo, puesto que ellos podrían hacerlo en forma directa.

IV. AGRAVIO PERSONAL Y DIRECTO

Esta directriz del amparo, se identifica con el hecho de que, si bien puede activarse el mecanismo para el procedimiento del juicio, en la actualidad, no puede concebirse, que cualquier persona pueda acudir al amparo, sino sólo aquella a la que el acto o la ley reclamada cause un perjuicio; así se puede entender como agraviado “aquella entidad que está legitimada para pedir la actuación de la ley a través de los órganos jurisdiccionales y obtener, con ello, la tutela jurídica”.¹² Así

¹² NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 2000, t. I, p. 324.

pues el agravio personal y directo significa una limitante necesaria para el ejercicio de la acción tuteladora; sin embargo, cabe adelantar desde ahora, que ya en algunas legislaciones como el caso de la española, para la iniciación de la acción protectora, en algunos supuestos, se ha dado una variación para dar paso a la protección de derechos denominados *difusos*, en donde el acto de autoridad puede que sólo afecte indirectamente los derechos de quien ejerce el amparo, y no tanto de manera lineal frente al gobernado, ello no restringe la posibilidad de agotar este medio de defensa, sino que permite esa posibilidad en ciertos casos y bajo ciertas condiciones.

Antonio Gidi, en sus comentarios en la obra denominada: *Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, señala que el Código Modelo prescribe que los derechos difusos y colectivos son “transindividuales”. Esto significa que son derechos que trascienden a la esfera individual, siendo diferentes de cada uno y de la adición de los derechos subjetivos individuales. Tales derechos son metasubjetivos, superindividuales, transindividuales, marcados por la impersonalidad y rompiendo asimismo, de cierta forma, el concepto clásico de derecho subjetivo del siglo XIX.¹³

A este respecto, cabe agregar que en este orden, la mayoría de la doctrina identifica que sólo puede acudir al juicio de amparo quien sufre un perjuicio, “este inobjetable principio lo estatuye el artículo 73 de la Ley de Amparo, fracciones V y VI, en las que la ley define concretamente la improcedencia del juicio de amparo tratándose, tanto de leyes, tratados y reglamentos como de actos que no causen perjuicio al quejoso o no lesionan sus intereses jurídicos”.¹⁴

De este modo, es indudable que el quejoso tendrá que demostrar precisamente el menoscabo a su interés jurídico; así la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su conformación anterior, al resolver la contradicción de tesis 8/93, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 72, diciembre de

¹³ GIDI, Antonio y FERRER MACGREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, p. 32.

¹⁴ GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 119 y 120.

1993, p. 40 (núm. de registro 206, 662, en el Disco Óptico de Jurisprudencia), entre otras cosas, en lo que al respecto incumbe, precisó:

“El que ejerce la acción de amparo, siempre se ostenta titular de un derecho que se ve amenazado por la actuación de las responsables, y en tal evento tiene necesidad de acudir ante los tribunales para solicitar la protección federal; es decir, tiene necesidad de que se respete la garantía individual que le otorga la Constitución federal y que alega ha sido infringida; como se ha resentido un perjuicio, un menoscabo o una ofensa en su esfera jurídica, tiene interés en que la justicia federal le ampare.

Así, el promovente del juicio de amparo debe ser titular del derecho que alega fue violado y, que derivado de esa violación resultó afectado en sus intereses jurídicos, en su patrimonio o en su persona. El que es titular de un derecho y ve afectado ese derecho, tiene interés jurídico de acudir al juicio de garantías, incluso, que conforme a la teoría procesal, sólo aquél que es titular del derecho que se hace valer en juicio está legitimado en la causa; la titularidad del derecho materia del juicio legitima al que la ostenta”.

Como se ve, ambos principios, el de instancia de parte agraviada y el agravio personal y directo, finalmente parecen conducir al concepto del “*interés jurídico*”; o sea, si bien es cierto que para la instauración del juicio, primero se necesita la petición, y después, acreditar que quien la solicitó es el directo agraviado o su representante legal o formal; todo ello redundará en que sólo el agraviado puede pedir la tutela, para lo cual deberá demostrar el interés jurídico que le asiste. De este modo, para la procedencia del juicio de amparo, es menester contar con él, así, el mencionado interés jurídico, se deduce *a contrario sensu*, de lo que preceptúa el artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, mismo que dispone que es improcedente el juicio:

“V. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso”.

El concepto del interés jurídico, desde mi punto de vista, es el que más problemas ha suscitado tanto para las autoridades encargadas de resolver el amparo, como para los gobernados que tienen la necesidad de acudir al mismo, “la expresión interés jurídico tiene un significado general propio de la filosofía del derecho y, otro más restringido, que tiene relación con el derecho procesal”, de esta forma, puede ser entendido como: a) la pretensión que se encuentra reconocida

por las normas de derecho; y b) en materia procesal, la pretensión que intenta tutelar un derecho subjetivo mediante el ejercicio de la acción jurisdiccional.¹⁵ Continuando sobre el desarrollo de la idea, Genaro David Góngora Pimentel, señala que “se puede llegar a la conclusión de que tiene interés (interés jurídico claro está) para impugnar una ley aquél al cual perjudica, o más precisamente, afecta a su esfera jurídica, lo que puede ocurrir con motivo de su entrada en vigor o bien hasta que se aplica en su perjuicio”.¹⁶

Sin embargo, el concepto del interés jurídico, actualmente ha sido superado en otras legislaciones para dar paso a lo que hoy se conoce como el “interés legítimo”, que es un concepto más dúctil y menos restrictivo que el que todavía priva en nuestro sistema jurídico; la comisión encargada de redactar el proyecto para una nueva legislación de amparo, al respecto señaló:

“b) Interés para acudir al amparo.

Como se menciona en la exposición de motivos de la reforma constitucional, se pretende ampliar las posibilidades para que las personas puedan acudir al amparo. En tal virtud, se pretende otorgar al quejoso legitimidad para acudir al juicio cuando sea titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

En el primero de los casos se trata del interés jurídico que hasta ahora ha prevalecido en el juicio de amparo, es decir, el quejoso podrá acudir al juicio cuando se haya violado una garantía individual o alguno de los derechos consagrados por los instrumentos internacionales de carácter general y esa violación le afecte de manera personal y directa. En el segundo caso, el sistema es innovador, ya que se introduce el concepto de interés legítimo.

El interés legítimo es una institución jurídica ya desarrollada en otros países. Consiste en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple.

El interés legítimo se ha desenvuelto de manera preferente en el derecho administrativo y parte de la base de que existen normas que imponen una conducta obligatoria de la administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particu-

¹⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 8a. ed., México, UNAM, Porrúa, México, 1995, Letras I-O., p. 1776.

¹⁶ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 81.

lares. Si se tratara de proteger un interés simple, cualquier persona podría exigir que se cumplan esas normas por conducto de la acción popular. Este tipo de interés no es el que se quiere proteger. Puede haber gobernados para los que la observancia o no de este tipo de normas de la administración pública resulte una ventaja o desventaja de modo particular respecto de los demás. Esto puede ocurrir por dos razones, en primer lugar puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible que otras frente a un determinado acto administrativo; en segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute. Ésta es la noción del interés legítimo, es decir, que ciertos gobernados puedan tener un interés cualificado respecto a la legalidad de determinados actos administrativos.

La posibilidad de acudir al amparo mediante el interés legítimo abre enormes oportunidades de control de actos de la administración pública que hasta ahora sólo en algunos casos es factible proteger.

Cabe hacer mención que tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá ser titular de un interés jurídico. Es decir, en estos casos la legitimación para acudir al juicio de amparo no cambiaría.

En cuanto al tema del interés legítimo, no se le da contenido en la ley puesto que dada su amplitud eso será materia del desarrollo jurisprudencial que se dará por virtud de la entrada en vigor del nuevo texto legal”.¹⁷

Así en el Proyecto para una Nueva Legislación de Amparo, al incorporarse este tema, se hizo de la siguiente manera:

“Artículo 4o. Son partes en el juicio de amparo... I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo primero y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”.

Acerca de ello, debe rescatarse que la teoría del orden constitucional y la interpretación que de ella ha de hacerse por el tribunal a

¹⁷ Esta información se encuentra en el mencionado Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue distribuido por el máximo tribunal de justicia en el país, en el año de 2001, pp. 32-34.

quien está encomendada esta función, confluyen en una verdadera tutela de los derechos individuales y colectivos, particularmente aquellos que no poseen un dueño uniforme, o sea, los derechos difusos, donde toma una gran importancia el tema del interés legítimo, por ello, en la medida en que los tribunales se traduzcan en la vía para dirimir las controversias sociales y colectivas, en esta dimensión, los tribunales permiten la reintroducción del propio derecho positivo en el interior de las relaciones sociales, por ende los jueces juegan un papel importante en la adecuación de nuevos procedimientos formales para la constitución de una nueva voluntad colectiva, es decir, en la producción de un nuevo sentido de orden.¹⁸

En concepto del doctor Arturo Zaldívar: “Uno de los aspectos del actual funcionamiento del juicio de amparo que restringe, en gran medida, su finalidad proteccionista es la limitada legitimación para promoverlo a través del interés jurídico, identificado como derecho subjetivo”.¹⁹ De ahí, que la Comisión encargada de redactar un nuevo proyecto de Ley de Amparo, se haya orientado por el concepto de interés legítimo, que en concepto del mismo autor, “el presupuesto del interés legítimo es la existencia de normas que imponen una conducta obligatoria de la administración pública, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares, a pesar de que sí se afecta la esfera jurídica de dichos particulares”.²⁰

Esto es, se abre la posibilidad de que aquél gobernado que llegare a demostrar la existencia de un interés legítimo, estaría en posibilidad de acudir al amparo; empero, se mantiene la justificación de que tratándose de resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá ser titular de un interés legítimo.²¹

¹⁸ FARÍA, José Eduardo, “El Poder Judicial frente a los conflictos colectivos”, en *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), México, Porrúa, 2004, p. 343.

¹⁹ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2004, p. 41.

²⁰ *Ibidem*, p. 57.

²¹ Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, distribuido por el máximo tribunal de justicia en el país, en el año de 2001, p. 34.

V. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE

El artículo 107, fracción II, antepenúltimo párrafo de la Ley de Amparo, señala lo siguiente:

“En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución”.

Por su parte, el artículo 76 bis, de la Ley de Amparo señala que las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta Ley establece, conforme a lo siguiente:

- I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.
- II. En materia penal, la suplencia operará aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo.
- III. En materia agraria, conforme a lo dispuesto por el artículo 227 de esta ley.
- IV. En materia laboral, la suplencia sólo se aplicará en favor del trabajador.
- V. En favor de los menores de edad o incapaces.
- VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa”.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto, al resolver la contradicción de tesis 28/95, mediante jurisprudencia correspondiente a la Novena época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, agosto de 1996, p. 58, ha sostenido:

“SUPLENCIA DE LA QUEJA Y SUPLENCIA ANTE EL ERROR EN JUICIOS DE AMPARO. DIFERENCIAS. Estos dos conceptos tienen en común que se apartan del principio de estricto derecho, pero se diferencian en que la suplencia de la queja sólo opera en las situaciones y respecto de los sujetos que señala el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, pudiendo llegar el juzgador, válidamente, hasta la integración total del concepto o agravio omiso; en cambio, la suplencia ante el error, prevista en el artículo 79 del mismo ordenamien-

to, que apareció por primera vez en el artículo 42 de la Ley de Amparo de 1882 y se reitera en los Códigos Federales de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, opera en todos los casos, situaciones y sujetos, incluyendo los que no admiten la suplencia de la queja, debiendo señalarse que esta Suprema Corte interpreta el indicado artículo 79 en el sentido de que su aplicación no se circunscribe a la corrección del error en la cita de los preceptos constitucionales o legales, sino que con mayor amplitud, la suplencia ante el error procede, inclusive, cuando no se cite ningún artículo constitucional o legal, siempre que el recurrente dé los argumentos lógico jurídicos necesarios o aptos para que el juzgador, como conocedor del derecho que es, se pronuncie al respecto.

El principio de suplencia de la queja es uno de los que debieran ser consustanciales al juicio de amparo, pues para ello basta recordar la multiplicidad de casos en que se hace nugatoria la procedencia del amparo y su protección, por una determinada actuación de la autoridad; por ello, desde nuestra perspectiva debe “revalorarse la aplicación de este principio”, “en el proyecto, además de mejorar la redacción de la actual fracción VI del artículo 76, de la Ley de Amparo, se prevé en los casos de la fracción V del artículo 77 del proyecto, la suplencia sólo operará en lo que se refiere a la controversia en el amparo, sin poder afectar situaciones procesales resueltas en el procedimiento en el que se dictó la resolución reclamada”.²²

A este respecto, cabe mencionar, que en aquellos Estados constitucionales en donde existe un “custodio de la Constitución”, entiéndase esto como un tribunal *ex-profeso* formal y materialmente hablando, como lo es el tribunal constitucional o, en aquellos otros, en donde es la Suprema Corte de Justicia, quien formalmente ejerce las funciones de control constitucional, como en los casos de Estados Unidos y nuestro país, existe una corriente antiformalista, entendida como *contracorriente*, a la idea decimonónica que veía al proceso como un acto inquisitorial, que comprende que si bien los procesos tienen una serie de reglas cuya finalidad es garantizar la seguridad jurídica para quienes en ellos participan, no tiene al final de cuentas por qué convertirse en un verdadero obstáculo para que las partes consigan sus pretensiones; así, en España, el Tribunal Constitucional ha

²² ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *op. cit.*, p. 153.

insistido en que “los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que sólo sirven en cuanto que son instrumentos dirigidos a lograr la finalidad legítima de establecer las garantías necesarias para los litigantes”.²³

Se ha dado paso, pues, a un nuevo principio denominado *pro actionem*, que sustancialmente pregona, que debe estarse a lo más favorable a los justiciables, que no sólo conlleva implícitamente el evitar cualquier denegación de justicia, sino también, coadyuvar en la ductibilidad del proceso, lo que de asumirse por nuestro juicio de amparo, sobre todo en materia de derechos fundamentales, implicaría suplir la queja del agraviado en todos los casos en que se encuentre de por medio un derecho humano, obligando a la autoridad de amparo a pronunciarse al respecto; o considerado de una mejor forma, dotando de mayores facultades al órgano de control constitucional para buscar en beneficio del inconforme, alguna violación que lo hubiere dejado sin defensa, obviamente, en todos aquellos casos en donde esté de por medio un derecho humano.

En el proyecto para una nueva Ley de Amparo se ha conservado la suplencia de la queja, puesto que en el artículo 77 se mantuvo la obligación para las autoridades que conozcan del juicio de amparo, de suplir la queja en los términos siguientes:

Artículo 77. La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes:

- I. En favor de los menores o incapaces;
- II. En materia penal:
 - a) En favor del reo.
 - b) En favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso.
- III. En materia agraria:
 - a) En los casos a que se refiere la fracción III del artículo 16 de la ley.
 - b) En favor de los ejidatarios y comuneros en particular, cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agravios.

En estos casos deberá suplirse la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios.

²³ PICÓ I. JUNOI, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 49.

- IV. En materia laboral, en favor del trabajador, y
- V. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación evidente de la ley que lo haya dejado sin defensa por afectar los derechos previstos en el artículo 1o. En este caso la suplencia sólo operará en lo que se refiere a la controversia en el amparo, sin poder afectar situaciones procesales resueltas en el procedimiento en el que se dictó la resolución reclamada.

En los casos de las fracciones I, II, III y IV la suplencia se dará aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios.

La suplencia de la queja por violaciones procesales o formales sólo podrá operar cuando se advierta que en el acto reclamado no existe algún vicio de fondo.

VI. EL ESTRICTO DERECHO

El principio que ahora habremos de abordar, es diametralmente distinto al anterior, tanto que podríamos afirmar que es su "contracara".

Algunos doctrinarios aseguran que el fundamento constitucional se encuentra en el mismo artículo 107, fracción II, antepenúltimo párrafo de la Constitución federal, pero interpretado *a contrario sensu*, el cual como se ha visto, señala lo siguiente:

"En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución".

Por tanto, debe entenderse que el principio de estricto derecho entraña que no podrá suplirse la queja cuando no esté contemplado en la Ley de Amparo y, por tanto, implica analizar los planteamientos ya sea de la demanda de amparo o en el recurso de revisión tal y como fueron vertidos, en los mismos supuestos a que se refiere el numeral 76 bis, pero en sentido adverso, esto es, conforme a ello no podrá operar la suplencia de la queja y por tanto, se impone el estricto derecho, a manera de ejemplo en los siguientes casos: En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes que no hayan sido declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia; en materia penal, no opera el principio de estricto derecho, salvo el caso de que el promovente sea el Ministe-

rio Público; en materia agraria, no es aplicable el principio de estricto derecho; en materia laboral, opera el principio de estricto derecho, sólo en perjuicio del patrón; el principio en cuestión no opera en ningún caso en perjuicio de los menores de edad o incapaces; y finalmente, en otras materias, cuando se advierta que no ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa.

Desde nuestra óptica, el principio de estricto derecho en la actualidad se aplica *a contrario sensu*, a donde sí resulta permisible la suplencia de la queja deficiente; sin embargo, ¿qué es el estricto derecho?; esta figura cobra plena vigencia en las ramas del derecho privado como son la civil, la mercantil y en una de derecho público, como lo es el derecho administrativo, esto es, si por medio de la figura de la queja deficiente, en los supuestos a que se refiere la Constitución respecto del juicio de amparo y su Ley Reglamentaria, resulta viable para la autoridad de amparo, distinguir dónde el quejoso o agraviado no lo hizo, y observar alguna violación que hubiese narrado incorrectamente o incluso, aun de oficio sustituirse a la parte accionante y apreciar las violaciones que se hubieran cometido en su perjuicio.

Por el contrario, el estricto derecho obliga a la autoridad de amparo a mantener una postura imparcial y no beneficiar a ninguna de las partes, en este caso, deberá estarse a la causa de pedir tal y como la haya invocado el quejoso. Así pues, "conforme a este principio el juzgador de amparo únicamente debe analizar las cuestiones planteadas por el peticionario de garantías en los conceptos de violación o por el recurrente en los agravios, según el caso; por lo tanto, el límite a la actuación del órgano jurisdiccional lo es el contenido mismo del concepto del agravio".²⁴

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su anterior integración sostenía la jurisprudencia número 6/94, publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, correspondiente a los años de 1917-1995, t. VI, Materia Común, p. 116, que decía:

²⁴ ESQUINCA MUÑOZ, César, *op. cit.*, p. 75.

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR. El concepto de violación debe ser la relación razonada que el quejoso ha de establecer entre los actos desplegados por las autoridades responsables y los derechos fundamentales que estime violados, demostrando jurídicamente la contravención de éstos por dichos actos, expresando, en el caso, que la ley impugnada, en los preceptos citados, conculca sus derechos públicos individuales. Por tanto, el concepto de violación debe ser un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor los preceptos constitucionales que se estiman infringidos; la premisa menor, los actos reclamados; y la conclusión la contrariedad entre ambas premisas”.

Sin embargo, afortunadamente, la situación ha ido cambiando, para abrir paso a nuevos criterios con menos rigor y con un poco de mayor beneficio para los gobernados, tal es el caso de la jurisprudencia de la Novena época, correspondiente al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, Tesis P./J. 68/2000, p. 38, que dice:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que debe abandonarse la tesis jurisprudencial que lleva por rubro ‘CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR’, en la que, se exigía que el concepto de violación, para ser tal, debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor los actos autoritarios reclamados y la conclusión la contraposición entre aquéllas, demostrando así, jurídicamente, la inconstitucionalidad de los actos reclamados. Las razones de la separación de ese criterio radican en que, por una parte, los artículos 116 y 166 de la Ley de Amparo no exigen como requisito esencial e imprescindible, que la expresión de los conceptos de violación se haga con formalidades tan rígidas y solemnes como las que establecía la aludida jurisprudencia y, por otra, que como la demanda de amparo no debe examinarse por sus partes aisladas, sino considerarse en su conjunto, es razonable que deban tenerse como conceptos de violación todos los razonamientos que, con tal contenido, aparezcan en la demanda, aunque no estén en el capítulo relativo y aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo, sino que será suficiente que en alguna parte del escrito se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que el quejoso

estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, para que el juez de amparo deba estudiarlo.

VII. LA RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS

Este principio, también conocido como fórmula Otero, en honor a Mariano Otero, se encuentra previsto constitucionalmente en el precepto 107, fracción II, párrafo primero, que dice:

“La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

La Ley Reglamentaria vigente, en el artículo 76, reproduce su contenido de la siguiente manera:

“Artículo 76. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

Este principio, ha sido agudamente criticado por la doctrina, sobre todo en materia de derechos fundamentales, cuando el intérprete constitucional ha determinado la inconstitucionalidad de un determinado precepto de una norma secundaria por apartarse de los postulados de la Constitución, se precisa, que nada justifica que esa sentencia no obtenga efectos *erga omnes*, pues eso es tanto como establecer una distinción entre los gobernados, “de primera clase”, los que acuden al amparo y obtienen una declaratoria de inconstitucionalidad a su favor y, “de segunda categoría”, para todos aquellos que encontrándose en la misma situación, por la causa que fuese no acudieron al amparo.

En opinión del doctor Arturo Zaldívar, este principio se concibió privilegiando la defensa del interés personal frente a la defensa del orden constitucional como tal, circunstancia que es de la mayor importancia, en cuanto a que en la consolidación de un régimen demo-

crático como al que aspiramos en México, es menester un cambio sustancial en el papel que las instituciones constitucionales juegan en la vida de todos los mexicanos; al efecto dicho autor sostiene, que “hoy no es válido pensar que el control constitucional se da sólo en interés del afectado directamente, sobre todo en el caso de normas generales”.²⁵ En el proyecto para una Nueva Ley de Amparo, se propone:

Artículo 71. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la norma general o acto que la motivare.

Cuando proceda hacer la declaratoria general de inconstitucionalidad se aplicarán las disposiciones del Título Cuarto.

En amparo directo, la calificación de los conceptos de violación en que se alegue la inconstitucionalidad de una norma general, se hará únicamente en la parte considerativa de la sentencia.

Artículo 230. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en juicios de amparo indirecto en revisión, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se establezca la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se procederá a emitir la declaratoria general correspondiente.

Artículo 231. Dentro del plazo de treinta días hábiles contados a partir de la aprobación de la jurisprudencia referida en el artículo anterior, la Suprema Corte de Justicia formulará la declaratoria general de inconstitucionalidad o bien la de interpretación conforme.

Artículo 232. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

- I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, y
- II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad o de interpretación conforme.

Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos, salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁵ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *op. cit.*, p. 108.

Artículo 233. La declaratoria general de inconstitucionalidad o la de interpretación conforme se remitirá al *Diario Oficial de la Federación* y al órgano oficial en el que se hubiere publicado la norma respectiva para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

El aspecto sobre la declaratoria general de inconstitucionalidad constituye una cuestión novedosa en nuestro sistema jurídico, lo que implicaría de algún modo la abolición de la fórmula Otero; sin embargo, en los sistemas en donde se cuenta con una jurisdicción constitucional concentrada y es el Tribunal Constitucional, el encargado de dirimir la inconstitucionalidad de la norma, este tipo de sentencias atípicas en nuestro medio, es una materia común y a nadie sorprende que se declare la inconstitucionalidad de un determinado precepto con efectos generales, pues se ha desarrollado una cultura en donde la Constitución es la piedra angular del sistema, y este tipo de sentencias no hace más que acentuar el principio constitucional de igualdad, que hace extensivo un beneficio a sujetos que se encuentran en una idéntica situación jurídica o de hecho.

A decir del maestro Héctor Fix-Zamudio, la propuesta realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación “es indispensable si pretendiéramos superar el atraso que se tiene en nuestro juicio de amparo contra leyes, cuando lo cotejamos con otras instituciones similares en los ordenamientos latinoamericanos, que son los más próximos al nuestro, pero además, dicha propuesta es prudente y meditada, pues toma en cuenta nuestra tradición jurídica así como los efectos, tanto jurídicos como políticos, de la reforma que se pretende introducir”.²⁶

La interpretación conforme

De antemano cabe acotar, que la interpretación a que habremos de referirnos, no constituye ningún principio rector del juicio de amparo; sin embargo, en este apartado del trabajo, en donde precedentemente hemos abordado el problema de la declaratoria general de

²⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, México, 2001, p. 91.

inconstitucionalidad; creemos conveniente referirnos a lo que hoy se entiende por interpretación conforme, dado que se trata de un tema vinculado con las sentencias que no sólo se utilizan en los juicios de amparo, sino en todos aquellos otros procesos del orden constitucional, claro está, en donde actualmente encuentra vigencia. Así la interpretación constitucional, es la más sólida herramienta de que disponen los tribunales constitucionales, para legitimar sus sentencias, pues un fallo de naturaleza *jurisdiccional-constitucional* encuentra su fundamento en aquellas razones que sus miembros esgrimen ya sea para estimar o desestimar la constitucionalidad de una norma integrante del ordenamiento; sin embargo, si bien la función de la justicia constitucional ha dado un cambio significativo, sobre todo en aquello que tiene que ver en la distinción del paradigma, entre la función del tribunal constitucional *como legislador negativo* y su cambio hacia *el legislador positivo*, es justamente en esta última aproximación en donde encuadra la denominada interpretación conforme a la Constitución, pues si bien bajo una primera consideración pudiéramos pensar que la función de los tribunales constitucionales, un poco más aquellos que se asemejan al modelo kelseniano, desempeñan una labor de anulación, bajo la realización del juicio normativo correspondiente, en donde de manera ordinaria la primer consecuencia, sería ante la inconsistencia de la norma secundaria frente a la Norma Superior, su anulación y la correspondiente expulsión del sistema; empero, las cortes constitucionales hoy en día, tratan de salvar el texto de la norma impugnada ajustándola, precisamente bajo la interpretación conforme al texto constitucional.

De esta manera, únicamente cuando la contradicción es de tal magnitud e impide su acomodo frente a la Constitución, ni siquiera bajo la interpretación conforme, es que se solicitará su nulidad; con este tipo de interpretación se “trata de superar las limitaciones y problemas a que se llegaba con la solución del legislador negativo formulada por Hans Kelsen”,²⁷ surgiendo así la disyuntiva ante el mantenimiento o pérdida total de la vigencia normativa, puesto que se abre la posibilidad para que los tribunales constitucionales fijen aquella interpretación de la ley que no conlleva un problema de inconsti-

²⁷ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *op. cit.*, p. 125.

tucionalidad y por ende, no exige la superación de los efectos de la norma impugnada. Así pues, este criterio interpretativo parte del supuesto de la presunción de constitucionalidad de las leyes y de que la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales es un caso extremo, nunca deseado pero a veces inevitable.²⁸ El Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la ley, se abstiene de declararla inconstitucional si dentro de las interpretaciones jurídicamente posibles hay una que haga a esta norma general conforme a la Constitución, así el criterio sobre este tipo de interpretaciones es de algún modo connatural al control jurisdiccional de las normas generales; este criterio constituye uno de los principios que han regido el actuar de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, pues si una norma general es razonablemente objeto de interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad.²⁹

En opinión de Alonso García, parafraseando a Hesse, hoy en día, constituye una verdad no negable, el hecho de que el derecho ordinario se entrecruza hasta extremos inusitados con el derecho constitucional, es una apreciación que hoy resulta universalmente admitida, también en el ámbito continental europeo y no solamente en el angloamericano; sin embargo, desde su perspectiva, “el principio es paradójicamente el contrario: legalidad y constitucionalidad son campos separables, no sólo conceptual, sino también orgánicamente, en el sentido de que motivan un traslado de la competencia en jurisdicción en los órganos encargados de fijarlas”.³⁰ Así, la mencionada interconexión, de los ámbitos de legalidad ordinaria y legalidad constitucional, tiene su manifestación más sobresaliente en el hoy unánimemente admitido principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*).

El origen del principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, está en el proceso de constituciona-

²⁸ *Ibidem*, p. 126.

²⁹ *Idem*. Opinión del mismo autor refiriéndose a la obra de EVANS HUGHES, Charles, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

³⁰ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 499.

lidad de las leyes; antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar por vía interpretativa una concordancia de la ley con la Constitución. En efecto, la anulación de la ley es un suceso delicado, mucho más, que el de un acto administrativo realizado por alguna autoridad, por ello, tanto el Tribunal Federal alemán, como la Suprema Corte norteamericana, de algún modo han conectado este principio con “una verdadera presunción de constitucionalidad de las leyes”,³¹ que potencialmente implicaría lo siguiente.

1. Una confianza otorgada al Poder Legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales.
2. Que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución.
3. Que cuando una ley está redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá que aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales. Cabe destacar que este principio de la interpretación constitucional conforme, no es sólo aplicable y vinculativo para el Tribunal Constitucional, en el momento de la toma de la decisión en el recurso de la inconstitucionalidad, sino también al resto de los tribunales ordinarios, lo que viene a traducirlo como un principio de aplicación universal dentro del ordenamiento jurídico.

En opinión de Fix-Zamudio,³² el establecimiento de la llamada interpretación constitucional conforme como un sector de las sentencias interpretativas, se ha venido gestando como una actividad conexa con la actividad de los organismos jurisdiccionales especializados en el conocimiento y solución de cuestiones constitucionales; este tipo de resoluciones, según su opinión, tiene su fundamento para atenuar los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad.

³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en *Derecho procesal constitucional*, t. IV, FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), 4a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 3360.

³² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en *Derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 3394.

nalidad (pues aunque se aplique con prudencia provoca un desajuste en el ordenamiento jurídico). “Cabe recordar, que la declaratoria general de inconstitucionalidad bajo el desarrollo de criterios jurisprudenciales por los órganos especializados, ha tenido un amplio desarrollo haciéndose extensiva, incluso, respecto de las omisiones legislativas, que es uno de los problemas más difíciles”.

Por ello, en lo que se refiere a la denominada interpretación conforme a la Constitución (calificación que le ha conferido la doctrina alemana) “*verfassungskonforme Auslegung Von Gesetzen*”, frase que puede traducirse como “la interpretación de las leyes conforme a la Constitución”, si bien la declaración general de inconstitucionalidad se traduce en la anulación de las disposiciones legislativas impugnadas, que en todo caso produce una conmoción jurídica, ya que es necesario llenar el vacío que deja el ordenamiento que se considera inválido, el cual no siempre es posible sustituir por la legislación anterior y requiere de la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Carta Fundamental. Así pues, continúa señalando el destacado maestro, que según la opinión de García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana, que “todas las normas deben interpretarse *in harmony with the Constitution*” a lo que debe agregarse la regla que ha seguido la Corte Suprema Federal de Estados Unidos sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con la cual, una norma general no debe declararse inválida, aun cuando lo sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la declaración produce efectos generales, de acuerdo con el modelo europeo.

Finalmente, acudiendo a los estudios del constitucionalista alemán, Konrad Hesse, la interpretación conforme no plantea sólo la cuestión del contenido de la ley sometida a control sino también la relación al contenido de la Constitución, según la cual dicha ley ha de ser analizada, lo que exige tanto la interpretación de la ley como de la propia Constitución, lo cual demuestra la estrecha interrelación entre la Constitución y la ley de acuerdo con el principio de la unidad en el ordenamiento jurídico.

VIII. EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD

Este principio se encuentra dispuesto esencialmente en el artículo 107 constitucional, en los siguientes apartados:

“III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

- a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; *siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera.* Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia.
- b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, *una vez agotados los recursos que en su caso procedan.*
- c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.

IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio *no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal.* No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la ley reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión.

V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes ...c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común...”

El principio de definitividad, “supone el agotamiento o ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto

reclamado establece para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmando o revocándolo, de tal suerte que existiendo dicho medio ordinario de impugnación, sin que lo interponga el quejoso, el amparo es improcedente”.³³

De la misma forma, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, dispone:

“Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:

...XI. Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento... XII. Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218. No se entenderá consentida tácitamente una ley, a pesar de que siendo impugnada en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia, en los términos de la fracción VI de este artículo, no se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en relación con el quejoso. Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la ley en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la ley si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad. Si en contra de dicha resolución procede amparo directo, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 166, fracción IV, párrafo segundo, de este ordenamiento ...XIII. Contra las resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo respecto de las cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aun cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente, salvo lo que la fracción VII del artículo 107 constitucional dispone para los terceros extraños. Se exceptúan de la disposición anterior los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución... XV. Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, con-

³³ ESQUINCA MUÑOZ, César, *op. cit.*, p. 74.

forme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley. No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación”.

Esta directriz del juicio constitucional tiene por efecto que las autoridades que conocen del juicio de amparo únicamente actúen cuando existiendo un recurso en la legislación ordinaria, primeramente se agote y, en forma posterior, se pueda acudir al amparo, bajo las reglas dispuestas tanto para el que se promueve en la vía directa como la indirecta; desde nuestra óptica, este principio debe continuar vigente, es decir, si bien es cierto que el juicio de amparo tiene por objeto la indagación sobre la infracción de un derecho constitucional, por parte de la autoridad responsable; sin embargo, el juicio de amparo no debe de proceder, en el caso de que la ley que rige el acto contemple algún recurso o medio de defensa legal por medio del cual pueda ser revocado, modificado o nulificado, pues si bien es cierto que en el amparo se analizará “la constitucionalidad del acto”, eso en muchas ocasiones es lo que menos interesa al gobernado, pues *de facto*, lo que le importa es que el acto autoritario deje de tener efectos nocivos sobre su persona, lo que bien puede obtenerse por medio del recurso ordinario y, dejar hasta en última instancia, el juicio de garantías.

Este principio no sufre una importante mutabilidad en el proyecto de reforma, pues al analizarse las causales de improcedencia, que se proponen en el artículo 59, que se localiza en el capítulo VII, en el cual se establece, que el juicio de amparo será improcedente:

“...XII. Contra normas generales o actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los plazos previstos.

No se entenderá consentida una norma general, a pesar de que siendo impugnada en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia no

se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en perjuicio del quejoso.

Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar la norma general en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la norma general si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir del día siguiente de aquél al en que surta sus efectos la notificación de la resolución recaída al recurso o medio de defensa, sino existieran medios de defensa ordinarios en contra de dicha resolución, o de la última resolución recaída al medio de defensa ordinario previsto en ley contra la resolución del recurso, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.

Si en contra de dicha resolución procede amparo directo, deberá estarse a lo dispuesto en el capítulo respectivo a ese procedimiento...

XIII. Contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral.

XIV. Contra actos consumados de modo irreparable.

XV. Contra actos emanados de un procedimiento judicial o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

XVI. Contra las resoluciones de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de las cuales conceda la ley ordinaria algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas.

Se exceptúa de lo anterior:

- a) Cuando el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, incommunicación, deportación, destierro o cualquiera de los prohibidos en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al ejército, armada o fuerza aérea nacional.
- b) Cuando el acto reclamado consista en órdenes de aprehensión o reaprehensión, autos de formal prisión o de sujeción a proceso, resolución que niegue la libertad bajo caución o que establezca los requisitos para su disfrute, resolución que decida sobre el incidente de

desvanecimiento de datos, orden de arresto o cualquier otro que afecte la libertad personal del quejoso, siempre que no se trate de sentencia definitiva en el proceso penal.

c) Cuando se trate de persona extraña al procedimiento...

XVIII. Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún juicio, recurso o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el quejoso, con los mismos alcances que los que prevé esta ley y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación, cuando sólo se aleguen violaciones directas a la Constitución o cuando el recurso o medio de defensa se encuentre previsto en un reglamento sin que la ley aplicable contemple su existencia.

Si en el informe justificado la autoridad responsable señala la fundamentación y motivación del acto reclamado, operará la excepción al principio de definitividad contenida en el párrafo anterior.

Lo que no impide apreciar, que el principio de definitividad se mantiene, hecha excepción de casos donde el acto reclamado implique un peligro de suma gravedad para integridad física del quejoso o en el caso de los terceros extraños.

IX. OPINIÓN PERSONAL

El juicio de amparo surgió con ciertas bases, entendidas en lo general como principios rectores que originalmente orientaron su conducción, entendimiento y operación, tanto para las autoridades en quienes se depositó su control, como para los gobernados; sin embargo, algunas de esas directrices con el paso del tiempo y su desarrollo, terminaron por “desviar” su destino, tal es el caso del agravio personal y directo, que da pauta al interés jurídico bajo diversas modalidades, del que por cierto, desde mi punto de vista, la interpre-

tación que de él se ha hecho terminó por desorientarse su verdadero significado, o sea, el interés jurídico se creó en la Ley de Amparo para limitar la posibilidad de que indiscriminadamente, o sea, “de todo y por todo”, se pretendiera acudir al juicio constitucional.

Visto de este modo, el citado interés se previó como una limitante natural a cualquier procedimiento de tutela, que para poder ser promovido, quien lo intentara al menos debería cubrir requisitos mínimos, o el órgano ante quien se promoviera debería constatar la importancia del asunto, por ejemplo, en el sistema norteamericano subsiste el *write of certiorari*, a través del cual la Corte Suprema selecciona los recursos o juicios que habrá de tramitar, y así, impide que aquellos asuntos de poca trascendencia puedan llegar a ser vistos por los “Chief justice”.

Sin embargo, el concepto del interés jurídico en nuestro sistema, particularmente en el juicio de amparo, ya no se entiende como esa barrera natural de la que hablamos para impedir un abuso del juicio, sino que tal parece que se convirtió en una herramienta indispensable y apriorística de la que se hace un uso frecuente por las autoridades del control constitucional, impidiéndose con ello la conducción de su tarea, o sea, una verdadera tutela judicial efectiva.

Desde mi punto de vista, si bien son necesarias algunas de las causales de improcedencia legales “sin soslayar que también existen causas de improcedencia constitucional y jurisprudencial” en cuanto a las causales de improcedencia legal, tal y como se regulan por nuestra actual legislación de amparo, por ejemplo, que el juicio de garantías sea improcedente, contra actos dictados en cumplimiento de una diversa ejecutoria que concedió el amparo al quejoso, cuando el acto reclamado se ha consumado irremediabilmente para los intereses del quejoso, cuando el acto reclamado ha cesado sus efectos, cuando el acto reclamado se consiente por el agraviado, cuando el acto de autoridad en realidad no menoscaba la esfera individual del promovente; empero, también pienso que es necesaria la ampliación de la procedencia del juicio de amparo, hacia nuevas perspectivas, como lo es el cambio hacia *el interés legítimo* matizado en ciertas materias.

De esta misma suerte, el principio de relatividad de las sentencias, reducido a la famosa fórmula Otero, debe cambiar, para concebirse la declaratoria general de inconstitucionalidad y la creación de una nueva y renovada jurisprudencia orientada hacia el ámbito de los

principios jurídicos emanados de la Constitución, más que de reglas que se obtienen del actual derecho positivo; tales cambios son estrictamente necesarios, al menos, si se busca una verdadera protección de los derechos humanos por medio del juicio de amparo, abriéndose el camino también para la interpretación conforme.

“Los principios constituyen mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, esto significa que pueden ser satisfechas en grados diferentes y que en la medida ordenada de su satisfacción depende de las posibilidades fácticas sino jurídicas que estén determinadas no sólo por las reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”.³⁴

Finalmente, debe también señalarse, que en la interpretación de los principios del juicio de amparo que se ha hecho por nuestra Suprema Corte, se han ido cambiando algunos aspectos en beneficio de los gobernados, como es el caso de que el principio de estricto derecho tiende a desaparecer poco a poco, que como se ha visto, también ha constituido uno de los fundamentos de la institución, sobre la que en la mayoría de las autoridades encargadas de resolver el amparo, han dado distintas tónicas, empero, todas ellas por la vía de una estricta legalidad, negándose a observar, en no pocos casos, por no haber sido expresadas en la forma que se quisiera, diversas violaciones en el procedimiento o incluso de fondo; sin embargo, afortunadamente tal aspecto ha ido cambiando *en pro* de los derechos de los peticionarios, cuya doctrina también ha ido permeando tanto en la Suprema Corte como en el ánimo jurídico de los tribunales colegiados de circuito.

Como ejemplo es oportuno citar, la jurisprudencia de la Novena época, correspondiente al Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, noviembre de 1998, Tesis III.1o.C. J/20, p. 485 (núm. de registro en el Disco Óptico 195, 239), que dice:

³⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 162.

“SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. EL AMPARO EN MATERIA CIVIL HA DEJADO DE SER DE ERICTO DERECHO. Del artículo 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo se infiere la suplencia de la queja deficiente en materia civil cuando se advierte que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa; disposición que obliga a los tribunales federales a estudiar el asunto en su integridad, ello, además, de acuerdo con la jurisprudencia de la anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que bajo el rubro: SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA, IMPLICA UN EXAMEN CUIDADOSO DEL ACTO RECLAMADO. se publicó en la p. 341 del t. VI, Parte Común, del último *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*; lo que significa que en la actualidad el amparo en materia civil ha dejado de ser de estricto derecho, pues para que el juzgador de amparo esté en aptitud de advertir si existe o no una violación manifiesta de la ley en perjuicio del peticionario de garantías que lo haya dejado sin defensa, en términos del mencionado artículo, debe, incluso ante la ausencia de conceptos de violación, analizar en su integridad el acto reclamado para luego determinar si es o no violatorio de garantías y, por ende, inconstitucional”.

X. CONCLUSIONES

Primera. El juicio constitucional o juicio de amparo, como medio de control constitucional, debe actualizarse a las necesidades imperantes de la sociedad mexicana en su conjunto, al hacerlo, prácticamente se mantiene vigente el principio de Estado de Derecho, pues no puede pensarse que dicho estatus pueda existir de manera parcial, cuando por la forma de tramitarse el amparo en la actualidad, existen algunas deficiencias que deben quedar superadas, como la inclusión del concepto del interés legítimo y la abolición del principio de estricto derecho, así como el establecimiento de los efectos generales de las sentencias, sobre todo cuando se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

Segunda. El atraso que pudiera acusar nuestro actual juicio de amparo, no es atribuible únicamente a las autoridades del Poder Judicial de la Federación, sino en todo caso, es un hecho imputable a sus operadores directos, o sea, los miembros del foro, los legisladores y la sociedad en su conjunto, que debe perseguir siempre, la actualización de las herramientas jurídicas por excelencia, principalmente aquellos mecanismos protectores de los derechos humanos.

Tercera. Es un hecho notorio que la vigencia de las instituciones protectoras de los derechos humanos (en nuestro caso de garantías individuales), mantienen una vida útil determinada, acorde con el objeto de protección; y en este caso, como en materia de derechos fundamentales existe un principio denominado de *progresividad*, que en una de sus vertientes, estriba que en materia de derechos humanos no es posible renunciar a los avances ya conseguidos tanto sustantivos como procedimentales, es inconcuso que el sensor social es quien desencadena los cambios para irlos adaptando a las nuevas necesidades del mundo contemporáneo; en nuestro sistema nacional de derecho, es conveniente reflexionar sobre la conveniencia y la urgencia, de *readaptar* al juicio de amparo a una nueva realidad social para lograr una mejor defensa de los derechos, como en el caso es, dotando a la sentencia de efectos generales, cambiando el concepto del interés jurídico por el de interés legítimo. Otra cuestión de capital importancia, vinculada estrictamente con el juicio de amparo, es la independencia judicial, pues mientras en un sistema se eliminan las cortapisas y se aumenta el caudal autonómico de los jueces, es inobjetable que existirá una impartición de justicia más justa y más legítima, “es por ello, que uno de los problemas que más preocupa a los constitucionalistas norteamericanos sea precisamente éste: la independencia real del poder judicial”.³⁵

Cuarta. En esta perspectiva, un esfuerzo mayúsculo estriba en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación fungió como promotora de un distinto sistema de amparo, que pretende ser regulado bajo el auspicio de “una nueva ley”, que ha incluido la actualización de algunas herramientas necesarias para la protección de los derechos fundamentales del individuo; corresponde ahora, al órgano legitimado para el inicio de las leyes, decidir, si acepta el modelo tal y como le fue presentado, lo corrige o lo desecha; en cuyo último caso, no todo estaría perdido, si tomamos en cuenta que nuestro máximo tribunal por vía interpretativa podría ir matizando los cambios necesarios; sin embargo, debe concluirse, que si el poder Legislativo realmente está interesado en reivindicar su papel de *representante del pueblo*, la presente, es una buena oportunidad para meditar y apro-

³⁵ CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, UNAM, Porrúa, 1999.

bar los cambios en la promoción y sustanciación del juicio de amparo, ya que no sólo es el esfuerzo de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino que el proyecto representa el trabajo de un nutrido grupo de prestigiosos juristas y, lo que es más importante, para su elaboración se hizo acopio de las propuestas recibidas en una consulta nacional tanto al foro de abogados, como a la sociedad en general y muchas de las propuestas fueron incluidas, por lo que de soslayarse, no sólo se esquivaría la óptica de los operadores del derecho, sino también de quienes fungen como sus destinatarios finales.

ORGANIZANDO LA DEMOCRACIA Y LA CIENCIA: UN DESAFÍO PARA "UN NUEVO MUNDO FELIZ"

Christian BYK

SUMARIO: I. *Nuevas interrogantes acerca de la vida y la libertad.* 1. *¿Una mayor autonomía individual para un "mejor" o para un "mayor" control social?* A. *La nueva relación médica.* B. *La reconstrucción de la familia.* 2. *El reto de la sociedad.* II. *El reto del debate público.* 1. *Las condiciones del debate público.* A. *La idea del progreso.* B. *Un nuevo patrón de vida.* 2. *El debate actual sobre la bioética.* A. *Difusión.* B. *Apropiación y discusión.* C. *Institucionalización.* III. *¿Existe una alternativa frente a "un mundo feliz"?* De la ética al derecho. 1. *La sed de derecho.* A. *La búsqueda de una palabra.* B. *La voluntad de participar en la elaboración de la norma social.* C. *La búsqueda de una nueva dimensión colectiva.* 2. *El camino del derecho, ¿cómo leer la trama de nuestro futuro?* A. *El derecho de las ciencias de la vida expresa una nueva realidad.* B. *Las vías del derecho.* 3. *Los límites del derecho de las ciencias de la vida.* A. *"Ubi Societas, ibi Jus".* B. *La sociedad del riesgo y el derecho.* C. *¿Cuál es entonces la utilidad del derecho?*

El desarrollo de las sociedades contemporáneas se encuentra profundamente relacionado con el avance del conocimiento científico y sus aplicaciones biomédicas.

A pesar de las diferencias entre los distintos países, diferencias que se manifiestan, por ejemplo, en la situación de Europa Occidental y la de los países al sur del Sahara, éstas tienen sus raíces en la historia. La historia política —o sea, la ideología y la organización social— está relacionada, e incluso puede ser muy importante, si tomamos en cuenta que la relación entre ciencia y sociedad es un factor determinante en el desarrollo social.

Dado que México se encuentra entre la historia común de ambos mundos, la "Vieja Europa" y el "Nuevo Mundo", es conveniente promover una perspectiva comparativa del tema de la vida y la libertad frente al desarrollo de las ciencias biológicas.

En lo que respecta a Europa, la revolución actual en las ciencias de la vida fue facilitada tanto por la Ilustración del siglo XVIII como por la Revolución Industrial del siglo XIX. Pero hoy en día existe el temor que la herencia cultural y política de aquellos siglos pueda ser cuestionada por una revolución técnico-científica y sus consecuencias políticas. Actualmente el verdadero poder ya no se encuentra en las instituciones controladas por el pueblo y las naciones carecen de la capacidad suficiente para resolver por sí solas problemas que se han convertido en "globales".

La relevancia de esta reflexión también se aplica a México. Un vistazo a la historia mexicana permite cuestionarnos sobre la ideología y la práctica de la Revolución Mexicana. Bien podemos preguntarnos: ¿qué es lo que queda de ella en el contexto actual? Hablando en términos generales, ¿qué podemos decir acerca de la influencia de la ciencia y la idea del progreso en el re-enmarcamiento de las sociedades en esta parte del mundo?

Desgraciadamente, no soy ni un científico político ni un antropólogo social. Sólo soy un abogado con experiencia en política legislativa en los campos de la biomedicina, la biotecnología y los derechos humanos.

Por lo tanto, deseo presentar algunas observaciones como un abogado "comprometido políticamente", con el objetivo de que lo que hoy en día llamamos "bioética" pueda incluir las preocupaciones de nuestros contemporáneos en las sociedades en las que viven o en las que luchan por la vida y la libertad. No pierdo de vista la necesidad de que la bioética debe ser un compromiso de todos.

Mi primera observación será la de cuán involucradas están la vida y la libertad con la revolución en las ciencias de la vida: la segunda, identificar las herramientas que podemos utilizar para hacer más fácil la discusión de estos temas. Por último, debemos preguntarnos si nuestras sociedades tienen la capacidad de integrar los cambios potenciales derivados de esta revolución tecnológica, así como las perspectivas políticas que conllevan: "un mundo feliz" o una organización más pacífica y equitativa del mundo.

I. NUEVAS INTERROGANTES ACERCA DE LA VIDA Y LA LIBERTAD

Esta controversia, surgida de los usos de la biotecnología es tan conocida —la clonación humana o la biodiversidad, por ejemplo— que no es siquiera necesario presentar ejemplos del reto al que se enfrentan la vida y la libertad. Pero el hecho de que hayamos tomado el control sobre la vida, la naturaleza y el medio ambiente, no proporciona una perspectiva clara sobre los efectos que esto puede tener sobre la vida y la libertad.

Para tener una perspectiva interdisciplinaria de nuestras sociedades es necesario un análisis más profundo, pero lo que sí podemos hacer es adelantar algunas de las tendencias observables.

El temor a las ciencias y tecnologías es, ciertamente, lo más evidente. Como ya he mencionado en otras ocasiones, el miedo es la prueba más clara de los cambios sociales que ha provocado la revolución de las ciencias biológicas. Estos cambios han obligado a las sociedades a desplazar su atención de la bioética a la bio-política y de ésta a la bio-legislación.

Así, al menos potencialmente, los individuos han ganado más libertad, pero eso implica una nueva responsabilidad que coloca al individuo bajo un nuevo control social.

Por un lado, se crearon nuevas esperanzas a favor del beneficio del ser humano, especialmente en el campo de la medicina. Por otro, este progreso tiene implicaciones sociales y requiere de un acercamiento colectivo que cuestione la organización de nuestras sociedades. Examinemos estos dos puntos.

1. ¿Una mayor autonomía individual para un "mejor" o para un "mayor" control social?

Los dos cambios importantes que reflejan una mayor autonomía del individuo son, en primer lugar, la decadencia del modelo paternalista en la relación paciente-médico; en segundo, la reestructuración de los lazos familiares. Mientras tanto, la revolución genética parece más ambigua porque podría conducir a la imposición de un control más fuerte sobre los individuos y los grupos sociales, y esto, a la postre, generaría nuevos tipos de discriminación.

A. La nueva relación médica

Uno de los resultados de esta revolución es una relación mejor balanceada entre los pacientes y sus médicos, y esto es una señal de una mejor educación; pero esto también se traduce en una nueva opinión acerca de los médicos, una opinión que pone en tela de juicio su poder "mágico". Ello bien podría ser el producto de la sociedad de mercado que ha transformado a los médicos en proveedores de servicios y a los pacientes en consumidores.

El nuevo acercamiento reconoce la importancia del concepto de la autonomía del paciente, concepto que debería beneficiar a todos, incluyendo niños y personas vulnerables. De ahí que la idea se encuentre incorporada en diversas legislaciones. Así, aquellos incapaces de expresarse deben ser asesorados por un apoderado o, por lo menos, tener la posibilidad de dejar instrucciones con respecto a su tratamiento médico.

Un paso adelante en el reconocimiento del derecho a la autonomía, que incluye rehusarse a un tratamiento médico y se relaciona con la decisión acerca del momento en que un enfermo desea poner fin a su vida.

En el curso de este milenio, algunos países han decidido autorizar el suicidio asistido y la eutanasia, y han definido en su legislación, las condiciones específicas en las que estas decisiones han de llevarse a cabo.

Por ejemplo, en un caso de suicidio asistido sometido a la jurisdicción de la Corte Europea de los Derechos Humanos en el año 2003, este órgano decidió que el principio de autonomía era el valor fundamental del derecho a la privacidad protegido por el artículo octavo de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

A pesar de que la Corte negó que la actitud del gobierno británico violaba el artículo octavo, sí consideró que la definición del derecho a la privacidad incluía el concepto "calidad de vida", especialmente tomando en cuenta la situación del demandante, un paciente que sufría una enfermedad mortal.

Otro aspecto de la nueva relación médica es el papel que desempeñan la legislación y la jurisprudencia para establecer un sistema legal capaz de compensar los daños médicos.

En la investigación biomédica sobre seres humanos se ha desarrollado una tendencia similar a favor de una mayor y mejor autonomía. Esto se dio a partir de la difusión de los abusos a que fueron sometidos algunos individuos durante la Segunda Guerra Mundial. Dado que este desarrollo tiende a llevarse a cabo en países que carecen de una legislación en este campo, el problema sobre la autonomía y la integridad de la población es muy serio.

¿Podemos concluir que la libertad de los investigadores —punto de vista que, en nuestra opinión, cuenta con el apoyo social— será sacrificada frente al respeto absoluto de la autonomía individual de los grupos más vulnerables?

La discusión en la Asociación Médica Mundial acerca de las investigaciones con placebo es una muestra del riesgo que conlleva adoptar una ética demasiado contextual, pues esto, bajo el pretexto de la aplicación del principio de autonomía, podría conducirnos a una mayor discriminación.

En nuestra opinión, si los sujetos principales del derecho de autonomía son los beneficiados por éste, su ejercicio debe mantenerse dentro de los límites de la ley.

B. La reconstrucción de la familia

Otra área que ha sido afectada de manera considerable por la revolución de las ciencias de la vida es la de las relaciones familiares. A pesar de que las nuevas tecnologías reproductivas no constituyen la única razón de estos cambios, sí representan un factor importante. Como consecuencia de esto han surgido nuevos cuestionamientos acerca del futuro de la familia.

Primero, confirmaron lo que es conocido como la nueva sociología de la familia: el fin del modelo burgués tradicional, que incluye la imposición del matrimonio y la dominación del hombre. Actualmente, los dos elementos más importantes para decidir la composición de la familia son la voluntad y la búsqueda de la felicidad personal. El divorcio, la cohabitación y las familias de un solo padre son más comunes cada día y, conforme pasa el tiempo, se muestran cada vez más como alternativas que no conllevan connotaciones morales.

Las características más comunes dentro de esta variedad de modelos es el deseo personal de decidir acerca de la procreación.

En segundo lugar, las tecnologías reproductivas —aborto y anti-concepción por un lado, y las técnicas de reproducción asistida, por otro— han logrado separar la sexualidad de la reproducción, herramientas que le han permitido a la mujer tomar sus propias decisiones.

En tercer lugar, las nuevas tecnologías reproductivas introdujeron, por primera vez en la historia de la humanidad, un nuevo elemento en la privacidad del proceso reproductivo: el médico. El proceso, de “natural”, pasa a ser “artificial”, lo que implica una mayor participación social.

Por último, las tecnologías reproductivas, mediante la donación de gametos y, eventualmente, la clonación, han abierto la Caja de Pandora de nuevos lazos familiares que, en caso de ser aceptados socialmente, podrían cambiar por completo la antropología. Tanto solteros como homosexuales reclaman el derecho a usar esas tecnologías. Haciendo caso de dichos reclamos, algunos países han decidido legalizar el matrimonio y la cohabitación de parejas homosexuales, así como el derecho de tales parejas para adoptar hijos.

En 2003, la Corte Europea de los Derechos Humanos dio un paso adelante en la protección de los transexuales cuando decidió que, cuando el cambio de sexo se ha llevado a cabo legalmente, esa persona tiene el derecho de contraer matrimonio con una persona del sexo contrario.

2. El reto de la sociedad

Somos conscientes de que dichos cambios podrían parecer muy lejanos de las preocupaciones y del contexto social de los países que aún no cuentan con estos avances tecnológicos; sin embargo, aun cuando la situación de unos países frente a otros puede ser muy distinta, no deja de haber buenas razones para prestar atención a las experiencias derivadas de estas prácticas.

Una es, por ejemplo, que los países europeos no esperaban que esos cambios ocurrieran tan rápido. Esto significa que, probablemente, algo similar puede ocurrir en otros lugares. “Gouverner, c’est prévoir” (gobernar es prever) dice un dicho francés que podría resultar apropiado para observar con más cuidado las consecuencias de tales cambios sociales.

Una segunda razón descansa en el hecho de que la revolución de las ciencias de la vida no sólo tiene repercusiones socioculturales. Como ya lo hemos mencionado, también da lugar al reclamo y al desarrollo de nuevos derechos individuales. Por esta razón, se trata de un desafío para afianzar estas demandas. El reto puede ser grande si las estructuras sociales no cuentan con experiencia en el debate social y la democracia. Además, el desafío resulta especialmente agudo en las llamadas “viejas democracias”, ya que la discusión sobre temas de bioética implica el conflicto de valores morales, culturales e ideológicos.

II. EL RETO DEL DEBATE PÚBLICO

No es muy seguro que las instituciones y procedimientos tradicionales del sistema democrático cuenten con la capacidad de posibilitar un debate público sobre bioética. ¿Cuáles son las condiciones y herramientas necesarias para permitir un debate sobre la revolución de las ciencias de la vida?

Antes de continuar con esta reflexión es necesario comentar algo sobre las ventajas derivadas de las controversias sociales. “Al contrario de lo que es generalmente aceptado, las controversias públicas tienen una utilidad social, como vías que sirven para explorar los riesgos y los medios para imaginar los posibles escenarios. Además, lejos de inmovilizar, las controversias representan un canal para las acciones colectivas, son una oportunidad para construir identidades y acciones”.

1. Las condiciones del debate público

Entremos a la discusión sobre las condiciones que contribuyen al debate público. Bernardo Houssay escribió: “La ciencia no tiene patria, pero el hombre de la ciencia la tiene” (*Carta a un joven investigador que emigra*, 1943). Tendremos en mente esta idea para cuando hablemos de las condiciones sociales como parte del desarrollo científico y del debate público derivado de él.

A. La idea del progreso

Durante los últimos siglos, tanto en Europa como en Japón, la construcción de los modelos políticos y económicos ha estado influenciada de

manera importante por un punto de vista positivista de la ciencia y la tecnología, que tiene el propósito de prevenir el dominio extranjero.

La idea de que la tecnología puede ser utilizada por una nación con el propósito de reforzar su independencia política es respaldada por los países latinoamericanos "desde el periodo que en México se denomina "la Reforma" y en Argentina "Organización nacional", hasta la crisis de 1930".

"En México, por ejemplo, el renacer de la actividad científica suele fecharse en coincidencia con la creación, en 1853, del Ministerio de Fomento, es decir, cuando las tareas y objetivos comienzan a replantearse en forma orgánica".

La organización de instituciones educativas y académicas también desempeñan un papel importante en la difusión de la cultura científica. Por ejemplo, puede considerarse que el punto final de la ciencia prerrevolucionaria y punto de arranque del México moderno es el Primer Congreso Científico Mexicano de 1912. Recordemos que el gobierno de Benito Juárez promulga (2 de diciembre de 1867) la Ley Orgánica de Instrucción Pública, y que a ella se vincula el decreto del 14 de enero de 1869, entre cuyas finalidades destacamos sólo la tercera: "Popularizar y vulgarizar las ciencias exactas y las ciencias naturales".

Los lazos entre valores políticos y sistema educativo se estrecharon de manera similar en Francia, a partir del restablecimiento del régimen republicano al final del siglo XIX. Fueron los maestros los encargados de difundir una cultura racional acompañada de los valores republicanos más aceptados. El último eslabón en la cadena de la política de integración cultural, después de la Segunda Guerra Mundial, fue la expansión del ámbito de influencia entre un mayor número de estudiantes de las mejores instituciones educativas (universidades y colegios científicos).

Sin embargo, esta nueva integración no es simplemente el resultado de los valores de la modernidad. También es la consecuencia de un nuevo patrón de vida, capaz de proporcionarnos productos y servicios nuevos, derivado de la sociedad industrial.

B. Un nuevo patrón de vida

El taylorismo y la producción en masa hicieron posible, por lo menos en las sociedades industriales, la difusión de los productos tec-

nológicos entre los consumidores individuales: autos, máquinas lavadoras, televisiones, computadoras y teléfonos celulares son ahora parte normal de nuestra vida.

En el campo de la medicina, los descubrimientos médicos han llevado a que la producción de medicamentos sea una gran industria. Al mismo tiempo, la técnica ha tomado el control de las instituciones de salud y ha transformado a los médicos en ingenieros de la salud.

La era médica actual, para la que la salud es el valor más alto, se enfrenta a una crisis: mientras que en los países más ricos los individuos están a la expectativa de más "milagros" por parte de sus médicos, en los países en vías de desarrollo la mayor parte de la población no tiene acceso a los servicios médicos básicos. Paradójicamente, el financiamiento de salud y los escasos recursos de manejo, son asuntos claves, que por algunos están gastando demasiado, mientras otros están buscando solidaridad social. Esto explica por qué el cuidado de la salud se ha movido de los asuntos sociales, a la política, lo cual es sustancial, tanto para la democracia como para la cooperación internacional.

2. El debate actual sobre la bioética

Los problemas éticos surgidos a partir del desarrollo de la biomedicina y la biotecnología son sólo una parte del acercamiento global, y constituyen un ejemplo interesante sobre la capacidad de las sociedades para manejar el problema. Así, el debate sobre las ciencias de la vida puede caracterizarse por las siguientes tendencias: difusión, apropiación, discusión, institucionalización e internacionalización.

A. Difusión

A pesar de que la bioética nació en Estados Unidos durante la década de 1970, esas tecnologías, que desafiaron la práctica de la medicina (investigaciones biomédicas en seres humanos, trasplantes de órganos, tratamientos prolongados de vida, nuevas tecnologías reproductivas) han emigrado poco a poco a otros países. Esto ha generado la recreación, en nuevos contextos sociales, del enfrentamiento de tales tecnologías con los valores tradicionales.

Pero la difusión no sólo ha afectado la práctica de la medicina; también ha desatado una preocupación social acerca de las nuevas oportunidades que brinda el desarrollo de la biomedicina. La razón de este cambio bien puede encontrarse en la mejora de la educación y en la facilidad para tener acceso a la información. Para complementar el popular estilo periodístico de la información, han aparecido un buen número de iniciativas: la elaboración de programas educativos en colegios y universidades, posgrados y conferencias al público en general. Otra de las herramientas han sido los cursos académicos, y me gustaría mencionar, de manera especial, la iniciativa de la Organización Panamericana de la Salud para crear (1994) un programa que representa la primer iniciativa de este tipo.

Cuando se combinan individuos educados, capaces de demandar respuestas a sus necesidades, con una sociedad de mercado que tiende a satisfacer las necesidades de los miembros del grupo, esto se traduce en una demanda generalizada de una mejor calidad de vida.

En lo que se refiere a los profesionales de la salud, ellos están ahora con enorme poder en nuestra vida, debido al enorme control que han adquirido en la reproducción humana y lo genético. Como una contraparte, ellos son también responsables de los riesgos que pudieran afectar nuestra salud: los productos de la contaminación de la sangre con el HIV, la enfermedad de las vacas (*mod cow*) (BSE) o simplemente la falta de una intervención quirúrgica. Finalmente, lo que ellos han ganado en poder técnico sobre nuestras vidas, lo han perdido en la confianza social y la consideración en sí. La ética profesional es a menudo rechazada por los pacientes, en capacidad de suscitar una ética nueva y actualizada, que compagine con una sociedad plural e individual.

B. Apropiación y discusión

La apropiación de estos temas por parte de los actores principales es una posible réplica a la búsqueda de una relación más balanceada entre ellos. En la perspectiva que mostramos el año de 1994 en Ixtapa sobre las primeras décadas de la bioética, ya insistíamos en atraer la atención pública, de discusiones multidisciplinarias en asuntos éticos emanados por avances biomédicos, los fundadores dirigieron el

revivir en las profesiones relacionadas con la ética, y el establecimiento de nuevos grupos.

Actualmente es ampliamente reconocido que los temas de la bioética no sólo conciernen a los médicos, sino que representan un tema de discusión para toda la comunidad por la sencilla razón de que abarcan problemas de derechos humanos, de la organización de la familia y, desde un punto de vista más amplio, de posibles cambios en nuestra especie y medio ambiente. La apropiación también significa que no debemos pasar por alto el contexto cultural en el que se desarrollan las tecnologías médicas.

Dado que las ciencias de la tecnología tienden a estimular procesos de estandarización, algunas personas temen que esta situación pueda desembocar en una cultura desinteresada de los acercamientos socioculturales locales en lo que respecta a la vida y la muerte.

Siguiendo la misma perspectiva, la bioética ha generado un movimiento de apropiación entre grupos que pueden ser especialmente vulnerables. Las nuevas tecnologías reproductivas cuestionan el papel de la mujer en la sociedad. Por un lado, esas tecnologías pueden ser vistas como herramientas de emancipación, mientras que por otro, pueden ser consideradas como nuevos instrumentos de dominación.

Por ejemplo, en algunos países las tecnologías de anticoncepción han sido utilizadas (es el caso de México durante la década de 1970, así como de China) como un medio de control del desarrollo socioeconómico.

En algunas circunstancias algunos grupos y comunidades particularmente vulnerables (niños, inválidos, personas con diferente orientación sexual, grupos étnicos, prisioneros, etcétera) podrían ser objeto de discriminación.

Como subrayó el profesor M. Kauser S. Kahn en su conferencia en Ixtapa: "la ética de la medicina o la salud no aspira a cambiar el mundo; sin embargo, toca un punto sensible a favor de la protección de los más vulnerables". Esta es una de las posibles respuestas a la pregunta que ella planteó: "¿cómo controlar el comportamiento de quienes detentan el poder?" Permítanme sugerir otra posible respuesta: la apropiación también debería ser un medio para difundir el poder y darle más a aquellos que sólo forman parte de la revolución de las ciencias de la vida como pacientes y consumidores y no como verdaderos ciudadanos.

La otra forma de apropiación es más bien geocultural o geopolítica: si por fin los temas de la bioética han llegado a Europa y a otros continentes, esto no significa que deban enfrentarse del mismo modo como se hizo en Estados Unidos. Si eso que llamamos "bioética estadounidense" ha tenido influencia en Europa, también es cierto que, como resultado de factores sociales, políticos, culturales y filosóficos, el acercamiento del Viejo Continente ha sido específico.

Si bien los países asiáticos aún no han alcanzado una integración regional bioética, es importante destacar las iniciativas que permiten suponer un movimiento bioético en América Latina. Este movimiento es apoyado no sólo por una cultura y lenguaje común sino también por una percepción política de la bioética que puede reforzar la independencia moral de los países latinoamericanos en su lucha por los derechos humanos, la democracia y la justicia.

Por ejemplo, la apropiación de la bioética puede ser un medio para contrarrestar la influencia de Estados Unidos en la región. Ese es el verdadero significado del discurso del profesor Volnei Garrafa cuando afirmó, en el sexto Congreso de Bioética el año de 2002 en Brasilia, que "este mundo disparejo en el que algunos tienen la posibilidad de sentir placer mientras otros sólo tienen la de estar inmersos en el sufrimiento, configura un panorama que, en nuestra opinión, justifica una ética de intervención orientada hacia la búsqueda de la equidad". De estas afirmaciones podemos deducir que si "la ética no está perdida en un mar de verbalismo", la apropiación y el conflicto significan una mayor responsabilidad para la sociedad civil. Pero se trata de un proceso interactivo, como decía Guillermo Soberón, presidente ejecutivo de la Fundación Mexicana de la Salud: "los cambios tan profundos que se están llevando a cabo actualmente en el orden social mexicano se traducen en desafíos importantes y en una necesidad de cambio en la sociedad civil, así como en la relación entre gobierno, instituciones y sociedad civil".

Otra consecuencia obvia de la discusión bioética es el cambio en las estrategias políticas, por la sencilla razón de que en las sociedades democráticas el debate pacífico no debe ser una ilusión.

Pero nuevas estrategias implican nuevas instituciones y el campo de la ciencia de la vida ha sido un buen agrupamiento para tales instituciones en las décadas pasadas.

C. Institucionalización

Así como la apropiación y la discusión son una prueba de la existencia de una retórica de la bioética asociada con las nuevas demandas sociales, la institucionalización muestra cómo estos nuevos eslabones pueden operar tanto entre la sociedad civil como entre la sociedad y aquellos en el poder, así como la manera en que las nuevas estrategias pueden ser apoyadas de forma que las legitimen socialmente.

Ciertamente los comités de ética son una referencia en la institucionalización de la discusión bioética. Sin embargo, el entusiasmo actual, que consiste en formar un comité de ética cada vez que surge un problema, debe ser ponderado por un mejor análisis acerca del papel y las características de dichos comités.

En primer lugar, debemos recordar que los comités de ética son foros de discusión que deberían aparecer en el momento que las necesidades sociales los reclaman. Si bien un comité puede profundizar en las discusiones, bajo ningún motivo puede generarlas si éstas no son generadas por la sociedad.

En segundo, la credibilidad de estos comités descansa, sea cual sea su misión, en el respeto de ciertos principios rectores: a) multidisciplinariedad (la bioética no sólo les incumbe a los médicos); b) pluralidad (es necesario tomar en cuenta tanto los distintos acercamientos como los puntos de vista encontrados); c) independencia (las elecciones en el campo de la ética no deben ser hechas por un mentor sino que deben ser el resultado de un debate social).

Tal vez podría agregarse como complemento de la independencia de los comités de ética que éstos no deberían tener un poder real más allá de una simple autoridad moral.

En tercero, el propósito para el cual han sido creados los comités de ética ha dado lugar a una mayor complejidad de sus funciones. De hecho, debemos distinguir entre los comités que participan en la regulación social de casos relacionados con la práctica médica y científica y los que tienen bajo su cargo algunos temas sociales fundamentales.

La primera categoría comprende, principalmente, comités locales o institucionales preocupados por la investigación médica. Estos pueden ser comités de hospitales cuya función es revisar los casos que involucran dilemas morales (la continuación de la vida, la selección

de receptores de órganos) o comités de investigación encargados de revisar los protocolos establecidos por la Declaración de Helsinki y demás normas aplicables. Dentro de la segunda categoría podemos ubicar tanto comités nacionales de ética, como el caso de la Comisión Nacional de Bioética en México (cuya actividad fue promovida por el profesor M. Velasco Suárez), y los comités internacionales como la Unesco.

Los comités internacionales están inmersos en un debate que desafía no sólo intereses individuales y comunitarios, sino también estatales. Esto significa que en ocasiones las controversias bioéticas ocultan intereses estatales.

En principio, se supone que las comisiones nacionales de bioética deben ser un foro social; pero en la práctica, por muy diversas razones, pueden llegar a favorecer la elusión del debate. Por ejemplo, estas comisiones bien pueden seguir instrucciones específicas (el caso de las ONGs), y esto puede generar ciertas dificultades para que los miembros de las sociedades formulen sus puntos de vista sobre algún asunto técnico, o bien puede suceder que el debate sea acaparado por la comunidad académica.

Por último, puede suceder que los comités carezcan de los recursos suficientes para funcionar y para dialogar con los miembros de la sociedad.

En nuestra opinión, estas observaciones no necesariamente conducirán a una desaprobación de los comités de ética. Más bien deberían servir para proporcionar a los comités toda una serie de reglas necesarias para cumplir con su propósito.

También creemos que el debate bioético debería propiciar la aparición de otro tipo de instituciones: las instituciones tradicionales de la sociedad democrática que incluyen instituciones y grupos que pueden ser representativos de la sociedad civil. En las viejas sociedades democráticas, esto puede ofrecer una revitalización de sociedades anquilosadas. Generalmente el parlamento es considerado como una máquina de votación que sólo beneficia al programa legislativo del gobierno, mientras que las asociaciones médicas son reacias a participar en las discusiones públicas.

En un intento por desarrollar la democracia en el campo de la bioética, deberíamos estimular un debate público mucho más abierto. Por ejemplo, la experiencia de los países que formaron parte de la

ex Unión Soviética muestran que el debate sobre la bioética ha levantado una gran polémica: la reforma del sistema de salud o el manejo de algunos temas considerados como tabús (aborto, psiquiatría o sida). Esto es un estímulo para redescubrir el camino hacia una discusión democrática: promoviendo argumentos en arenas políticas, discutiéndolas de manera que podamos señalar los intereses involucrados y tomando elecciones que puedan ser fácilmente entendidas aun por aquellos que no las aprueban del todo.

El proceso normativo y la introducción de, como hacer las reglas, lo cual es parte de éste, por eso sería una buena ilustración para probar la capacidad de nuestras sociedades y ofrecer una alternativa: Un Mundo Feliz.

III. ¿EXISTE UNA ALTERNATIVA FRENTE A "UN MUNDO FELIZ"? DE LA ÉTICA AL DERECHO

La definición de las reglas sociales implica que nos cuestionemos acerca del papel del derecho respecto del desafío abierto por el desarrollo de las ciencias biomédicas.

El conflicto entre el mundo del derecho y las ciencias de la vida conlleva algunas consecuencias importantes: el temor de que esto abra el camino hacia enfrentamientos liberticidas o la esperanza de que logre apaciguar los temores sociales generados por la intervención sobre los seres vivos.

Bajo esta perspectiva, esperamos que tanto el derecho como sus actores sean capaces de generar un orden jurídico capaz de gobernar y, por lo tanto, de reconocer las actividades relacionadas con la ciencia de la vida. La demanda al derecho es una demanda de orden y de paz social, y esto implica la búsqueda de un equilibrio, así sea evolutivo.

Esta demanda, que linda con la angustia existencial, es una muestra de la crisis modernista que vive nuestra civilización.

1. La sed de derecho

Esta nace de la situación en que viven nuestras sociedades actuales que "mucho se esfuerzan por encontrar los referentes que permitan establecer la velocidad con la que cambian las cosas".

Mientras la modernidad construía con gran esfuerzo la creencia en las virtudes de la ciencia y la fe en el progreso de la condición humana, el posmodernismo confirma nuestra pertenencia a una sociedad del cambio; pero nos deja frente a una situación paradójica: “las mutaciones aceleradas que vivimos no tienen una salida racional uniforme”.

En lugar de una organización estructurada y duradera, la incertidumbre queda atrapada en una constelación de redes flexibles, localizadas, retroactivas. De esta manera, el derecho es necesario, más que nunca, para ofrecer sus referencias, sus métodos, o simplemente su *savoir faire*.

La atracción por el derecho se debe a lo que éste dice, a la manera en cómo lo dice y a la percepción que de él se tiene.

A. La búsqueda de una palabra

El debate sobre el “aumento del saber y del poder que los avances de la ciencia y de la técnica proponen, en bruto, a la sociedad”, ilustra perfectamente el peso de lo que se espera, individual o colectivamente, del derecho: expresar valores, proclamar principios, reconocer derechos, imponer límites.

Los comportamientos individuales y prácticas sociales —estén o no dentro de las normas— no escapan a esta reivindicación del derecho sustancial. Lo que surge, entonces, es la construcción de un derecho a la medida que, curiosamente, coincide con la emergencia de un derecho común de las ciencias de la vida. Las llamadas “leyes de la bioética”, como los textos internacionales, son concebidas con base en este modelo binario: proclamación de principios generales y debilitamiento de normas particulares.

Frente a la desconsideración de las ideologías, al rechazo o a la diversidad de las distintas morales, ¿dónde encontrar un lugar que permita explicar el vínculo que une a los hombres? Así, el derecho, gracias a su fuerza común, y a los principios que expresa, se erige como el último espacio de religiosidad. Su tarea es reunir las ramas de las prácticas en un tronco común.

B. La voluntad de participar en la elaboración de la norma social

La forma en la que el derecho dice las cosas genera atracción entre los actores del derecho. Actualmente, ya nada es impuesto solamente por la fuerza del sistema jurídico, todo es resultado de una negociación. A los clásicos representantes de los distintos intereses sociales vienen a sumarse los nuevos actores y mediadores: científicos, por un lado, expertos y comités de bioética por el otro. De lo que se trata es de adaptar las normas a las circunstancias concretas y, si es posible, de lograr su eficacia con el mínimo de coacciones. El derecho debe ser flexible para adaptarse: el bioderecho es un buen ejemplo de experimentación legislativa que supone la posibilidad de reencontrar su obra.

C. La búsqueda de una nueva dimensión colectiva

Finalmente, la pasión por el derecho que inspira a nuestras sociedades le otorga una nueva fuerza simbólica. Recurrir al derecho al mismo tiempo de modo que permita la construcción de una identidad individual y definir una pertenencia colectiva, se ha convertido en un símbolo de la defensa de la democracia pluralista y del Estado de Derecho.

2. El camino del derecho, ¿cómo leer la trama de nuestro futuro?

De esta relación pasional entre el derecho y las ciencias de la vida podemos percibir una línea que, aunque deja vislumbrar su fuerza, aún está incompleta. Aunque tenemos un paisaje colorido y múltiple, incluso algunos bosquejos de perspectiva, carecemos de una línea de fuga que atraviese todo el cuadro y que sea capaz de mostrar el final.

A. El derecho de las ciencias de la vida expresa una nueva realidad

De ese paisaje colorido y múltiple, por no decir cosmopolita, surgen, como un desafío a las costumbres y a la antropología, prácticas que

lucen los oropeles más recientes de la ciencia. Como consecuencia, nos vemos despojados de las ficciones sociales y de los gestos culturales que otorgaban sentido a lo cotidiano: la sexualidad se ve separada de la procreación, el parentesco disociado de la sexualidad, la identidad confundida con lo biológico, el cuerpo desmembrado circulando en piezas sueltas.

Así, liberados tanto de las leyes biológicas como sociales, podemos considerarnos completamente libres para elegir nuestro destino. De ahí la impresión de que el derecho de las ciencias de la vida es un bazar abigarrado. El rigor de unos puede compararse con el pragmatismo de los otros, la evolución de los derechos del hombre no prohíbe el desarrollo del comercio, el reconocimiento de la diversidad biológica y de su necesaria salvaguardia no impide la extensión de los derechos de propiedad intelectual a las biotecnologías, etcétera. La embriaguez que anima esta kermés de las ciencias de la vida, no puede disimular por mucho tiempo el formidable desafío de poder que genera este ejercicio de construcción-reconstrucción del hombre y de su universo. El poder de los intelectuales (médicos, juristas, filósofos y moralistas) se codea con el de los comerciantes. Unos y otros cuestionan, por otra parte, la legitimidad de la intervención en la lógica de las relaciones Norte-Sur.

B. Las vías del derecho

Dentro de esta red de actividades, intereses y decisiones, existen vías que canalizan la actividad jurídica: la especialización, la institucionalización y la internacionalización. El abanico de posibilidades del bio-derecho se abre a un amplio mercado: así como cada técnica médica aplicada al hombre tiene un derecho propio, las biotecnologías también generan nuevas ramas en el derecho de la propiedad intelectual, derecho del medio ambiente, etcétera.

La especialización del derecho de las ciencias de la vida ha conducido a una globalización del enfoque jurídico, se trata de la "nebulosa del bio-derecho".

Otro avance del derecho de las ciencias de la vida es su propensión a crear nuevas instituciones —comisiones de ética y comisiones técnicas especializados— cuyas funciones periciales y mediadoras pueden parecer evidentes pero cuya función política plantea

una nueva interrogante sobre la capacidad de los sistemas políticos para generar modos de discusión y decisión adaptados al debate actual de la bioética.

Por otra parte, la dimensión internacional del derecho de las ciencias de la vida ya es un hecho, y la consideración equilibrada de la lógica de las ciencias de la vida, la de los derechos individuales y la de un derecho a la solidaridad, se inscriben en la definición de un nuevo orden internacional.

3. Los límites del derecho de las ciencias de la vida

A. "Ubi Societas, ibi Jus"

Al contrario de lo que los rumores pueden hacernos creer, no se les puede pedir todo a los juristas y menos aun al derecho.

El empeño de uno y otro en responder la pregunta "¿qué uso se le debe dar a la técnica?" resulta vano ante la ausencia de politización, es decir, ante la ausencia de un debate social. Este empeño supone información y reflexiones previas: no puede afirmarse sin la búsqueda de un soporte social, pues como lo señala Gérard Cornu, "la decisión le corresponde a la ciudad, no a la ciencia"; en otras palabras: "la decisión es política no científica".

El derecho que no es sólo técnica no puede renunciar a su dimensión política, pero no puede construir ésta sin un "suplemento de conciencia" que supone que el jurista puede expresar además de una opinión técnica o personal, una opinión que implica una elección social.

Ahora bien, esta expresión no es ni evidente ni unitaria en la sociedad posmoderna, una sociedad pluralista en sus elecciones y diversa en sus fuentes normativas.

B. La sociedad del riesgo y el derecho

El malestar que trasciende de la realidad normativa a las ciencias de la vida, la casuística o el principismo, se explica, antes que por una inadaptación del derecho, por la necesidad de construir un Estado de derecho diferente, un Estado que tome en cuenta el riesgo relacionado con las aplicaciones de la ciencia, y esto no sólo como fenómeno social sino como certeza política.

Si tomamos en cuenta que, en efecto, el riesgo define la relación del hombre con la naturaleza y, por lo tanto, que él es el principio de politización e institucionalización de la política, es necesario que nuestras instituciones se adapten a los riesgos a los que nos enfrentamos. Ahora bien, mientras aumenta la conciencia de los riesgos también aumenta nuestros miedos.

Más aún, dado que el hombre y su técnica son vistos como responsables del origen de las catástrofes contemporáneas, éstas se hacen posibles en todo lugar y en todo momento, mientras que el azar de las leyes naturales o divinas nos protegían en medio de los desórdenes, ciertamente imprevisibles e irresistibles, pero aleatorios.

Frente a este vértigo de libertad, podríamos afirmar lo mismo que Gilbert Hottois: “ante la prohibición absoluta y definitiva que muchos desean imponer a la clonación humana reproductiva, el dogmatismo y el absolutismo aparecen como los mejores remedios contra el miedo a la libertad”.

C. *¿Cuál es entonces la utilidad del derecho?*

Para no caer en un procedimentalismo incapaz de proporcionar respuestas a las interrogantes planteadas, ni en un dogmatismo moral peligroso para las libertades fundamentales, es necesario ordenar y pensar lo múltiple de manera que nos permita producir actos políticos.

A pesar de que actualmente el Estado sigue ocupando una posición privilegiada en la producción normativa, ya no podemos decir que le corresponda sólo a él, el área de las ciencias de la vida y el poder sobre los cuerpos de los individuos que conforman la sociedad.

Anteriormente el rey y sus súbditos formaban un todo, la nación se confundía con el Estado; hoy en día el cuerpo social reivindica su autonomía colectiva y se convierte en sociedad civil.

De este fenómeno se desprende la aparición de nuevas instancias encargadas de darle expresión a la sociedad civil, y los comités de ética son uno de los ejemplos más claros. Al mismo tiempo, aparecen procesos inéditos para la elaboración de normas.

¿Qué decir de la sociedad procedural que nace de esta gestión? ¿Debe ser condenada por su búsqueda de lo que es correcto en la bioética?

Anne Fagot-Largeault, citando a Karl Popper, nos dice que “debatir en lugar de matarse unos a otros es un avance moral decisivo”.

¿Será suficiente esto para asegurar una capacidad social de decisión?

¿No habrá que ir más allá y, concluir con François Ewald, que “luego de la institución de la democracia política en 1789 y de la institución de la democracia social bajo la tercera república, faltaría construir la democracia del riesgo? A esta obra es a la que el derecho debe contribuir.

LOS VALORES DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO. TRADICIÓN, ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad*. III. *Rigor*. IV. *Oralidad*. V. *Tradicción*. VI. *Nobleza*. VII. *Colegialidad*. VIII. *Honorabilidad y decoro*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace poco tiempo, nuestro estimado colega y profesor de nuestra Escuela, don Fernando Martínez García de León, me invitó a participar en una charla convocada por la Residencia Universitaria Panamericana.

El propósito era compartir con dicha comunidad académica nuestras experiencias y perspectivas en torno a la Escuela Libre de Derecho, como una institución *sui generis*, dedicada a la enseñanza del derecho en México, procurando dar cuenta de algunas de sus más notables “peculiaridades”, así como de las razones por las cuales ha mantenido, a lo largo de su casi centenaria historia, un elevado nivel académico y un reconocido y constante prestigio dentro de nuestro foro.

Como parte de nuestras conversaciones preparatorias para dicha charla, así como a partir de las discusiones que sostuvimos posteriormente a manera de conclusión de la misma, coincidimos en que la “clave del éxito” de nuestra Escuela se encontraba, en nuestro concepto, fundamentalmente en dos ámbitos bien distintos: el de sus métodos y el de sus principios.

Más aún, quedamos tan satisfechos con los resultados de nuestras conversaciones que hemos decidido, cada quien por separado pero

compartiendo en lo esencial los mismos puntos de vista, publicar sendos trabajos, donde habríamos de abordar estos temas, conviniendo entre ambos que yo trabajase, especialmente, el de los Principios o Valores de nuestra Escuela.

De esta manera, cuanto a continuación expondré, es en buena medida el producto de las referidas conversaciones, en que Fernando Martínez y yo coincidimos, en lo esencial, respecto de cuales son los valores propios y distintivos de nuestra Escuela.

Ahora bien, debo destacar igualmente, que la exposición específica sobre el contenido, tradición, actualidad y perspectivas de dichos valores, obedece estrictamente a mis propias ideas y convicciones personales, por lo que asumo toda responsabilidad por la misma y relevo en consecuencia a mi estimado colega, de cualquier falta que se me pueda encontrar sobre el particular.

Así las cosas, expuesta la anécdota y pendiente aún la introducción, sirva observar solamente a los efectos de la presentación del tema, que por cierto trataré de abordar de manera muy concisa, que si la Escuela es, como ha dicho con razón Herrera y Lasso, una “casa construida sobre roca”, “edificada sobre la roca viva del amor”, el terreno precisamente pedregoso y apropiado para la construcción sobre el que se ha levantado, es precisamente el de sus valores.

Valores, o sea, aprecio y estimación subjetiva de bienes y principios objetivos. Valores, o sea, posibilidad de apreciar dichos bienes en distintos contextos históricos, de manera también históricamente distinta. Valores, o sea, perspectivas personales relativamente diferenciadas, aunque convergentes en cuanto a sus fundamentos. Valores, o sea, valoraciones y re-valoraciones constantes sobre el ser de nuestra Escuela, que siendo leal a su tradición, debe permanecer igualmente abierta a su destino. Valores, en definitiva: comunidad de bienes, que en diversos contextos, son apreciados distintamente por un grupo de personas, que actualiza un legado histórico, convirtiéndolo en un proyecto para el futuro.

Por ello mismo, los valores de nuestra Escuela deben ser expuestos, conocidos, valorados y reevaluados, precisamente en la perspectiva histórica de la “gran asamblea de vivos y muertos” de la que hablara don Manuel Herrera y Lasso, donde, si acaso, debiéramos añadir también, siguiendo las ideas de Edmundo Burke, a las generaciones por venir.

En efecto, nuestros valores son patrimonio de una “asamblea de vivos”, o sea, de los “vivos en nuestra memoria”, de los “vivos en la actualidad”, y de los “vivos en nuestra capacidad de soñar” —a la que en reciente discurso nos ha invitado nuestro actual rector, don Ignacio R. Morales Lechuga— con el futuro de nuestra Escuela.

La Escuela Libre de Derecho debe ser pues, por sus valores, una gran asamblea de vivos: vivos del ayer, vivos del hoy y vivos del mañana; que vivan por la memoria, que vivan por la acción y que vivan por la ensoñación.

Así pues, desde la anterior perspectiva, los bienes, principios o fundamentos que a continuación expondré, habrán de remitir a la noción de sus diversas valoraciones históricas, precisamente con la intención de proveer a su recuerdo, a su vivencia y a su proyección futura.

II. LIBERTAD

La libertad, bien inapreciable según Paulo —*libertas inaestimabilis res est*—, es sin duda alguna el principio fundamental de nuestra Escuela.

En efecto, sólo desde la libertad puede entenderse su fundación en 1912, e igualmente, sólo a través de una recta comprensión de la libertad podremos plantearnos ahora su proyección futura, en vísperas de su primer siglo de existencia.

En este sentido, bien puede suscribirse todavía la expresión de don Gustavo R. Velasco, para quien “la palabra libertad”, era la “idea-fuerza” que orienta y conduce la vida de nuestra Escuela, retomando en este punto lo dicho por el entonces alumno, don Manuel Herrera y Lasso, en su discurso con motivo de la inauguración de la Escuela Libre de Derecho, en julio de 1912.

Ahora bien, conviene en primer lugar precisar conceptualmente y ubicar históricamente la naturaleza de la libertad reivindicada por los alumnos y profesores fundadores de nuestra Escuela, con independencia del detalle sobre la tradición liberal de la que abreva nuestra institución, para cuyo estudio es muy recomendable la monografía publicada por mi maestro José Manuel Villalpando César respecto de las correlaciones existentes entre la Institución Libre de Enseñanza en España y la Escuela Libre de Derecho.

De esta forma, me parece que podrá reconocerse, que al menos en sus principios, nuestra libertad significó, ante todo, la garantía de la necesaria independencia para asegurar la científicidad de sus estudios jurídicos.

En efecto, precursora de la autonomía universitaria, alcanzada tan sólo hasta el año de 1929, la Escuela Libre de Derecho buscó desde sus orígenes, como expresamente nos dice su Estatuto de 1912, “la enseñanza del derecho” como una actividad que sólo podía realizarse dentro de una “institución independiente del poder público y ajena a todo fin político o credo religioso”.

Así pues, la libertad conquistada en sus inicios y preservada a lo largo de su vida en medio de las vicisitudes y los afanes propios de toda institución autónoma, fue concebida fundamentalmente como una garantía científica de independencia frente al poder público, la ideología política y el credo religioso.

En este sentido se entiende la afirmación de nuestro rector, don Emilio Rabasa: “enseñar no es imponer principios, ni prohibir el examen de especiales doctrinas, ni inculcar dogmas para formar con ellos entendimientos subordinados”, así como también la más conocida definición de maestro, debida a la inspirada pluma del sucesor de la tradición constitucional de Rabasa, nuestro rector honorario don Manuel Herrera y Lasso, quien señalaba: “maestro es el guía que conoce los caminos, señala el derrotero; el que suscita ideas sin coerción que las imponga”.

Desafortunadamente, dicha independencia, que fue y es garantía de autonomía académica y baluarte de libertad respecto del propio gobierno interno, ha sido y es también, en cierta medida, razón explicativa de nuestra relativa soledad.

Somos una institución única, somos una institución única e independiente, pero somos también una institución separada y casi huérfana.

En efecto, salvo por el patrocinio —más bien honorífico— del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, la Escuela Libre de Derecho ha traducido su celo por la libertad en prevenciones y suspicacias que, por momentos, la han conducido a una relativa incomunicación, a un parcial aislamiento y a un cierto hermetismo.

De aquí que nuestra Escuela haya adoptado una condición casi insular, extraordinaria y formidable, pero también remota y separada

de nuestro foro, del resto de las instituciones de educación superior, del quehacer gubernamental, de los demás institutos de investigación y difusión de la cultura jurídica y de los propios operadores jurídicos internacionales y supranacionales. Y no precisamente por mantenerse fiel a sus orígenes o por ser coherente con su tradición, pues como bien observara nuestro también rector, don Raúl F. Cárdenas: “queremos vivir, no aislados del mundo, pero sí independientes y libres”.

Más aún, nuestra autonomía académica, como libertad necesaria para la enseñanza del derecho al margen del poder, la ideología y el credo, ha propiciado en algunos casos que la enseñanza de la jurisprudencia se haya reducido a una mera exposición de las solas normas jurídicas, como formas vaciadas de contenido social.

En efecto, la preservación de la “libertad científica del derecho” fue asegurada en muchos casos tras de los “barrotes conceptuales” de la “pureza metódica” propuesta desde hace alrededor de setenta y cinco años por el jurista vienés Hans Kelsen, queriendo ver en los fenómenos sociales de poder, en las ideologías políticas y en las enseñanzas religiosas, elementos extraños a la ciencia del derecho, que por su misma condición “metajurídica”, exorbitan sus limitaciones epistemológicas y comprometen su “asepsia” científica.

El resultado en estos casos ha sido, sin embargo, una formación jurídica incompleta, desentendida de nuestra realidad social y cultural, carente de un auténtico espíritu humanista y con un marcado perfil práctico de tendencias abiertamente tecnocráticas.

Lo cierto es que la Escuela debe en nuestros días, una vez conquistada y asegurada su “libertad de” —por recoger aquí algunas nociones generalizadas por Erich Fromm— replantearse nuevamente, la cuestión de su “libertad para”.

En efecto, nuestra Escuela tiene asegurada hoy su “libertad de” acción pues, sin duda alguna, se gobierna por sí misma, define sus contenidos académicos por sí misma y no depende de nada ni de nadie, más que de sí misma, para determinar sus rumbos y derroteros futuros.

Sin embargo, acaso debamos reconsiderar nuevamente su “libertad para”, enfrentándonos por un lado a la realidad social de su insularidad dentro de un mundo crecientemente globalizado, y por el otro, a la realidad científica planteada por las nuevas corrientes filosófi-

cas y dogmáticas, que han dejado muy atrás al positivismo formalista, reivindicando la "vitalidad" y la "pluridimensionalidad" del derecho como una realidad compleja, encarnada en los contextos socioculturales históricos del poder, de la política y de la propia religión, de las que no puede mantenerse ajena y a las que no le es lícito desatender, sino más bien reorientar. Como alguna vez observara el propio don Manuel Herrera y Lasso: "Esta Escuela no rinde culto a una Atenea sin ojos para la humanidad y sin corazón para el pueblo".

Hoy por hoy, según mi modo de ver las cosas, la Escuela debe darse a la difícil tarea de recoger por un lado su tradición libertaria —esforzadamente alcanzada y perseverantemente mantenida hasta nuestros días—, para buscar por el otro tender puentes con otras entidades e instituciones académicas y forenses del país y del extranjero, así como para definir mejor los contenidos de su *lectio* académica, a partir del reconocimiento —sin compromisos políticos, ideológicos o confesionales— de la naturaleza eminentemente polifacética de los fenómenos jurídicos, que exigen una formación humanística e integral capaz de abrazarla.

III. RIGOR ACADÉMICO

Una de las características más comúnmente reconocidas de los estudios jurídicos que se imparten dentro de nuestra Escuela, cuya impronta queda impresa de manera indeleble en el carácter de sus egresados, y permanece de generación en generación, gracias a la dedicación y exigencia renovada de sus profesores, es sin duda alguna el rigor académico.

La Libre es una institución rigurosa, su matrícula siempre sujeta a sus primaverales podas, sus alumnos acostumbrados al estudio serio, sus egresados, rigurosamente probados a lo largo de su carrera, ejemplo de acerada voluntad, acrisolada por un sistema académico, pedagógicamente controvertido, pero unánimemente reconocido como forjador de férreas personalidades y fijador duradero de sólidos conceptos. Como observara don Luis R. Lagos, la función de la Escuela es educar "por medio de la disciplina del estudio y de la formación de un criterio científico sólido".

Hay indudablemente rigor en la exposición magisterial de sus mejores profesores, hay rigor en el estudio y en la participación de la

mayoría de sus alumnos, hay rigor en la práctica unánimidad de sus exámenes orales anuales y, en definitiva y en general, hay un rigor incuestionable en la disciplina y en la formación de todos sus hijos.

Sin embargo, dicho rigor tradicional, principio fundamental de los estudios impartidos dentro de nuestra Escuela, ha mostrado también, en ciertos casos, algunas deficiencias que quizás ameriten una nueva revalorización.

En primer lugar, puede reconocerse que el rigor —a veces exagerado— de algunos exámenes, contribuye a que el principal incentivo para el estudio sea el temor, en detrimento de la curiosidad, del interés o del simple placer intelectual, como motores naturales e indispensables de todo proceso de aprendizaje.

Más aún, dicha motivación, independientemente de su eficacia en el corto plazo y según han probado las más recientes investigaciones pedagógicas, no tiende a garantizar la retención duradera de los conceptos, y contribuye en cambio a propiciar en los alumnos ciertas actitudes y conductas malsanas, como el temor reverencial hacia sus profesores, la frustración y el desencanto por el estudio y el propio ejercicio profesional y aún síntomas, en ocasiones agudos, de un estrés contraproducente para el verdadero aprovechamiento académico.

En segundo lugar, puede atribuirse al menos en parte a la rigurosidad de nuestro sistema académico, una cierta inclinación de nuestros alumnos y egresados hacia un aprendizaje exageradamente memorístico de muchas asignaturas, sin que en muchos casos la retención mnemotécnica de las normas y los conceptos, vaya aparejada de una comprensión profunda e integrada de los mismos.

Todavía más, dichas técnicas de aprendizaje, concentradas en la repetición automática de normas y conceptos, tienden a propiciar la formación de una mentalidad acrítica, carente de discernimiento, que acepta sin más la autoridad incontestable de leyes y doctrinas, sin cuestionar en profundidad sus fundamentos.

De esta manera, nuestros egresados asumen, sin mayores trámites, o un iuspositivismo práctico que se conforma servilmente con un sistema de leyes aprendidas de memoria, o un iusnaturalismo revolucionario que sigue pregonando la existencia de conceptos jurídicos universales y eternos, desentendidos de la realidad histórica y cultural de cada pueblo.

Peor aún, dicho aprendizaje repetitivo de normas y conceptos contribuye en gran medida a que los alumnos se formen una visión mutilada del derecho, que lejos de agotarse en dichas normas y conceptos, se encuentra encarnado ante todo en realidades sociales y en tradiciones culturales, específicas y determinadas.

Así las cosas, sin demérito de la indispensable exigencia y rigor que caracterizan y deben seguir caracterizando a nuestra Escuela, parece conveniente atemperar los anteriores defectos, con el propósito de asegurar un mejor aprovechamiento académico y garantizar así una mayor excelencia profesional para nuestros egresados.

Para estos efectos, quizás convenga que los profesores de la Escuela busquemos formas más pedagógicas de suscitar la curiosidad y el interés entre nuestros alumnos.

Podría propiciarse, por ejemplo, una participación más espontánea dentro de las clases, promoviendo así el estudio continuo, a través de diversos métodos de evaluación periódica que pueden ir, desde preguntar la clase pasada, hasta recomendar la elaboración de trabajos de investigación o la realización de presentaciones en equipo. Podrían también alternarse excepcionalmente con las exposiciones regulares, dependiendo del contenido de cada materia, actividades de campo tendientes a acercar a los alumnos a la vivencia experiencial de actos jurídicos concretos y hasta organizarse charlas con profesores invitados y foros de discusión y debate, que además de romper con la monotonía del curso anual, puedan servir para reforzar contenidos específicos o para suscitar impresiones o emociones, fundamentales en la formación integral del jurista.

De esta forma, sin sacrificar las indudables bondades del método magisterial dialógico, generalizado en nuestra Escuela, se pueden también emplear otras técnicas auxiliares para fomentar la participación y el estudio continuos, que sirvan adicionalmente para romper con la rutinaria dinámica de un curso anual, elevando a su vez el interés y la motivación de los estudiantes.

Por último, por lo que respecta al rigorismo normativista y conceptualista del que en algunos casos se resienten los egresados de la Libre, puede y debe contrarrestarse al menos de dos maneras. En primer lugar, asegurándonos de que en nuestros planes de estudio, se conserven e inclusive se adicionen, las materias y seminarios formativos de la mentalidad del jurista, tendientes a recordarles a nuestros

alumnos que el derecho es una realidad compleja y polifacética, que supone al menos la comprensión de sus dimensiones humana, social, ética, normativa e histórica, pues efectivamente, en las palabras de nuestro rector, don Miguel Ángel Hernández Romo: "El derecho no es una ciencia acartonada para retóricos y apologistas, peritos en silogismos vacuos; el derecho es una realidad viva, palpitante, cuyo ejercicio enaltece a los que la profesamos, como caballeros andantes de la justicia".

Más aún, partiendo precisamente de esa condición "viva, palpitante" del derecho, es que debemos retomar la exhortación de nuestro también rector, don Pedro Lascuráin: "Enseñemos en nuestra Escuela el Derecho, como debe ser enseñado, no en la letra sin espíritu". En las palabras igualmente significativas de don F. Javier Gaxiola Jr., nuestra Escuela, más que formar abogados, debe producir "pensadores capaces de resolver los problemas que nos agitan, hombres de acción que sientan la vida y que no la sacrifiquen al articulado del Código".

Ahora bien, en segundo lugar, es igualmente necesario que las exposiciones dogmáticas de las diversas asignaturas técnico-jurídicas que forman la *lectio* informativa de la profesión del abogado, insistan en la vinculación existente entre las instituciones jurídicas y las instituciones sociales, entre las normas legales y las realidades reguladas por ellas, entre los conceptos doctrinales y los contextos y las tradiciones culturales a los que pertenecen, haciendo siempre hincapié en la necesidad de que los operadores jurídicos no se limiten a la aceptación y aplicación acrítica de dichas normas y conceptos, sino que más bien se concentren en su permanente revisión, a efectos de acomodarlos mejor a los nuevos contextos sociales, siempre dinámicos, que exigen a su vez de nuevas y hasta novedosas reorientaciones jurídicas.

IV. ORALIDAD

Un principio que define muy bien el temperamento de la Escuela Libre de Derecho es el de la oralidad. En efecto, muchos de sus más destacados profesores y egresados han sido excelentes expositores, conferencistas y oradores, su sistema de evaluación ha sido y es indubitablemente oral y muchas de sus tradiciones, anécdotas y referen-

tes, se han preservado de generación en generación, precisamente de manera oral.

La oralidad es, pues, a no dudarlo, un principio fundamental en la Libre. Y, precisamente alrededor de dicha oralidad, se han desarrollado a su vez algunos de sus más característicos perfiles. Desde la repetición de los dichos y los hechos de sus profesores, hasta la exposición magisterial, rara vez basada en "libros de texto" y normalmente improvisada a partir de lecturas específicas y experiencias profesionales concretas, pasando por la conformación de ciertos patrones, gestos y expresiones, compartidos por grupos de profesores y de alumnos pertenecientes a la tradición de determinadas asignaturas o de particulares maestros, la oralidad ha sido y es, simultáneamente, técnica de enseñanza, método de evaluación y sello distintivo de los miembros de la Escuela Libre de Derecho.

Así las cosas, la expresividad oral, en otro tiempo indispensable para la formación del abogado (*ad vocatus*, el llamado a hablar por otros), sigue siendo un extraordinario recurso para los egresados de nuestra Escuela, facilitando su ejercicio profesional, ayudando sus quehaceres académicos y sazonzando su trato personal con el condimento de la palabra fácil, rápida y elocuente.

Sin embargo, la oralidad también ha tenido sus bemoles a lo largo de la vida de la Escuela, pues su natural inmediatez, su espontaneidad y su fuerza expresiva, comprometen hasta cierto punto su perdurabilidad, su precisión y su reflexividad.

Peor aún, como reza el adagio antiguo: *verba volant, scripta manent*, o sea, las palabras vuelan, lo escrito permanece. De hecho, es bastante frecuente escuchar, tanto en los pasillos de la Escuela, cuanto fuera de su recinto en el foro, que sus egresados y sobre todo sus profesores, no escriben, que la Libre es una institución ágrafa, donde la palabra oral ha desplazado por completo a la palabra escrita.

Y es que la oralidad tiene sus indudables limitaciones. No obstante que, en efecto, la enseñanza oral ha mostrado ser extraordinariamente eficiente en la formación práctica de los juristas, desde la época del *tirosinium* tradicional romano a través del *respondere docendi*, pasando por las *quaestiones* y las *disputatio*s medievales, lo cierto es que supone, en el plano estrictamente epistemológico, un primer momento, vital e indispensable, que sin embargo requiere, igualmente, de un segundo momento de maduración posterior, reflexivo y ordenado.

La fuerza pedagógica de la enseñanza oral requiere pues, como de su complemento necesario, de la serenidad escrita. Y, lamentablemente, el magisterio oral de varias generaciones de reconocidísimos profesores de nuestra Escuela, no ha alcanzado esta forma de preservación y madurez científica, en perjuicio sobre todo de las generaciones posteriores, que no han podido conocer su magisterio, sino por las mismas referencias orales, indirectas y fragmentarias, de quienes fueron alumnos o discípulos suyos.

De esta forma, las evidentes ventajas de la enseñanza oral, o sea, su inmediatez, su personalidad, su espontaneidad, su relativa informalidad, su eminente practicidad y su fuerza expresiva y pedagógica, a cuyo calor pueden llegarse a conformar importantes ideas, métodos y conceptos científicos, se van evaporando con el paso del tiempo, impidiendo la acumulación y maduración colectiva de enseñanzas, que de haberse preservado por escrito, habrían servido de precioso sedimento para abono y cultivo de subsecuentes cosechas intelectuales.

Más aún, en la Escuela no sólo no se escribe, o si se prefiere no sólo se escribe poco, sino que igualmente, la Escuela misma se escribe poco a sí misma.

Dejando a un lado la notable obra de mi maestro don Jaime del Arenal Fenochio, especialmente los ensayos recogidos dentro de su libro *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho* y su más reciente nómina bio-bibliográfica *Los Juristas de la Libertad*, así como la muy difundida síntesis abreviada de la historia de nuestra Escuela, redactada por mi también maestro José Manuel Villalpando César, *Una historia viva*, el investigador interesado en la Libre tan sólo encontrará documentos aislados y monografías sobre temas más bien específicos.

Fuera de los notables esfuerzos de síntesis histórica sobre los orígenes de la Escuela hechos en 1928 por don Germán Fernández del Castillo y más recientemente, en 1993, por don Javier Garcíadiego y de los recuentos conmemorativos dentro de los cuales es justo recordar, por su valor historiográfico, el del *70 Aniversario de la Escuela Libre de Derecho 1912-1982* y el más reciente y bellamente ilustrado *Escuela Libre de Derecho. Tiempo y Memoria 1912-2002*, lamentablemente puede suscribirse todavía la observación hecha hace casi un cuarto de siglo por don Manuel López Medina: "No contamos

con una Historia que, elaborada bajo un plan estrictamente sistemático, comprenda dentro de lo posible el tratamiento de todos los aspectos significativos del pasado de la Escuela —internos y externos; legales; académicos: docencia, investigación y difusión jurídicas; administrativos; estadísticos; sociales; comparatísticos, etcétera— y los trate con la metodología y la crítica históricas adecuadas”.

Sin embargo, los tiempos nos favorecen, pues de cara al primer siglo de vida de la Libre de Derecho, parece ofrecérsenos una coyuntura privilegiada para corregir los anteriores defectos propios de una tradición predominantemente oral.

En efecto, los preparativos y las celebraciones propias del centenario, le ofrecen a la Escuela una oportunidad privilegiada para emprender una gran convocatoria entre sus profesores y egresados, tendiente a recoger por escrito su historia, sus anécdotas, sus enseñanzas.

Igualmente, gracias a los meritorios y apreciables esfuerzos hechos desde la Secretaría Académica, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Fondo para la Difusión del Derecho de nuestra Escuela, actualmente vivimos un momento extraordinario, en donde la convocatoria para la realización de libros colectivos de homenaje, de obras colectivas de contenido temático y sobre todo de manuales elementales y tratados sobre las diversas materias jurídicas, puede contribuir poderosamente a enriquecer la oralidad de nuestra Escuela con una nueva y complementaria tradición escrita.

Ojalá que a quienes nos quepa el inmenso privilegio de celebrar el magno evento conmemorativo del primer siglo de vida de nuestra Escuela, sepamos estar a la altura de nuestros tiempos, para recoger los frutos cuidadosamente sembrados y cultivados por las generaciones anteriores, cuya abundante cosecha, nos tocará en suerte levantar.

V. TRADICIÓN

La Escuela Libre de Derecho es, desde todos los puntos de vista, una institución tradicional. Sus formas, sus protocolos, sus ceremonias, sus anécdotas, sus métodos, sus estudios, su prestigio, su excelencia y las figuras mismas de sus profesores y egresados, nutren un espíritu, eminentemente tradicionalista, que encuentra su propia identidad a partir de la recordación (del latín *re*, vuelta, regreso y *cor*, *cordis*,

corazón, volver y regresar con el corazón) y de la remembranza (de nuevo *re*, y *mens*, *mentis*, mente, volver y regresar con la mente).

Efectivamente, la Libre se nutre en primer lugar de sus recuerdos, que evocan las figuras, a veces extraordinarias, otras veces pintorescas, pero siempre entrañables, de sus fundadores, de sus rectores, de sus secretarios, de sus profesores, de sus ex alumnos, e incluso del propio personal administrativo al servicio de la Escuela. Recuerdos que nos transportan también a sus primeras ubicaciones, a sus anteriores dependencias, a sus antiguos salones de clase.

Sus primeros recuerdos, hunden por supuesto en los pesimistas augurios de su primer rector, don Agustín Rodríguez, quien llegó a decir que “no hay que contar con que la Escuela durará después de las aguas primaverales”.

Se proyectan en sus primeros años de supervivencia, hasta llegar en 1914 al inmueble del número 10 de la Calle del Carmen, de la que don Germán Fernández del Castillo hace una colorida reseña, incluyendo una anécdota muy digna de recordarse, relacionada con una panadería regentada por unos propietarios chinos, establecida dentro de la bodega accesoria al edificio sede de la Escuela. Cuenta así Fernández del Castillo: “Sucedió que el negocio de los panaderos iba mal, y en alguna ocasión el personal del Juzgado se presentó con la pretensión de practicar un lanzamiento; nunca hubiera tratado de hacerlo; no sé si fueron precisamente los alegatos de tantos futuros abogados lo que hizo que la diligencia no se practicara, o lo imponente, que siempre lo es, de un número más o menos grande de estudiantes alborotados; el caso es que nuestros amigos jamás volvieron a ser objeto de molestias de esa naturaleza”. En fin, que más allá de lo aparentemente episódico de esta anécdota, parece indudable que a ella se remonta la costumbre, todavía hoy conservada por algunos hasta hoy, de llamar “chinos” a los ayudantes de la cafetería de nuestra Escuela.

Nos llegan igualmente recuerdos de la Libre de Basilio Badillo, como los que nos lega nuestro constitucionalista don Elisur Arteaga Nava: “El edificio marcado con el número 43 de la calle de Basilio Badillo estaba escasamente iluminado, era frío, tan frío como la época de exámenes. Originalmente sólo contó con cinco salones de clase, los indispensables para los años que integraban el curso de la carrera; los correspondientes al primero y quinto años se encontra-

ban en el mismo piso de las oficinas de la rectoría y secretaría, para tener bajo control a gente alborotadora, los de reciente ingreso, por desconocer la disciplina de la Escuela, los próximos a salir de ella, por conocerla demasiado. Contaba con un amplio y sobrio salón de actos en el tercer piso. Había uno que otro salón para los cursos de seminario. La biblioteca se encontraba en la planta baja, precisamente la más ruidosa; era el sitio más frío y oscuro; contaba con enormes e imprácticos libreros. Del claustro muchos voces resuenan aún en los oídos de los que allí se formaron, así como la cariñosa y paternal de don Manuel Herrera y Lasso; la metálica y precisa de don Jerónimo Díaz, civilista ejemplar; la del caballero cabal, la de la figura elegante y sicapre de luto de don Javier de Cervantes; la coloquial y alegre de don Joaquín B. Ortega; todos ellos y muchos otros, ya idos”.

Y en fin, para las nuevas generaciones, recién llegadas a las sólo recientísimamente lujosas aulas de nuestra Escuela, incluso se me presentan recuerdos personales sobre la condición de nuestro actual inmueble de Vértiz 12, antes de la remodelación hecha bajo la gestión de don Mario Becerra Pocaroba, muy propios para ser traídos a colación aquí.

Los ladrillos descoloridos que revestían sus paredes dándole un aspecto de lúgubre descuido, el piso entre blancuzco y amarillento de baldosa punteada que le daba al edificio en su conjunto un cierto aspecto de abandono y suciedad. La dependencia, contigua al actual salón de exámenes profesionales, e inapropiada en grado extremo para albergar nuestra magnífica colección bibliográfica y hemerográfica, que funcionó como improvisada, oscura y gélida biblioteca, incapaz de acomodar en su estrechez a las huestes estudiantiles que afluían después de la clase de nueve de la mañana. Figuras hoy ausentes y hasta añoradas, como nuestro conserje y casi secretario adjunto de la Escuela, don Santos, cuya figura omnipresente, inconfundible, siempre malhumorada y casi hierática, sazónaba con un dejo de hostilidad la sobrecogedora apariencia física que ofrecía para entonces nuestra Escuela. Apariencia superficial sin duda, detrás de la cual, se encontraba oculta la realidad profunda de una institución libre, exigente, generosa, tradicional, honorable y colegial, donde todavía enseñaba Sociología el genial don Martín Díaz y Díaz, Historia don Julio Montejano Hilton y Romano nuestro re-

cientemente fallecido rector, don José Luis de la Peza. Donde aprendimos tantas y tantas generaciones el significado de la amistad, del amor, de la humanidad, de parte de nuestro entrañable maestro don Jorge Pineda Villarreal. Tantos recuerdos, pero, en fin, no es este el lugar para hacer su recuento pormenorizado.

Decía algunos párrafos arriba, que nuestra tradición arraiga en los recuerdos y en las remembranzas. Los recuerdos, que suscitan la añoranza, inefable y agridulce mezcla de nostalgia y emoción y las remembranzas, que nos ayudan a saber quiénes somos, a partir de nuestro lugar de origen, para la necesaria búsqueda de nuestro final destino.

La tradición tiene pues que ver con ambas, emociones y sentimientos por un lado, y por el otro, orígenes, identidad, proyectos y destinos.

Más aún, en tanto que tradición, es legado que se entrega —*traditio, trajere*— y que se recibe, es decir, que aunque nos viene de antaño, se recibe en la actualidad y se aprovecha precisamente para el porvenir.

De aquí que nuestra rica y orgullosa tradición no debe ser en modo alguno anclaje en el pasado, sino por el contrario, impulso para el futuro, según sugiere la exacta máxima de nuestro Premio Nobel, Octavio Paz, quien con tanta razón observara que “la búsqueda de un futuro siempre termina con la reconquista de un pasado”.

De esta forma, nuestra tradición no debe agotarse ni en el anecdotario de los recuerdos ni mucho menos en el ideario conservador de remembranzas, sino que más bien debe recibirse hoy por nuestra Escuela, precisamente según su modo de ser de hoy —*quidquid recipitur ad modum recipientes recipitur, lo que se recibe se recibe al modo del recipiente*—, para su proyección futura en el mañana.

En efecto, como observara el gran filósofo español don José Ortega y Gasset respecto del Estado, siendo válidas en general sus aseveraciones para cualquier comunidad social histórica, incluida la Escuela Libre de Derecho: “No es la comunidad anterior, pretérita, tradicional o inmemorial —en suma, fatal e irreformable—, la que proporciona título para la convivencia política, sino la comunidad futura en el efectivo hacer. No lo que fuimos ayer, sino lo que vamos a hacer mañana juntos, nos reúne en el Estado”.

El sentido pues de nuestra tradición, de nuestros recuerdos y nuestras remembranzas, no debe ser otro sino precisamente un profundo sentido de actualidad, de misión y de destino.

A la manera en la que los romanos, pueblo temperamentamente tradicionalista aunque eminentemente pragmático, supieron equilibrar con inigualable maestría la veneración por sus ancestros —*veteres* y *manes*— y por sus costumbres e instituciones —*mores maiorum*— con la necesaria exigencia de actualizar y proyectar su legado para el porvenir, ofreciéndonos una figura extraordinariamente sugestiva en el dios Jano, cuya bifacialidad le permitía ver, con toda claridad y al mismo tiempo, el pasado y el futuro, para comprender así las circunstancias del momento actual, la Escuela Libre de Derecho necesita volverse sobre su tradición, para reformarse en vistas de su nueva misión.

Sólo desde ese sentido de profunda renovación tradicional pueden entenderse las memorables palabras de don Manuel Herrera y Lasso: “El día en que los alumnos de la Escuela Libre de Derecho no tengan el mismo ímpetu de quienes la fundaron, ese día o se acaba la Escuela o permanece en calidad de momia”.

Solamente desde dicho sentido rejuvenecedor de nuestra historia pueden entenderse las igualmente aprovechables exhortaciones de nuestro rector don Eduardo Trigueros Saravia: “En la Escuela tenemos muchas tradiciones, pero una de las más constantes y más hondas es que la ciencia que enseñamos no es una ciencia triste, lúgubre, sino alegre y vital. El derecho no es una disciplina melancólica; tampoco la Escuela es un claustro oscuro y medieval. Y si algo deja que desear, cambiémoslo... Mi exhortación casi equivale a esta otra: sed jóvenes... La Escuela Libre de Derecho no ha envejecido, decía yo el año pasado, porque posee una misión que realizar en el México de nuestros días, tan diferente del que la vio nacer y observó sus primeros pasos, y porque su tarea la sigue cumpliendo con eficacia y distinción”.

Únicamente en fin, desde ese sentido reformador de la “tradición-actual-proyectiva” pueden retomarse los conceptos vertidos por don Francisco García Jimeno cuando observaba: “Nuestra Escuela, al través de sus sesenta años de existencia, jamás ha sostenido tesis ni programas dogmáticamente rutinarios. No vegeta con la mirada vuelta hacia un pasado anquilosante, sino que ha vivido animada siempre de un recio ímpetu propulsivo encaminado a la investigación científica y su profesorado puede enorgullecerse con legitimidad, de impartir sus cátedras con arreglo a las más modernas corrientes de la ciencia jurídica”.

En definitiva, nuestros recuerdos y remembranzas, pertenecen a la gran asamblea de vivos de nuestra Escuela a la que me refería al principio de mi exposición y por ello su tradición viva y viviente, recorre su historia hasta nuestros días, abriendo su propia brecha hacia la eternidad.

VI. NOBLEZA

La Escuela Libre de Derecho es, sin duda alguna, una institución destacada, reconocida, en definitiva *no-ta-ble* (*notabilitas*, *nobilitas*) que descuella y que se deja admirar. La Libre es pues una institución noble, en primer lugar, por su condición sobresaliente, porque se distingue de todas las demás.

Más aún, la Libre es una institución noble por su exigencia. Contrariamente a la idea generalizada, que ve en la nobleza un estamento parasitario basado en el privilegio, la verdadera nobleza, en sus orígenes más genuinos, supone un esfuerzo aristocrático (del griego *aristos*, los mejores) de conquista y de superación.

Lo propio pues de la nobleza, es precisamente la obligación, el cumplimiento esforzado del deber; la excelencia, que es lo que la hace notable. En una expresión francesa muy difundida, *noblesse oblige*, se acusa claramente que lo característico de la nobleza es en definitiva la obligación.

A diferencia pues de la idea parasitaria de la nobleza hereditaria, que llevó a afirmar de sí mismo al, por lo demás gran poeta, Manuel Machado “no se ganan, se heredan, elegancia y blasón”, lo cierto es que la verdadera nobleza se alcanza por el servicio y se conquista con el esfuerzo, y el propio origen histórico de la nobleza, se encuentra así en el servicio esforzado a la República y a los demás, siguiendo en esto la idea cristiana, generalizada dentro del concepto de nobleza europeo, que se apega al consejo evangélico: “El que quiera ser el mayor, que sea vuestro servidor, y el que quiera ser el primero, que sea esclavo de todos” (Mc 10, 43).

En este segundo sentido, la Libre es también una institución noble, exigente y esforzada, que privilegia a su comunidad académica con obligaciones y deberes, indudablemente mayores de los comunes, comprometiéndola a su vez con servicios bien específicos.

Pero la Libre de Derecho es igualmente una comunidad noble en un tercer sentido. Como es sabido, durante toda la Alta Edad Media, el estamento noble estaba conformado fundamentalmente por la milicia y por la clerecía (*bellatores y oratores*) y solamente a partir de la Baja Edad Media y durante la primera Modernidad, se admitió una tercera vía de acceso a la nobleza: la toga.

Efectivamente, en la época de la Cristiandad amenazada por los normandos y los turcos, solamente las armas y los hábitos podían ennoblecer la vida; sin embargo en los tiempos de la Universidad, del Renacimiento y del Humanismo, el cultivo de las letras trajo con sus birretes y con sus ínfulas los nuevos emblemas de la “nobleza del espíritu”.

Dentro de nuestra tradición jurídica castellana, las *Siete Partidas* son un testimonio elocuente de la altísima condición y el distinguido tratamiento social debidos a los juristas, jueces y catedráticos, por donde incluso quienes provenían de las más humildes extracciones sociales, podían encumbrarse hasta las más altas posiciones sociales a través del estudio.

En este tercer sentido, nuestra Escuela es también una institución noble, cuya exigencia ennoblece, por el esfuerzo, a sus egresados, buscando la conformación de una elite intelectual, que no tenga por presupuesto la pertenencia a una elite social, política o económica.

En efecto, dentro de la Libre convivimos cotidianamente alumnos, profesores y ex alumnos de muy heterogénea extracción social y económica, hermanados por nuestra común pertenencia a un tipo de vida noble, donde el reconocimiento de que gozamos obedece sobre todo a nuestros méritos y esfuerzo personal.

Finalmente, un último dato característico de la nobleza de nuestra Escuela es su liberalidad. Desde su Estatuto de 1912, que estableció dentro de su artículo 4 como una disposición fundamental e irreformable que: “El servicio de los profesores será necesaria e invariablemente gratuito”, la Libre consagró para sus maestros una vocación de servicio, remunerada con el solo honor.

La liberalidad en el ejercicio de la cátedra, la liberalidad en el cobro de las colegiaturas y los apoyos brindados, tanto por la Escuela a título institucional, cuanto por algunos profesores a título personal, en auxilio de aquellos alumnos que lo necesitan, son una prueba extraordinaria de su indiscutible nobleza.

En este sentido, me complace grandemente constatar como el actual gobierno de la Escuela ha tenido a bien comunicar, por carta de nuestro rector, don Ignacio R. Morales Lechuga, el Acuerdo tomado por la Junta Directiva con fecha 23 de febrero de 2005, donde se acordó, junto con otras medidas tuitivas de interés, que: “la Escuela asumirá el riesgo de orfandad en el caso del fallecimiento de quien sostenga económicamente a los alumnos, apoyándolos, si lo necesitan, con todo o parte del costo de la colegiatura, durante el tiempo de sus estudios de abogado con nosotros”. Sin duda que la anterior disposición, fiel al noble ideario de nuestra Escuela, muestra que prohiendo la orfandad de su estirpe, la Libre se asegura de una buena dinastía para el porvenir.

Ahora bien, la indudable nobleza que caracteriza a la Escuela Libre de Derecho, le supone también, en cierto sentido, no pocos riesgos y le procura a su vez, a sus propios miembros, peligrosas tentaciones y pruebas.

El primero de ellos es el riesgo-tentación de “dormirnos en nuestros laureles” y convertirnos en una nobleza hereditaria y parásita que viva de sus glorias pasadas.

El segundo peligro-prueba es el ensoberbecimiento, que nos aleja de nuestros colegas, nos desconecta de nuestro mundo y nos impide el ejercicio de la autocrítica, indispensable para la preservación y reajuste de toda actividad humana.

Una tercera tentación puede ser la de convertir nuestra nobleza en las exquisiteces de un “mandarinismo” que, a fuerza de querer sublimar lo excelente, haga del derecho y de la jurisprudencia una ocupación de sibilinas, perdidas en un bosque de sutiles bizantinismos.

Por último, debemos prevenir nuestra nobleza del escándalo; la nobleza es fama y cuando la fama se pervierte, infama y hace infames.

Si la verdadera nobleza es tensión, deber, esfuerzo, obligación y servicio, la única manera de preservarla será precisamente reconquistándola todos los días.

VII. COLEGIALIDAD

La Libre es, como observaba anteriormente, una asamblea de vivos; una asamblea de vivos cuya vida misma es la libertad, cuyo carácter propio es el rigor, cuya identidad específica está en su tradición

proyectiva, cuya expresión se encuentra en la palabra oral y cuya condición diferencial es la nobleza. Pero también, y muy especialmente, nuestra Escuela es un colegio y, sobre todo, una comunidad de colegas.

Colegas, que significa precisamente, compartir una vinculación o liga que nos une especialmente con nuestra *alma mater* y que nos unifica también entre nosotros mismos. Colegas, es decir, miembros de un colegio que nos identifica entre nosotros y que nos diferencia también de los demás. Colegas, esto es, pares distinguidos que acusan un mismo sentido de pertenencia, una igual corresponsabilidad sobre el bienestar y el prestigio de la Escuela y que se tienen entre sí las consideraciones y las deferencias que se deben, como miembros que son de una misma institución distinguida.

No me cabe la menor duda de que el merecido prestigio que goza la Escuela Libre de Derecho, su extraordinaria presencia —cuenta habida sus modestas dimensiones, el reducido número de su matrícula y la exigua nómina de sus egresados— en la administración pública, en el foro y en la academia, se deben, acaso primordialmente, al profundo sentimiento de solidaridad colegial que mantiene unidos a todos sus egresados.

Don Manuel Herrera y Lasso observaba con razón, con motivo del XXV Aniversario de la Libre, como la “virtud esencial [de la Escuela] radica en el sentimiento de amistad”, puntualizando con su siempre elegante estilo oratorio: “Dice una clásica máxima ‘*Amicitia pares invenit aut facit*’ (‘La amistad encuentra iguales o los hace’). En la Escuela Libre de Derecho, salvo el respeto que los alumnos han tenido siempre para sus profesores, todos somos iguales. Como la academia socrática, la Escuela es una libre reunión de amigos”.

Como notaba, igualmente con todo acierto don Gustavo R. Velasco, con motivo del L Aniversario de la fundación de la Libre de Derecho: “En la fundación de la Escuela tomaron parte hombres de todas las tendencias, liberales como don Miguel Macedo y don Emilio Rabasa; católicos fervientes como don Agustín Rodríguez y don Francisco León de la Barra; porfiristas y antiporfiristas; conservadores e innovadores. Este fue uno de los aspectos más admirables de nuestra creación y esta ha sido una de las más nobles y fructuosas características de la Escuela. Quienes la fundaron demostraron que eran capaces de asociarse en aras de un propósito común, para realizar una

empresa que interesaba a todo, y de subordinar a ella sus diferencias ideológicas. Desde entonces quedó establecido, como declaró don Miguel Macedo: ‘Todos aquí, incluso los individuos del cuerpo docente, tenemos nuestras opiniones y creencias, nuestras aspiraciones, nuestros ideales. Faltaríamos a grandes deberes si fuésemos como materia inerte. Pero en los muros de nuestra Escuela se estrella el torbellino de las agitaciones sociales y la tormenta de las pasiones pierde su fuerza’.”

Un viejo adagio, perteneciente a la tradición moral cristiana, observa con toda razón: *frater qui a fratre adiuvatur, quasi civitas firma*, o sea, que el hermano que ayuda a su hermano y que recibe igualmente del mismo su ayuda, es como una ciudad fuerte y amurallada. ¡La Escuela Libre de Derecho es y seguirá siendo una ciudadela inexpugnable, mientras permanezca acuartelada tras de los inquebrantables muros de su colegialidad!

Y es que, efectivamente, como ha dicho con razón nuestro rector, don Mario Becerra Pocoroba: “La Escuela genera un sentimiento de compañerismo excepcional, propio de quienes se saben pertenecer a un grupo social privilegiado por la educación que han recibido y por lo mucho que cada uno entregó para obtenerla”, concluyendo sobre el particular: “los amigos que en ella se obtienen lo son para toda la vida”.

Ahora bien, el principio de la colegialidad no siempre ha sido igualmente valorado por los hijos de la Escuela.

El derecho se realiza, como observara Rodolfo von Ihering en su *Lucha por el derecho*, en oposición a la injusticia, y lo propio de la profesión del abogado es la polémica, el enfrentamiento, el antagonismo y la adversidad.

Y los hijos de la Libre, en razón de su protagonismo dentro de los diferentes ámbitos de su práctica profesional, han tenido, en más de una ocasión, que polemizar y enfrentarse, defendiendo intereses contrapuestos y antagónicos en condición de adversarios. Y ha sido también, precisamente en el punto de encuentro de sus intereses profesionales, académicos, políticos y económicos, que se ha puesto en peligro este principio fundamental de la solidaridad colegial.

Sucede a mi entender, que aunque en la Escuela se conforman efectivamente vínculos de compañerismo y amistad duradera, que van estableciéndose de manera enteramente espontánea, la verdade-

ra amistad, que no sólo es relación afectiva, sino virtud consumada —como observara Cicerón—, exige el cultivo de ciertos hábitos tendientes a preservarla, incluso en circunstancias difíciles y en condiciones de prueba.

A estos efectos, conviene que se sigan enseñando dentro las clases de Deontología jurídica, los principios que deben guiar las relaciones entre colegas.

En primer lugar conviene que se insista mucho en que los colegas se deben tratamiento de iguales y consecuentemente han de prodigarse todas las deferencias que su condición de pares exige.

En segundo lugar, debe rememorarse como históricamente la colegialidad entre los magistrados romanos, encontraba su momento culminante en el veto o *intercessio*, que suponía una oposición frontal de un magistrado, respecto de su colega de magistratura. Dicha rememoración servirá para ayudar a los alumnos a mejor comprender, que las relaciones de oposición, no significan animadversión, que las relaciones de antagonismo y de adversidad no significan tampoco enemistad. Los colegas pueden enfrentarse y polemizar respetándose, pueden diferir en sus puntos de vista sin insultarse —*non indignare, sed intelligere*, se trata de entenderse no de indignarse—, pueden defender intereses contrapuestos de manera leal e incluso deferente, pues como dice con razón el refranero popular, “lo cortés no quita lo valiente”.

Por último, los colegas deben siempre y en todo caso evitar uno de los peores vicios que aquejan a nuestro país y a nuestro foro: la maledicencia. El desprestigio de nuestra profesión se debe en efecto, en buena medida, a dicha maledicencia.

La crítica precipitada y superficial, la injuria y la difamación, tan lamentablemente generalizadas en nuestro medio, son gravemente contrarias a la colegialidad. Incluso cuando hay razones fundadas para sospechar falta grave en un colega, dicha falta deberá denunciarse y ventilarse ante quienes deban conocer de ella y, en principio, ante nadie más.

Ni qué decir de las sospechas infundadas, de las generalizaciones maliciosas o, en definitiva, de la fácil “chismografía”, tan indignas de la condición noble de nuestra profesión y de nuestra Escuela.

En cualquier caso, puede tomarse como buen consejo en caso de duda el cerrar la boca; que si hay algo que se deba decir, siempre

habrá tiempo para decirlo después, pero cuando las palabras se nos salen desprevenidamente de la boca, el daño está hecho y nada arregla el desdecirse.

Finalmente, contra una recta inteligencia de la colegialidad como principio y valor de nuestra Escuela, debe evitarse también otro exceso, lamentablemente muy difundido en nuestro país: el amiguismo y el compadrazgo.

Colegialidad significa, como se dijo, ayuda mutua a partir del reconocimiento de la igualdad del colega, mas nunca un favoritismo subjetivista e interesado, que prodigue en detrimento de alguien, un bien inmerecido. Como reza el lema de nuestra querida Escuela: *ius neque inflecti gratia*, el derecho no debe jamás inclinarse ante el favor.

VIII. HONORABILIDAD Y DECORO

“El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de sus alumnos”. Esta disposición reglamentaria, que se ha convertido casi en un lema para los estudiantes de la Libre, confía, o sea deposita en ellos, a partir de la fe en su honor, la convivencia ordenada y disciplinada, dentro de su recinto académico.

Fe y honor, confianza y merecimiento de la confianza; la Escuela Libre de Derecho pretende definir a sus alumnos y egresados, no sólo por sus condiciones meramente técnicas, sino acaso fundamentalmente, por la confiabilidad que merecen sus calidades morales.

A este respecto, la Libre de Derecho parece recoger aquella acertada sentencia debida a la pluma del máximo exponente del humanismo jurídico del *mos gallicus*, Jacobo Cujacio, quien con razón observaba: “*jurisprudencia est virtus seu sapientia*”, o sea, que la ciencia del derecho, es virtud y es sabiduría.

En efecto, si el derecho es, como observara Celso, el arte de lo bueno y de lo justo —*ius est ars boni et aequi*—, que según Ulpiano supone, precisamente, el que la jurisprudencia sea la ciencia de lo justo y de lo injusto —*iusti atque iniusti scientia*— ocupada de la distinción entre lo equitativo y lo inequitativo y de la diferenciación entre lo lícito y lo ilícito —*aequum ab iniquo separantes, licito ab illicitum discernetes*—, la formación del jurista exige tanto la información de su intelecto cuanto la forja de su voluntad; o sea, tanto el aprendizaje

de los saberes jurídicos, cuanto sobre todo la práctica de las virtudes jurídicas.

Por eso mismo, la Escuela Libre de Derecho, en cuanto que busca cumplir con la exigente misión de su lema: "*ius neque inflecti gratia, neque perfringi potentia, neque adulterari poecunia debet*", o sea, que el derecho no se incline ante el favor, no se doblegue por la fuerza, ni se adulate por el dinero, es una Escuela en donde la libertad, el rigor, la tradición, la oralidad y la colegialidad, no se entienden si no es a partir del honor.

El honor, correlato de la fe que la Escuela confía en sus hijos, es un concepto que, en general, equivale al de moralidad, y la honra, debida al honor, no es sino la retribución íntima e invaluable, que se sigue de la pureza en su conservación.

La honra personal es pues al honor, como la fama a la virtud pública; donde la fama publica la grandeza de la virtud social, la honra es el discreto, aunque insobornable premio, de la moralidad personal.

El abogado, pues, necesita ser honorable, tenerse por honrado y procurarse fama de virtud. Y el mayor premio que nuestra Escuela ha recibido, son las honrosas prendas del honor de sus egresados.

Por eso mismo, conmueven testimonios tan emocionantes como el que nos dejó don José Ángel Ceniceros, cuando en 1922 observaba: "Desde el punto de vista moral sólo mencionaré un detalle consolador. En juzgados y entre abogados frecuentemente se oye decir: los hijos de la Escuela Libre de Derecho son muy honrados. ¡Cuánta satisfacción me causa el pronunciar estas palabras".

Ahora bien, el honor, como integridad moral personal basada en la conducta objetivamente ordenada según el bien, necesita y se aprovecha a su vez de ciertas formas, de ciertas maneras y de ciertos procedimientos, que tienden a preservarlo de todas las amenazas que conspiran contra su misma viabilidad.

Y precisamente, estas formas, maneras y procedimientos, son agrupadas usualmente en torno a la noción general del decoro. El decoro es así como una especie de protección formal de los contenidos honorables, es pues el conjunto de prácticas, costumbres y reglas del trato, que tienden a prevenir el deshonor y a preservar la honra. Supone así la observancia de unas ciertas formalidades circunscriptas en el vestir, en el hablar, en el comer, en el beber, en el obrar, que son prenda de buena educación y urbanidad, pero que sobre todas las

cosas, procuran de una manera más o menos directa, atemperar las pasiones, modular el discurso y refrenar la violencia en las acciones, protegiendo así los contenidos éticos concretos.

En definitiva y en una palabra, que el trasfondo ético de nuestra Escuela, como templo del saber y la virtud jurídicas, exige de sus hijos honorabilidad y decoro.

En efecto, la buena fama de la Escuela, esa "*illaesa dignitatis status legibus et moribus comprobatus*" o sea, ese estado de ilesa dignidad según las leyes y las costumbres, de la que justamente se jacta la Libre de Derecho, se cimienta en las acciones objetivamente honorables y formalmente decorosas de sus egresados, cuya honra y fama, afecta y beneficia la misma fama de su *alma mater*.

Por ello mismo, y para asegurar ante todo la preservación del buen nombre de nuestra Escuela mediante la protección del buen nombre de sus hijos, la formación ética y los estudios deontológico-profesionales deben, sin duda alguna, ser mantenidos e inclusive ampliados, a efectos de que sus egresados, que pertenecen y viven en un mundo donde los valores morales se encuentran gravemente relativizados, puedan apreciar la importancia de la justicia y de la ética en el ejercicio de la profesión del abogado.

No de balde Cicerón definió al abogado como el "*bonus vir, ius dicendi peritus*", o sea, como el hombre bueno, experto en declarar lo justo. No de balde entre los romanos los juristas eran considerados *sacerdos iuris*, sacerdotes del derecho, o sea, los que se sacrificaban —*sacer facere*— para la santificación —*santus facere*— de su profesión. No de balde tampoco, entre los tres preceptos del derecho de Ulpiano, aparece como el primero de todos el *honeste vivere*, o sea, el vivir honestamente.

Precisamente por eso, el compromiso moral de nuestra Escuela en la formación integral de hombres buenos, perfectos y honestos, sigue siendo y deberá seguir siendo tan fundamental, como la propia información de sus educandos en la ciencia del derecho, por cuanto que "la noble y ardua labor de pedir justicia" en la que consiste según don Ángel Osorio y Gallardo el quehacer del abogado, exige de ciencia y conciencia, necesita igualmente de la sabiduría y de la virtud.

Solamente de esa manera podremos repetir, con sinceridad y orgullo, de generación en generación y hasta que sean cumplidos los tiempos de nuestra Escuela, aquellas memorables palabras de don

Ramón Sánchez Medal: “nuestra *alma mater* es una escuela de honor, una escuela de libertad y una escuela de derecho, a la que cuando estudiantes quisimos con la vehemencia y la ilusión con que se quiere a la novia, y ahora, como egresados de ella la queremos con la madurez y la fidelidad con la que se quiere a la esposa”.

¡Larga vida por sus valores a la Escuela Libre de Derecho!

LAUS DEO

IN MEMORIAM

JOSÉ CÁNDANO GARCÍA DE LA MATA (1913-2004)

El pasado 28 de octubre de 2004, en su casa de descanso, en Huasca, estado de Hidalgo, José Cándano García de la Mata falleció, con la paz y tranquilidad de conciencia con la que siempre vivió. Nació el 29 de julio de 1913 en la Ciudad de México, y después de estudiar en el Colegio Morelos, ingresó en 1932 a la Escuela Libre de Derecho, en la cual se recibió el 4 de octubre de 1937. Siempre dijo que había decidido ser abogado porque para él, más que una profesión, era una vocación. Una “vocación sacerdotal” de luchar por la justicia.

Por el cariño y admiración tan especial que le tuvo a la que fuera su *alma mater*, regresó como maestro. Para su gran orgullo y satisfacción, fue rector de la Escuela en el periodo de 1986 a 1989 y posteriormente, tesorero. Si bien dio clases desde 1938, primero como maestro de Derecho agrario en la Escuela de Leyes de Xalapa, después en la UNAM, y finalmente de Derecho laboral en la Escuela Libre de Derecho, en realidad, el maestro Cándano dedicó toda su vida a enseñar, dentro y fuera de las aulas, con el ejemplo.

A lo largo de su vida, desempeñó diversos cargos dentro de la administración pública, tanto en el gobierno del estado de Veracruz, como en el gobierno federal, dentro de la Secretaría de Gobernación y del Departamento del Distrito Federal. Posteriormente se dedicó al ejercicio libre de la profesión. Fue también fundador de la Universidad Veracruzana, junto con el rector de la UNAM, el Dr. Gustavo Baz, y recibió condecoraciones de los gobiernos de Holanda y de Francia. Sin embargo, sin importar cuál fuera su puesto o su posición, su preocupación siempre fue la justicia y la legalidad, pero sobre todo, el ser humano.

Inteligente, bondadoso, íntegro, honesto, fiel, con un gran corazón y con mucho sentido del humor... Estos son tan sólo algunos de los adjetivos que lo caracterizaron en el transcurso de su vida como abogado, amigo, hijo, esposo, padre, abuelo y bisabuelo. A lo largo de mi vida, y en mi paso por la Escuela, me he encontrado con muchas personas que se me han acercado para comentarme cómo les ayudó, qué favor les hizo o qué detalle tuvo con ellos. Me atrevería a decir que es la única persona que conozco de la que únicamente he escuchado comentarios positivos.

José Cándano tuvo la esperanza de que sus alumnos y aquellas personas a las que había tocado durante su vida siguieran su ejemplo, trabajando por este país, al que tanto quiso, y que lucharan por los derechos de aquellos menos afortunados, logrando que este mundo fuera a día un mejor lugar para todos.

Gerardo CÁNDANO CONESA

JOSÉ LUIS DE LA PEZA MUÑOZ CANO
(1927-2005)

El Día de Reyes murió, en la tranquilidad de su hogar, don José Luis de la Peza, quien durante cincuenta años fuera profesor de la Escuela Libre de Derecho, su Rector los años 1984 a 1987, y maestro emérito. Regresaba de unas merecidas vacaciones donde estuvo rodeado de su familia. Su muerte sorprendió a todos los miembros de la comunidad de la Escuela. Don José Luis nació en la Ciudad de México el 21 de febrero de 1927 y se tituló en junio de 1951. El día 20 de abril, tanto la Escuela como la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, organizaron una ceremonia luctuosa en su recuerdo y como homenaje a su intachable y ejemplar trayectoria como profesor. A continuación se reproducen las palabras que en dicha ceremonia pronunció su hijo, el señor licenciado Fernando de la Peza, también profesor de Derecho romano en la Escuela Libre.

Sra. María Eugenia López Figueroa de De la Peza.

Lic. Mariano Azuela Güitrón, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lic. Eloy Fuentes Cerda, Presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Lic. Ignacio Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Dr. José Antonio Lozano Díez, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

Queridos ex rectores: Lic. Miguel Ángel Hernández Romo, Lic. Fausto Rico Álvarez y Lic. Mario Alberto Becerra Pocaroba.

Maestros, alumnos, ex alumnos.

Señoras y señores:

Hoy, una vez más, nos reúne José Luis de la Peza en un acto en esta escuela —su queridísima Escuela Libre de Derecho— de la cual —además de alumno y maestro— fue rector y profesor emérito.

Este homenaje póstumo es un merecido reconocimiento a un hombre que entregó su vida al estudio y a la enseñanza de la ciencia jurídica y a su práctica tanto en el derecho público como en el privado.

José Luis de la Peza fue maestro y abogado de tiempo completo, de firmes convicciones católicas.

Hace apenas dos años estábamos aquí reunidos celebrando el nombramiento de Profesor Emérito que le hacía la Escuela a mi padre, quien se retiraba de la cátedra después de más de 50 años ininterrumpidos como profesor de Derecho romano.

En aquella ocasión, tuve la oportunidad de comentar que quienes conocimos a José Luis de la Peza habíamos ido perdiendo la capacidad de asombro ante los homenajes, distinciones, premios y reconocimientos con los que se había visto honrado a lo largo de su brillante carrera académica y profesional, pero sin duda fue aquel reconocimiento el más querido y el que lo llenó de más satisfacción.

La Escuela Libre de Derecho fue para él su orgullo, su pasión, en donde el contacto permanente con los alumnos lo mantuvo actualizado; sus clases de Derecho romano fueron parte importantísima de su vida. José Luis de la Peza llevaba en las venas sangre romana. Durante sus más de 50 años de ejercicio profesional, los casos que se le presentaron tuvieron para él una solución basada en los principios del derecho romano, del cual fue un estudioso y gran conocedor y cuya enseñanza en México en los últimos 50 años, tiene como referentes necesarios a la Escuela Libre de Derecho y a José Luis de la Peza.

Fue un férreo guardián de la legalidad; hombre racional, impecable en su argumentación, de trato amable, le gustaba convencer, no vencer. Para él los asuntos no eran cosa personal sino cuestión de justicia y aplicación de la ley. Gozaba de paz interna por la satisfacción que le producía el deber cumplido.

En los últimos años publicó su obra titulada *De las Obligaciones*, la cual es hoy texto cotidiano para alumnos y abogados. La edición de su obra póstuma, *Las acciones y obligaciones romanas*, está a cargo de mi hermano Rodrigo, de los maestros Efraín Gómez Cuevas y Manuel López Medina, así como de un servidor.

En el terreno profesional, José Luis de la Peza hizo de la solución de problemas jurídicos su ocupación habitual.

En la Dirección General Jurídica del Banco Nacional de México logró formar un equipo de profesionales que hicieron que el Banco —al que sirvió durante 35 años— fuera líder en la creación de instrumentos jurídicos al servicio de la banca mexicana.

Como abogado postulante, el manejo de la técnica y su ética inquebrantable, le valieron el reconocimiento y el respeto de todos aquellos que acudieron a solicitar su consejo profesional.

En el servicio público, formó parte relevante en la justicia electoral, a la cual sirvió durante los últimos 18 años de su vida.

José Luis de la Peza fue magistrado, con carácter numerario y propietario, e integró en forma consecutiva los tres órganos constitucionales federales especializados en justicia electoral mexicana: el Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal, el Tribunal Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, del cual fue magistrado presidente. Por lo mismo, el magistrado De la Peza fue una pieza fundamental en la construcción de la infraestructura jurídico-electoral y de la vida democrática de este país.

Su vida nos deja —a quienes tuvimos el enorme privilegio de estar cerca a él— el ejemplo de la constancia, la disciplina, la amistad y la calidez humana.

El pasado 6 de enero falleció mi padre. Recibimos innumerables muestras de afecto en la familia. Miles de personas acudieron a sus funerales a darnos el pésame, cuando realmente eran muchos de ellos los que —junto con nosotros— debían recibirlo.

En nombre de la familia De la Peza, quiero agradecer profundamente a todas aquellas personas que nos acompañaron en tan difíciles momentos:

A las autoridades de la Escuela Libre de Derecho y a la Universidad Panamericana, por este homenaje póstumo, lleno de recuerdos y emotividad.

Gracias, señor Rector; su dedicada y personal participación en la organización de este homenaje han hecho de este evento un digno tributo a un hombre apasionado de la ciencia jurídica.

A todos sus alumnos, que a lo largo de 50 años lo contagiaron de su juventud y entusiasmo.

A sus compañeros magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, porque acompañaron a mi padre en sus últimos años y porque fueron todos ustedes —juntos— cómplices en la construcción de un México más democrático.

A ti, Maru, su inseparable compañera, gracias por haberlo hecho tan feliz.

A sus innumerables amigos, a cada uno de ustedes, mi fraternal y profundo agradecimiento.

Y finalmente gracias a ti —Chato—, porque fuiste un extraordinario padre, un abuelo maravilloso, y nos diste una vida llena de momentos felices; gracias por haber sido mi padre y mi amigo, gracias por tu ejemplo, gracias por enseñarnos lo que es la rectitud, la honestidad, la dedicación y el esfuerzo; gracias te doy por habernos compartido tu vida. Me siento muy orgulloso de ser tu hijo. Te vamos a extrañar, Chato. Gracias, muchas gracias a todos.

ÁLVARO ESPINOSA BARRIOS (1914-2005)

El pasado día 18 de enero de 2005 falleció en la Ciudad de México, a la edad de 90 años, don Álvaro José del Sagrado Corazón Espinosa Barrios, quien fuera por más de veinte años profesor de derecho mercantil en la Escuela Libre de Derecho. Originario de Córdoba, Veracruz, donde nació el 7 de marzo de 1914, cursó sus estudios secundarios y preparatorios en el Colegio Francés “Morelos” que los hermanos maristas dirigían en la capital del país. En febrero de 1931 ingresó a la Escuela Libre donde obtuvo el título de abogado el 22 de octubre de 1936, después de aprobar su examen profesional ante un jurado integrado por los señores licenciados don Gustavo R. Velasco, don Daniel Escalante, don Manuel de Medina Baeza, don Jorge Viesca y Palma y don Carlos López de Llergo. La tesis defendida se tituló *La compraventa a plazos y con reserva de dominio*. En sus estudios dentro de la Escuela destacó, habiendo obtenido tres menciones honoríficas y un promedio general de nueve.

En 1934, aun antes de recibirse como abogado, fundó su propio despacho al que dedicó toda su vida profesional; en particular cultivó la disciplina del derecho mercantil donde llegó a ser uno de los más importantes juristas mexicanos. En febrero de 1939, por recomendación del licenciado don Luis R. Lagos —quien fuera rector de la Escuela entre 1934 y 1936— fue nombrado profesor adjunto del primer curso de derecho mercantil siendo más tarde su titular hasta mediados de la década de los setenta, cuando se retiró de la docencia. La amistad y colaboración con el licenciado Lagos se mantendría hasta la muerte de éste ocurrida en 1954; prueba de ello son las importantes “Observaciones sobre el proyecto del libro I y anteproyecto de los libros II y IV del Código de Comercio”, publicadas por

ambos en *El Foro*, la revista de la Barra Mexicana, en diciembre de 1948, y la participación que tuvieron en la 6a. conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, celebrada en mayo de 1949 en la ciudad de Detroit, donde presentaron el "Plan de una ley uniforme sobre la letra de cambio". Llegó a formar parte de la Junta Menor del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y a ser presidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, durante el bienio 1979-1980. Asimismo, fue miembro de diversas comisiones para el estudio y la reforma de nuestra legislación mercantil: de buena parte de esta importante actividad como estudioso del derecho mercantil dan cuenta las diversas noticias y los artículos publicados en la mencionada revista de la Barra Mexicana.

No menos interesante resulta recordar su afición por los toros, la que le valió no sólo tener un destacado hijo ganadero, sino los sentidos testimonios de reconocimiento que diversas publicaciones taurinas hicieron con motivo de su fallecimiento. En 1939 contrajo matrimonio con la señora Magdalena Gómez Leal con quien procreó tres hijos: Álvaro, Magdalena —también jurista— y Carolina. De sus nietos, dos son abogados egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana donde también enseñara y cuyo bufete jurídico gratuito fundara y ayudara a sostener don Álvaro. Descanse en paz.

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

DISCURSO DEL SEÑOR LIC.
DON IGNACIO MORALES LECHUGA,
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS
2005-2006

Muchas gracias, y gracias a los maestros: Fausto Rico Álvarez, y Miguel Ángel Hernández Romo, ex rectores de la Escuela, por acompañarnos a esta ceremonia; gracias a todos los profesores y bienvenidos todos los alumnos, especialmente los de nuevo ingreso, a ésta que es su *Alma Mater* a partir de esta fecha. Sean todos bienvenidos.

Antes de que pase el tiempo, quiero expresar una felicitación muy especial a las madres y padres de familia de los alumnos premiados. Atrás de cada alumno hay un padre responsable, una madre que no dejó de encender veladoras durante cinco años y de rezarle a todos los santos, para que a sus hijos les fuera bien, pero sobre todo, de estimularlos y de impulsarlos, con el ejemplo, con la unidad familiar con los principios y valores que inspiran a la familia. Por ello quisiera pedirles a todos ustedes un aplauso para los papás y mamás.

Tengo el honor de saludar a mi maestro, don Manuel Lizardi, con la misma enjundia y vigor después de sus 92 años y de haber dado clases más de 47 años en la Escuela; sigue en activo, despachando todos los días para ejemplo de todos nosotros. Maestro Lizardi, gracias.

No menos ejemplar es la actividad de don Pedro del Villar, que entró en la Escuela en 1930, egresó en 1935, hace 70 años que ejerce la profesión de abogado, con 94 años de edad y en activo todavía.

También nos acompaña quien por primera vez ha vuelto a la Escuela y ojalá no se separe de ella, don Vicente Mendoza, que en 1960 concluyó su segunda carrera, la carrera de abogado, y que también es un orgullo que hoy nos acompañe en esta mañana. No menos im-

portante es manifestarles a ustedes que este año cumplió 45 años como egresado de la Escuela, nuestro queridísimo profesor don Mauricio Oropeza y Segura.

Y que tiene ya 40 años como profesor y 41 de haber egresado, ahora autor de un nuevo libro sobre la materia de obligaciones, nuestro maestro Fausto Rico Álvarez.

Jóvenes: estos son los ejemplos que pondera la Escuela Libre de Derecho.

Y a nombre de la Junta Directiva, felicitamos a todos los maestros; la riqueza de esta Escuela, como se ha dicho, proviene de su pasado con él construiremos su presente y delineamos nuestro porvenir. Estamos conscientes que atravesamos el umbral del siglo XXI y que esta inserción en el nuevo siglo tenemos que plantearla, planearla, diseñarla, organizarla, de la mejor manera posible para que nuestros alumnos sigan siendo los mejores abogados de México.

¿Cómo lograr este reto? Tenemos un año analizando y discutiendo nuestro plan de estudios; es una tarea difícil engarzar nuestro plan de estudios con el siglo XXI, haciendo a un lado las modas pasajeras para reconocer las modificaciones a la soberanía, a los principios constitucionales, la existencia del derecho supranacional, los cambios en la composición familiar en el derecho civil, la relación entre cónyuges, la filiación, la nueva relación entre padres e hijos, los temas alrededor de la paternidad, maternidad, los nuevos contratos que han surgido. Todas esas son preocupaciones cotidianas que nos acompañan a la Junta General de Profesores y a la Junta Directiva, y con las cuales estamos comprometidos para en poco tiempo, entregar un nuevo plan de estudios, que sea la simiente, la prospectiva, el proyecto por el siglo XXI de la Escuela Libre de Derecho.

No queremos ni debemos perder liderazgo. Nuestro liderazgo se encuentra claro a través de una sola determinación, los mejores abogados de este país, los mejores ejemplos de honradez, de honestidad, de rectitud, de conocimiento técnico de la materia, son hijos de esta Escuela; gracias a sus maestros, gracias al ejemplo que hemos heredado desde 1912.

Se ha dicho que en 1912 un grupo de maestros y de alumnos, se separó efectivamente de la enseñanza oficial para crear un sueño que hoy es una realidad; la Escuela Libre de Derecho, y efectivamente fuimos acogidos, apoyados por el Ilustre y Nacional Colegio de Abo-

gados. Por eso nuestra relación es histórica, pues data de hace 93 años. También debemos reconocer que ante la negativa del gobierno y de la Universidad de reconocer los estudios de la Escuela, en 1912 surgieron voces valientes como la de las legislaturas y ejecutivos estatales de Guerrero, del Estado de México, de los estados de Hidalgo, Puebla, Chiapas y Tamaulipas, que promulgaron sendos decretos mediante los cuales se reconocían los estudios y se les daba plena validez a los títulos de la Escuela Libre de Derecho.

La Escuela recibió en aquel tiempo ofertas del gobierno federal; las rechazó por provenir de un gobierno espurio e ilegítimo y continuó su camino sólo para construir esta institución sobre principios. Por eso les han hablado del "honor", por eso les han hablado de la "dignidad", porque a esta Escuela la sostienen sus principios inmutables y valiosos. Esta Escuela no es propiedad de ninguna empresa, de ningún empresario, de ninguna corporación, de ninguna institución, esta Escuela es de México, existe por voluntad de sus profesores y de sus alumnos; eso es lo que le da la verdadera vitalidad y fortaleza a nuestra Escuela.

Hay ejemplos de alumnos que jamás cortan el cordón umbilical y deseamos que jamás se pierda esto. Tenemos un caso especial; en el año 2000 un brillante alumno, premiado también, como muchos de ustedes que egresó de la Escuela: David Kahan Cimet. Él fue a Europa a continuar sus estudios, lamentablemente una enfermedad hizo que lo perdiéramos y falleció hace tres años. Con el sufrimiento y en cumplimiento de la voluntad que les manifestó a sus padres, su señora madre hace unos días tocó las puertas de la Escuela para donarnos la totalidad de los libros de la biblioteca de David Kahan, en homenaje al cariño que David le profesó a esta Escuela; muchas gracias, doña Batia Cimet Waissman, muchas gracias; desde aquí le rendimos un aplauso a David que nos estará viendo desde el cielo.

La Escuela es una institución plural. La riqueza de sus conocimientos precisamente viene de la pluralidad, no creemos en nadie, no respetamos, ni el poder económico, ni el poder político; lo que respetamos es la ley y el derecho, porque los consideramos la única vía válida para organizar la convivencia social. A través del derecho y de la ley rendimos culto diariamente a nuestra nacionalidad y a nuestro nacionalismo, y a nuestra pertenencia como mexicanos, porque eso es lo que propagamos en ustedes. Aun en 1912, en plena

Revolución Mexicana, los maestros no estaban pensando en qué bando participarían o contra quién lucharían; estaban pensando en el derecho, estaban pensando en dotar a este país de instituciones, y esa es nuestra única preocupación; por eso no nos doblegamos ante nadie.

En 1934, la Escuela tuvo otra prueba de fuego. El secretario de Educación Pública, en un acto arbitrario y fuera de todo derecho y de razón, nos comunicó, mediante un oficio, pretextando que la Escuela era una superestructura derivada de un decreto de 1929 y del decreto de concesión de 1930, que no serían válidos ni reconocidos los estudios de la Escuela Libre de Derecho. La Junta General de Profesores se reunió para analizar el comunicado del secretario de Educación Pública y decidió contestarle, irónicamente, que era una mera opinión del secretario y que el secretario era en todo caso un empleado del Presidente, en quien estaban delegadas las facultades constitucionales, y que, por lo mismo, como mera opinión la respetábamos.

El secretario de Educación Pública respondió que su opinión tendría los siguientes efectos:

No se le reconocen los estudios.

No se le reconocen los títulos.

No habrá cédula profesional.

No se le van a pagar costas judiciales de los tribunales a los abogados egresados de esta Escuela.

¿Qué hizo la Escuela? ¿Ir a pedir paz? ¿Ir a doblar la cerviz? ¿Mandar un regalo al secretario de Educación Pública? ¡Nada! Solicitamos e interpusimos un amparo que nos fue concedido por la justicia federal en 1934. El Rector era don Luis R. Lagos.

El amparo se concedió, la autoridad desistió de sus pretensiones y esta Escuela sigue navegando en el siglo XXI. Ese sueño, que no duraría más que una temporada de lluvias, lleva 93 temporadas de lluvias. Y continuará permanente si ustedes siguen el ejemplo de sus profesores que están aquí presentes. Esa es la unidad de la Escuela, una unidad dentro de la pluralidad, dentro de la que todos los profesores venimos sin cobrar un solo honorario o estipendio, pues entregamos nuestro tiempo, nuestros conocimientos en agradecimiento a nuestra Escuela, por amor a ustedes, por respeto a sus padres y por cariño a México. Por eso lo hacemos y lo seguiremos haciendo.

Y esta estafeta, el día que ya no estemos aquí presentes, les corresponderá a ustedes levantarla y evitar que sea pisoteada.

La Escuela atraviesa una saludable situación económica, gracias a las acciones de los rectores anteriores y como ustedes han podido observar, cuenta con instalaciones mejores que las de muchas universidades privadas, porque todo fondo que se recibe se reinvierte para el servicio de los alumnos. Nuestro máximo amor y preocupación son ustedes.

Pero no quiere decir que los cobijemos y que los soportemos en sus actitudes de capricho; no, los queremos tanto que los formamos como el acero, los templamos, y el acero se forja con fuego y golpes. Aquí van a recibir la exigencia, el rigor de sus maestros, la disciplina, pero les garantizamos que serán los mejores abogados. Habrán de sufrir mucho y eso va para los de nuevo ingreso, pero seguramente se sentirán profundamente orgullosos.

En este ejercicio de proyección hacia el siglo XXI la Escuela también gozará de un nuevo marco jurídico, que permitirá asegurar la permanencia de la institución.

Nuestros estatutos datan de 1932, y en este nuevo diseño estatutario, que es característico del siglo XXI, le daremos una fortaleza institucional, con la decisión de todos los profesores.

Por primera vez en la historia de la Escuela, cada alumno ha recibido su paquete completo personalizado, con su seguro de gastos médicos, que esperemos que no usen y que no necesiten, se trata de un esfuerzo de la Escuela para beneficio de ustedes.

Estamos también por celebrar convenios con otras instituciones académicas de gran prestigio, la Universidad Iberoamericana, la Universidad Panamericana y el Instituto Tecnológico Autónomo de México; con estas tres escuelas pretendemos transitar juntos en investigaciones, con la invitación de catedráticos extranjeros y seguramente el día de mañana mediante un ejercicio de paralelismo simétrico, acreditar algunas materias en otra universidad; ese el propósito, modernizarnos para que el día de mañana también podamos abrir la Escuela a instituciones educativas extranjeras.

Reconocemos que en la globalización no podemos trabajar anclados, necesitamos que nuestros jóvenes estudiantes vayan a Europa, al Extremo Oriente, a Norteamérica y a Sudamérica, a prepararse en sus estudios, y todo esto deberá ser impulsado por la Escuela, porque éste es un nuevo país, un nuevo hemisferio; en eso estamos empeñados en la Junta Directiva.

Por eso el proyecto de un mismo Plan de Estudios, por eso la nueva estructura jurídica. Dentro de unos meses, la Escuela abrirá la maestría y después el doctorado; nos convertiremos en una facultad; estamos a punto de lograrlo. La Junta Directiva ya inició todos los planteamientos a través de la Comisión de Posgrado. Nuestra maestría es completamente diferente al resto de las maestrías que imparten las demás universidades; la consideramos única, como ha sido nuestro plan de estudios desde 1947 y como únicas serán las generaciones que egresen de nuestra maestría, que tiene el mismo rigor, y la misma exigencia que la licenciatura. Ya era preciso abrir nuevas opciones a nuestros egresados, para que los alumnos continúen con su preparación y especialización considerando las nuevas materias y conocimientos que el mundo moderno requiere, pero sobre todo los nuevos retos del ejercicio profesional, nuestra principal preocupación es recuperar nuestro pasado en la medida en que éste nos sirva para impulsar el futuro de la Escuela.

No estamos gozando ni contemplando nuestras glorias pasadas, estamos construyendo nuestro porvenir, basado en las experiencias del pasado, con la fortaleza que nos dan los ejemplos de los maestros de nuestros maestros, de los alumnos anteriores, de los alumnos actuales, pero, sobre todo, con la mirada puesta en el futuro para beneficio de todos ustedes.

Esa es nuestra preocupación, a ella nos entregamos al cien por ciento. Por eso les exigimos a todos ustedes la constancia, la consistencia, la contundencia, como estudiantes. El estudio diario consistente y permanente, para que puedan ser brillantes abogados, como los que ustedes ven hoy aquí en el presidium.

DISCURSO DEL SEÑOR LIC.
DON EMILIANO ZUBIRÍA MAQUEO,
PROFESOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS
2005-2006

Con frecuencia escuchamos que la libertad es el don más preciado de la humanidad; ser libres es connatural a nuestra naturaleza; estar y ser de la Libre es un privilegio que deriva de nuestra libertad.

Sr. Licenciado don Ignacio Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Señores licenciados, don Fausto Rico Álvarez y don Miguel Ángel Hernández Romo, ex rectores,
Señores Miembros de la Junta Directiva,
Señores y señoras profesores,
Compañeros y compañeras,
Alumnos,
Señoras y señores:

Ante todo, agradezco a nuestra Junta Directiva que me hayan concedido el gran honor de dirigirme hoy a ustedes.

En el año de 1912, un grupo de profesores y estudiantes de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en pleno proceso revolucionario y ante lo que consideraron una decisión indebida por parte de su recién designado Director, el abogado Luis Cabrera, materializaron el ideal de crear a una Escuela Libre, rompiendo con ello su dependencia política y económica con el gobierno federal.

El 24 de julio de 1912 se fundó nuestra Escuela Libre de Derecho, siendo desde entonces su único objeto la enseñanza de la ciencia jurídica y sus auxiliares.

En su estatuto vigente ya, desde ese año, se establece en su artículo primero que la Escuela es una institución independiente del poder público y ajena a todo credo político y religioso. Nuestra Escuela se inició en aquel 1912 libre de toda dependencia, como continúa el día de hoy.

Entonces inició con 241 alumnos matriculados; hoy son casi 600. Fueron en su origen 21 profesores, hoy somos más de cien, y su primera Junta Directiva quedó integrada por don Luis Méndez como Rector Honorario, y como vocales el afamado civilista Agustín Rodríguez, el internacionalista, diplomático y ex presidente de la República Francisco León de la Barra, y el constitucionalista y escritor Emilio Rabasa.

En el mismo año de 1912, el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados brindó su patrocinio a la Escuela y se erigió como su defensor. La Escuela se fundó, como antes he señalado, con el único objeto de enseñar las ciencias jurídicas y sus auxiliares, lo que invariablemente se ha cumplido por sus profesores, que en términos de lo establecido en sus estatutos, han prestado y prestan sus servicios en forma gratuita, siendo nuestra remuneración la satisfacción de compartir nuestros conocimientos y experiencias con los muchachos.

Y toda vez que la razón de la Escuela Libre de Derecho son sus alumnos, tal como lo señaló el Presidente de la Sociedad de Alumnos, mi tocayo Emiliano Robles Gómez Mont, y por cuarta ocasión lo repito, "El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados a su Honor", como se señala en la frase lapidaria en el pasillo de nuestra Escuela.

En esta inauguración quiero dirigirme especialmente a ustedes, jóvenes compañeros y compañeras que hoy se incorporan a nuestra Escuela, y a quienes en este nonagésimo tercer curso lectivo reinician sus estudios de segundo a quinto grado.

El derecho es simplemente un conjunto de normas que regulan la conducta humana con el fin último de lograr la justicia, el dar a cada quien lo que le corresponde.

La norma es una regla de conducta obligatoria; el estudio de derecho consiste en sus normas, el cual dividimos, para efectos de apren-

dizaje, de enseñanza y de ejercicio, fundamentalmente en dos grandes áreas: derecho privado y derecho público.

Y a su vez, cada una de estas áreas las subdividimos con la finalidad, insisto, de lograr su mejor comprensión. El derecho privado en derecho civil, y derecho mercantil; a su vez el derecho civil en personas, bienes, obligaciones, contratos, sucesiones; el mercantil, en comercio, comerciante, sociedades mercantiles, títulos, operaciones de crédito, y no agoto el temario.

El derecho público: en teoría del Estado, derecho constitucional, garantías individuales, amparo, derecho supranacional, derecho administrativo, derecho fiscal, derecho laboral, derecho penal, etcétera.

Todo este derecho sustantivo sería incompleto, sería letra muerta sin conocimiento del derecho adjetivo, los derechos procesales que permiten hacer valer los derechos, y por lo tanto veremos las normas del derecho procesal civil, del derecho procesal mercantil, del derecho procesal constitucional, las controversias constitucionales, juicio de amparo, del derecho procesal laboral, del derecho procesal penal, etcétera.

Para la mejor comprensión de lo anterior, sustentaremos estos conocimientos en conocimientos históricos, los del origen de nuestro derecho: el derecho romano, el derecho latinogermánico, y en el estudio de las historias del derecho, tanto nacional como extranjero, tendremos cursos de sociología, economía, deontología jurídica y para complementar la formación, filosofía del derecho.

Si lo vemos como materias, el camino parece abrumador y creo que lo es, pero si a cada una de las materias le damos su lugar como corresponda, si cada una de las materias las desglosamos en instituciones que a su vez se forman de normas, y cada institución la estudiamos a raíz de las aportaciones de sus profesores, de la doctrina y de los precedentes judiciales, así como de la historia de la misma, concluiremos con el tiempo y con mucho estudio, que el estudio del derecho y de sus disciplinas auxiliares es sencillo, es bello y que su ejercicio, cuando lo realicemos, es aún más bello y gratificante.

A lo anterior hay que agregar la necesidad de la práctica. Los horarios de la Escuela se prestan para que los muchachos, las muchachas estudiantes, trabajen como pasantes. Normalmente tenemos horarios que nos dejan libres de la 10:00 am, a las 5:00 pm; es útil laborar como pasantes, es útil trabajar. Mediante el estudio de las

materias señaladas, tendremos los conocimientos, aprenderemos, pero nos hace falta el oficio y el oficio se aprende con la práctica.

Por ello les recomiendo, jóvenes estudiantes, que tomemos en serio las materias de seminario y las clínicas que nos ayudan a comprender esa práctica, con el objeto de disfrutar el día de mañana del ejercicio de nuestra profesión y no hacer de su ejercicio una angustia permanente.

Insisto, un disfrute que se traduzca en nuestra felicidad, ya que dicha felicidad la transmitiremos a nuestros cónyuges, a nuestros hijos, a nuestros empleados, a nuestros colaboradores, a quienes nos rodeen y posiblemente también, como profesores, a nuestros alumnos, y disfrutando, insisto, el día de mañana del ejercicio de nuestra profesión, podremos hacernos de un oficio y hacer de este oficio un arte, de ser juzgadores y de ser legisladores, de ser jueces o miembros del Poder Ejecutivo, abogados postulantes, abogados consultores, abogados notarios, investigadores, administrativos, profesores, empresarios, políticos, en síntesis disfrutaremos de la abogacía.

Para lograr lo anterior deberemos de sufrir los exámenes, uno al año por materia, oral y ante tres sinodales, y será el momento en el que demuestren que estudiaron, estudiaron y estudiaron; que no se mintieron y que por lo tanto son dignos para que los profesores reconozcan su esfuerzo, como lo acabamos de hacer con quienes obtuvieron las mejores calificaciones en el curso lectivo anterior y como se hará posteriormente con la mejor tesis del año.

Recuerden que los profesores no reprobamos, los alumnos se reprobaban a sí mismos, los profesores reconocemos el esfuerzo de los alumnos, incluso públicamente nuestro deseo es que el día de mañana disfruten del ejercicio de tan hermosa y noble profesión como es la abogacía; que sean dignos hijos de la Escuela Libre de Derecho, honestos, éticos y capaces, y que nunca sucumban, nunca quebran ten ante la amenaza del poderoso lo que han aprendido; que nunca tergiversen, nunca alteren el derecho para favorecer al amigo, nunca adulteren, nunca corrompan el espíritu de la ley, del derecho, por el soborno del dinero. Bienvenidos compañeros y compañeras.

DISCURSO DEL ALUMNO
EMILIANO ROBLES GÓMEZ MONT,
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS
2005-2006

Señores miembros de la H. Junta Directiva,
Señor licenciado don Ignacio Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Señores ex rectores don Fausto Rico Álvarez y don Miguel Ángel Hernández Romo,
Señores secretarios don José Manuel Villalpando César y don Jaime del Arenal Fenochio,
Distinguidos y queridos profesores,
Estimados compañeros, y muy especialmente, los de nuevo ingreso,
Señoras y señores,

“El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos”.

Cuánta sabiduría reflejan las palabras de don Pablo Macedo, quien inspiró esta frase que con el tiempo se convertiría en el artículo 7o. de nuestro primer reglamento y que hoy sigue viva en el actual, siendo así como ha quedado plasmada en letras doradas en el pasillo central de nuestra querida Escuela. Es esta misma la que refleja el espíritu de la Libre.

El mismo don Pablo planteaba: “Disciplina, es decir, unidad en el esfuerzo para realizar el fin que, todos hemos convenido en declarar común, pero dejando a cada cual en libertad para moverse a su guisa en todo aquello que no comprometa el éxito colectivo y respetando

sus convicciones, sus preferencias y hasta su entusiasmo: sobre todo su entusiasmo, que son una fuerza, la principal fuerza de su juventud, y que si debemos moderar cuando pequen de excesivos, tenemos estrecha obligación de conservarlos intactos en todo aquello que no rompa el orden, inseparable compañero de la disciplina, ni enfriarlos con nuestras decepciones de viejos, ni paralizarlos con nuestros sarcasmos de experimentados y escépticos”.

Sería Luis Cabrera, quien, en su carácter de Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en 1912, quebrantó un probado y eficaz sistema de enseñanza y estudio; lo que impulsaría a un comprometido puñado de estudiantes como don Manuel Herrera y Lasso, don Ezequiel Padilla, don Luis y Vicente Mac Gregor, don Carlos Díaz Dufoo Jr., don José María Gurría, don Romeo Ortega, entre otros, así como un honorable grupo de profesores involucrados con su sociedad, tales como don Luis Méndez, don Demetrio Sodi, don Francisco León de la Barra, don Agustín Rodríguez, don Emilio Rabasa, don Miguel S. Macedo, don Jorge Vera Estañol, entre muchos más, lo que permitiría que “la idea nacida al calor de un anhelo y un sueño”, viera la luz un 24 de julio de 1912.

Es el honor de los alumnos lo que ha mantenido en pie esta obra, a pesar de que hubo quien dijo que “no duraría más allá de una temporada de lluvias”. Es este honor lo que la ha convertido “en una libre reunión de amigos”, es el honor de los alumnos lo que ha impulsado a un poco más de tres mil almas a graduarse en sus aulas. Es el honor de los alumnos el que la ha defendido pese al intento del Estado de privarla de su autonomía. Es el honor de los alumnos el que ha fortalecido la simbiosis entre profesor y discípulos. Y es este honroso honor de nosotros, los alumnos, y el admirable compromiso de nuestros queridos maestros, lo que nos reúne hoy a brindarle un merecido tributo en ocasión de un nuevo inicio de cursos.

¡Sí, compañeros de nuevo ingreso!: “El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos”. Ésta será desde hoy la máxima que rija sus vidas como estudiantes. Hoy adquieren un compromiso con la sociedad y con su país, con sus profesores y sus compañeros, con sus padres y con sus amigos, pero sobre todo, con ustedes mismos, porque debo decirles que han elegido la mejor opción educativa en derecho que nos ofrece nuestro México. El esfuerzo será muy demandante, pero la satisfacción será enorme. En

estos muros conocerán a quienes serán sus compañeros de batalla y sus mejores confidentes para toda la vida, al amigo que no los abandonará nunca y al rival que les exigirá el máximo de sus esfuerzos, quizás aquí también conozcan el amor y el desamor, así también conocerán a los profesores que cambiarán su mundo y que en algunos casos serán como sus padres, que nos alientan cuando flaqueamos, y que nos regañan cuando fallamos. Ésta es hoy su casa, den lo mejor de sí mismos por ella.

Pero también hoy es el día, para que los alumnos de segundo a quinto año refrendemos el compromiso que adquirimos cuando pisamos por primera vez esta casi centenaria obra. Hemos pasado un periodo más de exámenes y ahora que todos nos encontramos en el siguiente curso, vislumbramos un camino largo y empedrado, pero del cual sabemos que sólo el paso constante y entusiasta será la llave que nos lleve al éxito. Jamás desistamos de nuestra empresa.

Queridos profesores, nunca olviden el secreto que mantuvo a don Manuel Herrera y Lasso dando vida a sus sueños. La fórmula secreta fue prolongar la juventud. ¿Cómo lograrlo? Decía nuestro gigante de San Luis Potosí: “Manteniendo en el espíritu y en el corazón las cualidades que la caracterizan: el desinterés, el entusiasmo, el fervor, la nobleza. El que enarbola, cualquiera que sea su edad, el estándar del mismo ideal de sus años mozos, y lo defiende con el mismo entusiasmo, con el mismo vigor, con el mismo desinterés y con el mismo espíritu de sacrificio, es joven y será eternamente joven, y si al momento de morir puede exclamar, como algún gran político francés: ‘Soy como fui al principio’; ese hombre, a pesar del tiempo, a pesar de los años y a pesar de la nieve de ellos caída sobre su cabeza, sigue siendo joven, tan joven como ya quisieran serlo muchos que muy pronto olvidan el desinterés y la generosidad y el ímpetu y el fervor con que se abraza una causa noble, un ideal superior en los prósperos días de la juventud”.

Hoy se escribe una página más en la historia de nuestra Escuela. Son tiempos de cambio, de reflexión y de esfuerzo. Un nuevo siglo marca la pauta de la transformación de las instituciones, pero nuestra querida Escuela jamás traicionará sus principios, y gracias a su dinámica se ajusta a la realidad de una nueva sociedad.

Bajo la gestión de esta Sociedad de Alumnos vivimos grandes cambios: fuimos testigos de un nuevo rectorado, así como de nuevas

secretarías, con las cuales hemos trabajado en conjunto y a su vez en forma independiente en lo que a cada uno corresponde, pero con gran entusiasmo y entrega.

Así es como en el futuro daremos paso a un nuevo estatuto, a un nuevo reglamento interno y probablemente a algunas reformas al plan de estudios, pilares sobre los que se formará a las nuevas generaciones de estudiantes.

Se integrarán nuevas asignaturas optativas para los alumnos de quinto año, nuevos cursos de posgrado y se impartirán estudios de maestría, los cuales completarán la preparación técnica y educativa de sus nuevos "hijos".

Quienes conformamos el actual Comité Ejecutivo de la Sociedad de Alumnos, creemos que nuestra gestión representó una transformación en el trabajo, esperamos que nuestro esfuerzo haya sido suficiente, aunque sabemos que faltó mucho por hacer. Esperamos ser la semilla que renueve el interés de los alumnos por tan importante misión, que sólo tiene por fin el brindar frutos a nuestra Escuela.

Nuestra "Casa construida sobre roca" es sólida, porque sus cimientos son resistentes y es que los materiales con que fue labrada, la hacen, como cierta vez lo escuché de uno de sus egresados, "una obra única en el mundo". Dichos materiales son el valor, el entusiasmo, la lucha desinteresada y la juventud de alma. Nuestra Escuela es el producto del trabajo de generaciones de estudiantes que jamás han dejado de luchar por un ideal, el de la "Libertad".

Compañeros de nuevo ingreso, ser un hijo de la Libre es un compromiso con el saber y con el estudio, pero más que nada es un compromiso con el amor.

Con el amor y respeto por 93 años de historia.

Con el amor por la libertad de cátedra.

Con el amor por la enseñanza desinteresada, sin remuneración alguna.

Con el amor por la exclusión de todo fin político o credo religioso.

Con el amor por la libertad de pensamiento y la sed de conocimiento.

Con el amor por ésta, nuestra "Casa construida sobre roca".

"El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos". Sí, por tercera vez repito esa máxima porque ella es como una voz que retumba en mi conciencia y llena mi espíritu de entusiasmo y compromiso, que embriaga mi alma e ilumina a mis ojos. No debemos olvidar jamás el espíritu contenido en su mensaje.

Porque esas palabras son la chispa que encendió un sueño hace 93 veranos y que mantiene hoy prendida la llama de una realidad: la "Escuela Libre de Derecho", y son las mismas palabras que sonarán a lo largo del tiempo y a pesar de nuestra ausencia.

Muchas gracias.